



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Graduação em Direito

PROCESSO ESTRUTURAL DEMOCRÁTICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

Os desafios enfrentados na determinação de medidas emergenciais

RAFAELLA BACELLAR MARQUES

Brasília

2024

RAFAELLA BACELLAR MARQUES

PROCESSO ESTRUTURAL DEMOCRÁTICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

Os desafios enfrentados na determinação de medidas emergenciais

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB).

Orientadora: Professora Doutora Paula Pessoa Pereira.

Coorientadora: Professora Doutora Daniela Marques de Moraes.

Brasília

2024

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora **Paula Pessoa Pereira**

Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB)

Orientadora

Professora Doutora **Daniela Marques de Moraes**

Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB)

Coorientadora

Professor Doutor **Miguel Gualano de Godoy**

Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB) e Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná (FD-UFPR)

Examinador

Professor Doutor **Sérgio Cruz Arenhart**

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (FD-UFPR)

Examinador

Bp Bacellar Marques, Rafaella.
PROCESSO ESTRUTURAL DEMOCRÁTICO NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: Os desafios enfrentados na determinação de medidas
emergenciais / Rafaella Bacellar Marques; orientador Paula
Pessoa Pereira; co-orientador Daniela Marques de Moraes. --
Brasília, 2024.
130 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de
Brasília, 2024.

1. Processo Estrutural Democrático. 2. Supremo Tribunal
Federal. 3. Medidas emergenciais. 4. Diálogo. 5.
Fundamentação das decisões. I. Pessoa Pereira, Paula ,
orient. II. Marques de Moraes, Daniela , co-orient. III.
Título.

AGRADECIMENTOS

Durante esses meses de árdua escrita, li em cada um dos livros e das teses que cito a seção de agradecimentos. É enriquecedor ver a referência a nomes conhecidos e perceber que a riqueza da academia é o diálogo que desenvolvemos ao longo da vida.

Para os meus agradecimentos, gostaria de iniciar agradecendo a Deus que me possibilitou viver esse grande sonho que foi estudar na Universidade de Brasília. Desejei isso por tanto tempo que é até difícil dizer quando começou, esse sonho não poderia ter sido realizado sem a ajuda de meus amados pais, Samara Bacellar e Prado Marques, a quem devo tanto e que agradeço por me ensinarem a importância do estudo e da dedicação.

Agradeço à Gabriella Bacellar, minha irmã e melhor amiga, de quem sinto tanta falta e que sempre foi um modelo de dedicação para mim. À minha avó Maria José Oliveira, que tanto me incentivou a seguir a carreira no Direito, quero dizer que a minha formação é uma conquista nossa. Aos meus avós Leonice Prado e Osmar Marques, não poderia deixar de agradecer pelos sacrifícios feitos para que seus filhos e netos tivessem as oportunidades que eles não tiveram de estudo e ensino. Agradeço ainda ao meu tio Luiz Carlos Oliveira, que tanto me ajudou durante todos esses anos para que eu pudesse realizar meu sonho.

Às minhas orientadoras, professora Paula Pessoa e professora Daniela Marques dedico especial agradecimento. Este trabalho não poderia existir sem vocês. À Paulinha, agradeço imensamente pelas reflexões que tanto melhoraram o que eu tinha em mente inicialmente, graças aos seus questionamentos e às suas correções atentas, consegui aperfeiçoar muito o texto. Obrigada por ser essa inspiração dentro da academia e por ser a primeira pessoa a incentivar meus estudos no tema de processos estruturais, pelo qual guardo tanto apreço.

À Dani, não poderia deixar de agradecer o cuidado que teve comigo nos últimos meses, por ter continuado ao meu lado mesmo depois que decidi mudar completamente o meu tema de monografia. Agradeço ainda por ser a pessoa que me apresentou o estudo do processo civil. Por professores assim, que incentivam projetos como a participação na Competição Brasileira de Processo, a Universidade de Brasília é um lugar tão especial.

Ao professor Miguel Godoy, pelo grande aprendizado que me proporcionou com as suas aulas e por ter me permitido acompanhá-lo tão de perto na monitoria nesse último ano, não poderia deixar de agradecê-lo, sobretudo por ter me incentivado a pensar criticamente a atuação do Supremo Tribunal Federal e o processo constitucional, área do Direito que tanto me encanta. Posso dizer que foram as suas aulas que inspiraram o tema do trabalho.

Ao professor Sérgio Arenhart, cujas ideias tanto influenciaram a minha pesquisa, agradeço a gentileza de se disponibilizar a participar da minha banca de avaliação, é uma grande honra poder debater minhas ideias com um dos maiores nomes do processo no Brasil.

À Universidade de Brasília, instituição que foi minha casa durante esses cinco últimos anos, que me acolheu tão bem e me proporcionou tantas experiências incríveis. À Liga de Processo Civil, o início de toda a minha realização no Direito, agradeço especialmente aos amigos que me acompanharam durante a 5ª Competição Brasileira de Processo, ano que levamos o título representando nossa universidade, Fabiana Berçott, Leonardo Muhammad, Lucas Cordeiro, Rodrigo Buzzi e Bruno Marra.

Este trabalho é fruto como muito projetos na minha vida de pessoas que se disponibilizaram a me ajudar. Aqui agradeço particularmente ao meu querido amigo Carlos Eduardo Lopes, que com muito zelo corrigiu os meus capítulos e me ajudou a refletir sobre os caminhos a seguir.

Agradeço ainda ao meu amigo Vitor Larrossa, que tanto contribuiu com as referências utilizadas no texto e que sempre se mostra disposto a debater comigo esse tema de nosso comum interesse que é o estudo do Supremo Tribunal Federal.

Ao professor Antônio Escrivão, que muito marcou as ideias desenvolvidas neste trabalho. Agradeço especialmente pelas reflexões sobre Kafka e pelos livros emprestados.

Ao meu chefe professor Fábio Quintas, com quem eu tenho o prazer de trabalhar, obrigada por sempre estar disponível para debater e por tanto incentivar o meu crescimento acadêmico e profissional. Aos meus colegas do escritório CZZQ, agradeço a todos na pessoa do meu querido amigo Tiago Dâmaso, que tanto me inspira a ser uma profissional melhor.

Agradeço ainda ao professor Matheus Casimiro, que sempre se mostrou disponível para dialogar comigo e que me indicou referências bibliográficas fundamentais para este trabalho.

Não posso dizer que a jornada até aqui foi solitária, pois sempre tive pessoas com quem contar. Não poderia deixar de agradecer aos meus melhores amigos Célio Cabo Verde, Samantha Romero e Maria Luiza Mello, que mesmo de longe e por tanto tempo, sempre me apoiaram a continuar realizando todos os meus sonhos.

Por fim, agradeço à Helena Sayuri, João Aviani, Ana Beatriz Souza, Roney Olimpio, Luna Boianovsky, Maria Antônia Beraldo, Gustavo Cantanhêde, Lucas Orsi, Sayuri Hamaoka, Giulia Mariah Tavares, Givago Thimoti, Matheus Mendonça, Asafe Ribeiro, Márlon de Andrade, Sandryelle Alves e entre tantos outros amigos que me acolheram aqui em Brasília e que atualmente são tão importantes na minha vida. Saibam que sempre podem contar comigo.

“Cada uno escucha su propia voz cuando escucha la “voz” del derecho, cada uno ve su próprio rosto reflejado cuando mira las palabras del derecho”¹.

“All of us, both as individual and institutional actors play a role in this process. In modern society, where the state is all-persuasive, these values determine the quality of our social existence – they truly belong to the public – and as consequence, the range of voices that give meaning to these values is as broad as the public itself. The legislative and executive, branches of government, as well as private institutions, have a voice, so should the courts. Judges have no monopoly on the task of giving meaning to the public values of the Constitution, but neither is there reason for them to be silent. They too can make contribution to the public debate and inquiry².

*Para aqueles que acreditam
em mudanças*

¹ GARGARELLA, Roberto. **Manifiesto por un derecho de izquierda**. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2023, p. 23.

² FISS, Owen. The forms of Justice. **Havard law review**. Vol. 93. N.1, nov. 1979, p.1-2.

RESUMO

O presente trabalho busca verificar se o Supremo Tribunal Federal tem determinado medidas emergenciais na condução de processos estruturais e como as referidas medidas se relacionam com a construção de um processo estrutural democrático, pautado pela participação, publicidade e justificação. Como resultado, o trabalho evidenciou que o STF, ao lidar com processos estruturais, tem aplicado medidas emergenciais para proteger grupos vulneráveis, mesmo quando o entendimento geral é de que o Judiciário não deve intervir diretamente em políticas públicas com medidas pontuais. Essa prática foi observada em situações de urgência, mas também mediante a existência de outros fatores como previsão legal, existência de estudos que comprovam a eficiência da medida e oitiva dos grupos afetados. Nesse âmbito, foi possível verificar a dispensa do requisito de urgência em alguns casos. Para evitar decisões aleatórias, destaca-se a importância de uma fundamentação robusta das decisões e a necessidade de diálogo com os grupos afetados. Embora o STF mostre abertura para medidas emergenciais na proteção de direitos fundamentais, a falta de mecanismos de monitoramento e um diálogo efetivo com os grupos envolvidos representam desafios. Assim, é crucial que o Tribunal adote uma postura prudente, garantindo decisões que sejam baseadas na realidade e legitimadas por um processo democrático inclusivo.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Medidas emergenciais; Processo estrutural democrático; Grupos vulneráveis; Fundamentação das decisões.

ABSTRACT

This work aims to verify whether the Supreme Federal Court has determined emergency measures in the conduct of structural processes and how these measures relate to the construction of a democratic structural process, based on participation, publicity, and justification. As a result, the study revealed that the STF, when dealing with structural processes, has applied emergency measures to protect vulnerable groups, even when the general understanding is that the Judiciary should not directly intervene in public policies with specific measures. This practice was observed in urgent situations but also in the presence of other factors such as legal provisions, studies proving the effectiveness of the measure, and consultation with the affected groups. In this context, it was possible to verify the dismissal of the urgency requirement in some cases. To avoid arbitrary decisions, the importance of robust decision-making and the need for dialogue with the affected groups are emphasized. Although the STF shows openness to emergency measures in the protection of fundamental rights, the lack of monitoring mechanisms and effective dialogue with the involved groups pose challenges. Therefore, it is crucial for the Court to adopt a prudent stance, ensuring that its decisions are based on reality and legitimized by an inclusive democratic process.

Keywords: Supreme Federal Court; Emergency measures; Democratic structural process; Vulnerable groups; Decision-making justification.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ACO	Ação Civil Originária
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADPF MC	Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
APIB	Articulação dos Povos Indígenas do Brasil
<i>Brown</i>	<i>Brown vs. Board of Education of Topeka</i>
CCAS	Corte Constitucional Sul-africana
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
DESC	Direitos Sociais Econômicos e Culturais
DSEIs	Distritos Sanitários Especiais Indígenas
ECI	Estado de coisas inconstitucional
EUA	Estados Unidos da América
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cívicos
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
FUNASA	Fundação Nacional de Saúde
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MPF	Ministério Público Federal
NUPEC	Núcleo de Processos Estruturais e Complexos
PL	Projeto de Lei
REsp	Recurso Especial
SESAI	Secretaria de Saúde Indígena
SUS	Sistema Único de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE TABELAS

Tabela 1. Classificação dos efeitos em processos estruturais.....	75
Tabela 2. Panorama das ADPFs e a técnica estrutural	90
Tabela 3. ADPFs e as medidas emergenciais	93
Tabela 4. Fundamentação para as medidas emergenciais	97

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	13
II. CONCEITOS INICIAIS: PROCESSO ESTRUTURAL, ADPFs ESTRURANTES E PROCESSO ESTRUTURAL DEMOCRÁTICO	20
II.1. LITÍGIO ESTRUTURAL E PROCESSO ESTRUTURAL	21
II.2. A "REVOLUÇÃO SILENCIOSA": AS ADPFs E A TÉCNICA ESTRUTURAL NO STF	29
II.3. PROCESSO ESTRUTURAL DEMOCRÁTICO: CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO, DEMOCRACIA DELIBERATIVA E A RESSIGNIFICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO EM UM MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO	36
III. POR QUE O DIÁLOGO É NECESSÁRIO EM UM PROCESSO ESTRUTURAL?	44
III.1. O PAPEL DO DIÁLOGO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE SOLUÇÕES ADEQUADAS PARA O TRATAMENTO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	45
III.2. A NECESSIDADE DO DIÁLOGO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES LEGÍTIMAS EM PROCESSOS ESTRUTURAIS.....	58
III.3. O EXPERIMENTALISMO COMO MODELO DE ATUAÇÃO JUDICIAL COMPATÍVEL COM O PROCESSO ESTRUTURAL DEMOCRÁTICO.....	69
IV. O PROCESSO ESTRUTURAL DEMOCRÁTICO PRESSUPÕE UMA BUSCA INCESSANTE PELO DIÁLOGO?	81
IV.1. A NECESSIDADE DE DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO MÍNIMO DO DIREITO E AS MEDIDAS PROFILÁTICAS.....	82
IV.2. O RECONHECIMENTO DA VIOLAÇÃO DO DIREITO E AS MEDIDAS EMERGENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	90
IV.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTUDO DE CASO REALIZADO	109
VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119

I. INTRODUÇÃO

O processo estrutural visa à solução de conflitos tidos como litígios complexos, policêntricos e multipolares, associados ao funcionamento de determinada estrutura que viola de alguma forma os direitos de um grupo ou de grupos de pessoas³.

A origem dos processos estruturais é remetida pela ampla doutrina ao famoso caso *Brown vs. Board of Education*⁴, julgado pela Suprema Corte americana em 1954. Na ocasião, a Suprema Corte, julgando quatro casos improcedentes nos estados de origem (Delaware, Kansas, Carolina do Sul e Virginia), definiu que a segregação de crianças em escolas públicas, com base na raça, seria inconstitucional, ainda que com a garantia de igualdade de instalações, pois privaria as crianças do grupo minoritário de iguais oportunidades educacionais, e que, portanto, isso violaria a cláusula de igual proteção⁵.

A Corte então entendeu pela inconstitucionalidade da política de segregação racial, por violação da 14ª Emenda e deu início ao fim da doutrina *separate but equal*, firmada a partir do caso *Plessy vs. Ferguson*⁶, ainda em 1896. Contudo, tal decisão não foi aceita pelos estados, o que levou a Corte a revisitar seu julgamento em *Brown II* e a atribuir aos juízes locais a concretização de sua decisão⁷.

A Corte compreendeu ser necessária uma reforma organizacional profunda, com a transformação “dos sistemas duais de escolas”, separadas entre negros e brancos, em um sistema unitário de escolas não raciais. Isso exigiria a reestruturação daquelas instituições, a partir de novos procedimentos para a escolha de alunos, novos sistemas de transporte, nova alocação de recursos para escolas e atividades, modificação do currículo, entre outras mudanças⁸.

Tal caso é paradigmático, sobretudo, por três razões: (i) pelo caráter prospectivo da decisão que entendeu pela inconstitucionalidade de uma política pública e não de um ato ou

³ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 39.

⁴ A Corte em *Brown II*, ao não fixar parâmetros concretos de modo ou tempo, para que se produzisse o resultado desejado – o fim da segregação racial – fez com que os juízes por contra própria aplicassem as chamadas *injunctions*, ordem de fazer ou não fazer. Assim, Edilson Vitorelli afirma que o caso *Brown* não seria um exemplo de processo estrutural, mas sim que a implementação da decisão, por iniciativa de alguns juízes locais, adquiriu gradativamente essa característica (*Ibid.*, p. 71).

⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁶ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo. vol. 38, n.225, p. 389-410, nov. 2013, p.392.

⁸ FISS, Owen. As formas de Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 121.

omissão normativa⁹; (ii) pela reestruturação de um conjunto de instituições ou política pública; e (iii) pela atribuição ao Poder Judiciário da responsabilidade pela implementação de medidas que garantissem que a decisão da Corte fosse respeitada¹⁰.

A decisão do caso *Brown*, diferentemente do processo civil tradicional, não objetivava a resolução de questões referentes ao passado, de mera reconstrução patrimonial. Mas tinha natureza voltada à perspectiva futura, ainda a ser concretizada¹¹. O fim do processo não foi a decisão que entendeu pela inconstitucionalidade, mas sim a reconfiguração da estrutura que estava em desconformidade com a Constituição¹². À luz dessa forma específica de tutela de direitos, dedica-se a doutrina ao estudo dos processos estruturais.

No Brasil, destaca-se, como um dos primeiros casos em que se aplicou a técnica do processo estrutural, a ação civil pública nº 8000533-4, popularmente conhecida como a ACP do Carvão, no ano de 1993. Essa ação visava à proteção ambiental da área em que ocorria a exploração de carvão na cidade de Criciúma, localizada no sul do estado de Santa Catarina. Em 2000, a sentença proferida no processo nº 2000.72.04.002543-9 determinou que as mineradoras, juntamente com seus sócios-gerentes e representantes, além da União e do estado de Santa Catarina, deveriam reparar os danos ambientais decorrentes da exploração, por meio da apresentação de um plano de recuperação ambiental¹³.

Com o advento do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 e com o reconhecimento legal da flexibilidade procedimental e da atipicidade das técnicas executivas (art. 139, IV), a técnica do processo estrutural ampliou-se ainda mais nas instâncias ordinárias, sobretudo por meio da ação civil pública. Nesse cenário, é possível afirmar que os processos estruturais são uma realidade no Brasil¹⁴.

Mais recentemente, entretanto, vive-se verdadeira “revolução silenciosa”, no que se refere ao controle de constitucionalidade concentrado brasileiro, que passou a ser uma via possível para os processos estruturais¹⁵.

⁹ CASIMIRO, Matheus. **Processo estrutural democrático: participação, publicidade e justificação**. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

¹⁰ ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p.392.

¹¹ *Ibid.*, p. 392.

¹² VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. Vol. 284, 2018, p.333-369.

¹³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 42. Sobre esse caso ver ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

¹⁴ ARENHART, S.; OSNA, G.; JOBIM, M. **Curso de...**, p. 45-46.

¹⁵ CASIMIRO, *op. cit.*

Enquanto antes se tinha um controle de constitucionalidade com objeto de apenas atos normativos e omissões, atualmente tem-se um objeto não mais puramente normativo (relativo à existência ou não de uma norma jurídica), mas também fático (ainda que a norma jurídica esteja presente no ordenamento, ela é insuficiente para dar conta da realidade fática violadora de direitos)¹⁶.

Tal revolução se daria sobretudo por meio de arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs), utilizadas para tutelar realidades violadoras de direitos fundamentais¹⁷, que, em alguns casos, são reconhecidas como “estado de coisas inconstitucional”¹⁸.

Somam-se as muitas ações monitoradas e tratadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), que têm por objeto solucionar uma realidade tida por inconstitucional e em estado de desconformidade. Apenas entre os processos monitorados pelo Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC)¹⁹, já constam nove casos, sejam eles: ADPF 347; ADPF 635; ADPF 709; ADPF 746; ADPF 760; ADPF 857; ADPF 991; SL 1.696; RCL 68.709.

¹⁶ Em uma perspectiva distinta, Carlos Alexandre de Azevedo Campos defende que falhas estruturais podem ser caracterizadas como hipóteses de omissão legislativa, referente à falha de coordenação entre Legislativo e Executivo, o que enseja deficiências em políticas públicas. Mesmo que existam leis e iniciativas administrativas, o resultado é insuficiente para a proteção de direitos fundamentais. Para o autor, seria necessário vincular a omissão inconstitucional à falta de realização de direitos fundamentais (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional**. 2015. 248 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2015, p. 21).

¹⁷ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, 2024.

¹⁸ O estado de coisas inconstitucional é uma técnica de decisão utilizada pela Corte Colombiana para reconhecer casos em que há violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, resultado de bloqueios institucionais, isto é, desarranjos institucionais, que justificam a intervenção da Corte em políticas públicas (ARIZA, Libardo José. *The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Columbia*. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Columbia**. New York: Cambridge University Press, 2013, p.129).

¹⁹ A resolução 790/2022 estabeleceu a criação do Centro de Soluções Alternativas de Litígios do Supremo Tribunal Federal (CESAL/STF), órgão que durante a presidência do Ministro Roberto Barroso, em 2023, veio a ser reestruturado, com a criação da Assessoria de apoio à Jurisdição (AAJ), composta por diferentes núcleos: Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC); Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (NUSOL); e Núcleo de Análise de Dados e Estatística (NUADE). “O objetivo do NUPEC é auxiliar os ministros na identificação e processamento de ações estruturais. Em sua atuação, o Núcleo pode: elaborar pareceres, emitir notas técnicas, participar de reuniões de mediação, junto com o Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (NUSOL), auxiliar no monitoramento de decisões estruturais e na construção de indicadores para avaliar a sua efetividade” (NAVARRO, Trícia; CASIMIRO, Matheus. *Consensualidade em processos estruturais: a experiência do Supremo Tribunal Federal*. In: ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; VEIGA, Guilherme (orgs.). **Novos Horizontes do Processo Estrutural**. Londrina, PR: Thoth, 2024, p. 455).

São muitas as perguntas referentes à regulamentação²⁰ do processo estrutural²¹. Ainda mais são os questionamentos quanto ao modo como deve ser regulamentado o processo constitucional²².

Entretanto, independente da forma como virá a ser feita a regulamentação infraconstitucional das técnicas processuais referidas, o presente trabalho parte do pressuposto de haver parâmetros constitucionais que devem orientar a condução desses processos e que estabelecem limites à atuação do Supremo Tribunal Federal. Tais parâmetros apontam para a necessidade de uma condução dialógica do processo estrutural.

As decisões estruturais pressupõem uma implementação progressiva das medidas que pretendem reestruturar a instituição pública ou privada. Aos juízes cabe indicar os resultados esperados e estabelecer critérios para avaliação dos efeitos, permitindo ao demandado escolher a forma de cumprimento. Nesse cenário, o Judiciário assume a supervisão de estruturas burocráticas e políticas institucionais, sem antecipar todas as atividades específicas a serem realizadas pelo demandado²³.

Esse foi o entendimento adotado no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 684.612, Tema de Repercussão Geral 698. Na ocasião, o STF compreendeu que a decisão judicial deve, como regra, apontar os objetivos a serem atingidos e permitir que a Administração Pública escolha os meios para alcançá-los, por meio da apresentação de um plano ou de meios adequados para alcançar o resultado, preservando assim a discricionariedade do ente público²⁴.

Destacou-se ainda a importância de criar parâmetros que permitam uma atuação organizada do Judiciário na concretização de direitos fundamentais, sem desorganizar a Administração Pública com decisões pontuais e aleatórias. A Corte ressaltou que, embora o

²⁰ Citam-se as tentativas de regulamentação anteriores, a exemplo: o Projeto de Lei n. 8.058/2014, que instituía “processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”; o Projeto de Lei do Senado nº 736/2015, que alterava a lei nº 9.882, de 1999, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para estabelecer termos e limites ao controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ao dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo; e por último, o Projeto de Lei 1641/2021, que disciplina nova Lei de Ação Civil Pública.

²¹ Sinaliza-se ao leitor, que até o 20.07.2024, foi instaurada a comissão de juristas para elaboração de Lei do Processo Estrutural no Brasil, cujo projeto de lei deve ser proposto até o dia 12 de dezembro. Confira-se: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/06/13/senado-instala-comissao-de-juristas-para-sugerir-regulacao-de-processo-estrutural>>. Acesso em: 19 de jul. de 2024.

²² Sinalize-se ao leitor, que até o dia 19.07.2024, tramita projeto de lei para regulamentação das ações de controle abstrato do STF, PL n. 3640/2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2303044&filename=PL%203640/2023>. Acesso em: 19 de jul. de 2024.

²³ VERBIC, Franciso. Ejecución de sentencias em litigios de reforma estructural em la República Argentina. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 70-71.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 684612. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 03/07/2023. DJe 07/08/2023.

Judiciário indique os resultados esperados, ele não deve definir detalhadamente todas as ações que o Poder Público deve tomar, reconhecendo a falta de expertise técnica para tanto.

A doutrina norte-americana, entretanto, ressalva que a determinação de medidas específicas pode ser realizada em face de uma situação de urgência, mesmo em processos estruturais que se pautem por uma condução dialógica. Essa determinação de medidas emergenciais teria por finalidade a garantia de um mínimo de dignidade para os grupos afetados no curso do processo²⁵ e recebem o nome de medidas profiláticas.

Tais medidas de caráter temporário são prolatadas enquanto não há uma solução definitiva, geralmente em momento anterior à confecção do plano, com o objetivo de proteger o grupo vulnerável²⁶. No Brasil, o equivalente é a tutela de urgência, prevista pelo art. 300, do CPC.

A identificação da urgência dentro de processos estruturais tratados pelo STF tende a ser uma tarefa complexa, na medida em que sempre se está diante de direitos fundamentais. Nesse âmbito, os requisitos existentes para a determinação da tutela de urgência parecem ser insuficientes para a orientação nesses casos.

A tutela provisória pensada para o processo tradicional, bipolar²⁷ (lógica binária da escolha entre autor e réu)²⁸, é autorizada mediante a existência da probabilidade do direito e do perigo de dano ou da demora, previsão feita pelo art. 300 do Código de Processo Civil. Entretanto, o perigo da demora parece ser, na maior parte dos casos, evidente em processos estruturais, que buscam a proteção de direitos fundamentais.

Tampouco o requisito oferecido pela Lei nº 9.882/1999²⁹, que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental, parece estabelecer parâmetros claros para parametrizar uma situação de urgência em um processo estrutural. O referido diploma normativo prevê em seu art. 5º, *caput*, que o STF, por decisão de maioria absoluta de seus membros poderá deferir pedido de medida liminar. E em seu artigo 5º, §1º, que o relator, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, poderá conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

²⁵ CASIMIRO, Matheus. O caso Mamba: Quando a busca por diálogo esvazia direitos fundamentais. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022, p.72.

²⁶ *Ibid.*, p.72.

²⁷ A bipolaridade faz referência aos processos nos quais há duas teses contraposta e a solução deve escolher um dos lados (CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard law review**, vol. 89, n. 7, maio 1976, p. 1281-1282).

²⁸ Sobre isso cf. ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 389-410.

²⁹ A tutela de urgência na ADPF pode assumir o perfil de tanto uma tutela de segurança – cautelar – quanto uma antecipação de tutela de conteúdo satisfativo.

Trata-se, em uma primeira análise, de conceitos que não dão orientação quanto ao que o magistrado deveria considerar como urgente dentro desses processos, e, portanto, do que ele poderia determinar como ação imediata a ser cumprida pelo Poder Público.

Em processos estruturais, nos quais o diálogo se torna necessário para o procedimento, a mera caracterização do perigo na demora, sem qualquer esforço argumentativo parece ser problemática, principalmente em razão dos riscos de decisões aleatórias.

Nesse âmbito, busca-se investigar: (i) em primeiro, as razões que levam à necessidade do diálogo em um processo estrutural; (ii) em segundo, quais seriam as situações que autorizariam a determinação de medidas específicas em processos estruturais, tidas por emergenciais; (iii) e, em terceiro, a verificação de se, na aplicação feita pelo STF dessa técnica processual, essas medidas têm sido aplicadas, e, em caso positivo, o que na visão da Corte autorizaria a implementação de medidas específicas mesmo antes da elaboração do plano³⁰.

Examina-se para isso a fundamentação adotada pela Corte no proferimento das medidas. O estudo da fundamentação apresentada é relevante sobretudo porque a legitimidade das decisões no processo estrutural democrático se pauta pela justificação das decisões³¹, pois é o modo de verificar se a atuação do Estado foi razoável, proporcional e legítima³².

Interessa saber se o Supremo Tribunal Federal tem aplicado medidas emergenciais na condução de processos estruturais e como essas medidas se relacionam com a construção de um processo estrutural democrático, pautado por uma condução dialógica.

A hipótese levantada é que existem casos que justificam a determinação de medidas emergenciais mesmo em momento anterior à apresentação do plano, mas que tais situações devem ser tratadas em caráter excepcional. E que a sua compatibilização com o processo estrutural democrático varia de acordo com a fundamentação apresentada para a sua determinação.

A metodologia escolhida é a revisão de literatura e o estudo de caso, com método dedutivo de verificação.

Para isso, analisa-se no primeiro capítulo: (i) em um primeiro momento, o litígio estrutural e o processo estrutural; (ii) em segundo momento, o processo estrutural no âmbito do

³⁰ Cabe a breve ressalva, entretanto, de que o presente trabalho não se dedica a analisar a efetividade/eficiência dos processos estruturais, tendo em vista a complexidade dessa aferição e o fato de os resultados das recentes ações estruturais que tramitam no Supremo Tribunal Federal ainda não estarem claros (são várias as razões para tanto, a exemplo da complexidade de aferição dos resultados, tempo de tramitação dos processos estruturais, a novidade da técnica no ordenamento jurídico brasileiro, entre outros).

³¹ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, *passim*.

³² ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 396.

STF; (iii) no terceiro momento, o constitucionalismo dialógico, os ideais da democracia deliberativa e a ressignificação do contraditório, a partir da adoção de um modelo cooperativo de processo, para a compreensão do que seria o processo estrutural democrático.

No segundo capítulo, busca-se demonstrar a necessidade de uma condução dialógica de processos estruturais pelo Supremo Tribunal Federal, explicando: (i) em um primeiro momento, o papel do diálogo para a implementação de soluções aderentes à realidade e aptas a tratar os litígios estruturais, definidas como soluções adequadas; (ii) em um segundo momento, de que forma o diálogo possibilita a construção de decisões legítimas; (iii) em terceiro, a apresentação da abordagem experimentalista como a compatível com o processo estrutural democrático.

No terceiro e último capítulo, apresenta-se: (i) o conceito de medidas profiláticas e a compatibilidade com a abordagem experimentalista; (ii) o estudo de caso sobre as decisões do STF que reconheceram a necessidade de tratamento estrutural e a verificação se houve a implementação das referidas medidas; (iii) a fundamentação para a determinação das medidas em questão e a relação com um processo estrutural democrático.

O estudo de caso é feito a partir da análise das ADPFs tratadas no subtópico II.2 do trabalho. A fim de viabilizar a pesquisa sucessivos recortes foram promovidos. Os casos selecionados a partir de busca no site do Supremo Tribunal Federal envolvem a técnica do estado de coisas inconstitucional ou estão classificados como "litígios estruturais", por estarem sob o acompanhamento do NUPEC.

Propõe-se a investigação de documentos públicos, mais especificamente os acórdãos proferidos nesses processos que determinaram a elaboração de planos para reestruturação de políticas públicas.

Foram excluídos da análise processos como a ADPF 682, ADPF 786, ADPF 866, ADPF 822 e ADPF 973, pois não atendem aos critérios estabelecidos, além da ADPF 760, que, por tratar de questões ambientais e não ter por foco grupo vulnerável específico, não foi escolhida para o estudo. A análise prossegue com os processos ADPF 347, ADPF 635, ADPF 709, ADPF 742, ADPF 976 e ADPF 991, com foco nas decisões de certificação (que reconhecem o tratamento estrutural do litígio) – a partir dos acórdãos proferidos.

A abordagem visa compreender se o STF no momento da determinação da elaboração do plano, tem considerado possível estabelecer os meios específicos para atingir o objetivo almejado no processo estrutural e as razões apresentadas para isso. Bem como, traçar a relação entre essas medidas emergenciais e um processo estrutural democrático.

II. CONCEITOS INICIAIS: PROCESSO ESTRUTURAL, ADPFs ESTRURANTES E PROCESSO ESTRUTURAL DEMOCRÁTICO

A principal ameaça aos valores constitucionais não é proveniente de indivíduos, mas das operações das organizações de grande porte, as burocracias do Estado Moderno³³.

Este capítulo é dividido em três partes e busca definir os conceitos necessários ao desenvolvimento da presente pesquisa. No primeiro subtópico (II.1), definem-se os conceitos de litígio e processo estrutural. Para isso, expõem-se as diferentes classificações possíveis aos litígios coletivos e as características próprias ao litígio estrutural. Em seguida, apresenta-se o conceito de estrutura e como o direito material influi na técnica processual estrutural. Também se expõe o conceito de processo estrutural e as possibilidades de procedimento (decisões em cascata, procedimento em espiral e criação do plano).

A segunda parte (II.2) será destinada ao entendimento de como o processo estrutural se desenvolve no Supremo Tribunal Federal, por meio das arguições de descumprimento de preceito fundamental. Apresentam-se as hipóteses de cabimento e o modo como a técnica do processo estrutural foi introduzida na jurisdição constitucional. Para isso, define-se o estado de coisas inconstitucional. Ato seguinte, expõem-se os fundamentos normativos que permitem a utilização da técnica estrutural nas ADPFs e os critérios sugeridos para sua aplicação.

O último subtópico do capítulo (II.3) destina-se à compreensão das premissas para uma condução dialógica. Explica-se em um primeiro momento, no que consiste o diálogo aqui defendido, a partir da compreensão do constitucionalismo dialógico, bem como de que forma esse fenômeno se relaciona com os ideais da democracia deliberativa. Em um segundo momento, sugere-se a compatibilização desses ideais com o modelo cooperativo de processo. A partir dessa construção, demonstra-se como a ressignificação do contraditório dentro desse novo modelo de processo poderia justificar a adoção de um processo estrutural democrático.

O objetivo do capítulo é: (i) introduzir os temas que remetem ao título do trabalho – litígio e processo estruturais, a técnica estrutural no Supremo Tribunal Federal e processo estrutural democrático; (ii) esclarecer que é possível depreender um fundamento constitucional para a importância do diálogo, a partir do contraditório; (iii) à luz dessas premissas, contextualizar a condução dialógica a ser apresentada no segundo capítulo.

³³ FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. In: **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: RT, 2004. Cap. 2, p. 106. (Publicado originalmente em: **Law and Human Behavior**, v. 6, p. 121, 1982).

II.1. LITÍGIO ESTRUTURAL E PROCESSO ESTRUTURAL

Os litígios³⁴ são conflitos de interesses juridicamente relevantes³⁵ e podem ser de natureza individual ou coletiva. A primeira categoria envolve interesses individuais e a segunda abarca interesses de um grupo de pessoas, tratadas como conjunto. Nos litígios coletivos, o grupo é lesado enquanto sociedade, como todo – sem que seja relevante a consideração de suas características estritamente pessoais³⁶.

Nesse âmbito, Edilson Vitorelli classifica os litígios coletivos, a partir da diferenciação de três concepções sociológicas de sociedade (estrutura, solidariedade e criatividade)³⁷, sob duas variáveis: a conflituosidade e a complexidade³⁸.

A conflituosidade leva em consideração o grau de conflito interno (grau de concordância) do grupo social. Por outro lado, a complexidade corresponde, em face das variações de aspectos da lesão e da ausência de predeterminação em lei, às “múltiplas possibilidades de tutela de um direito”³⁹.

A partir de tal delimitação, surgem três categorias de litígios: (i) globais; (ii) locais; (iii) irradiados⁴⁰.

Nos litígios globais, a lesão não atinge diretamente os interesses de nenhum dos indivíduos. O ente afetado é despersonalizado, portanto, a sociedade é tida como estrutura. Há repercussão mínima sobre os direitos dos indivíduos e esses tendem a não se interessar em participar da resolução da controvérsia, a conflituosidade é baixa e a tendência é a baixa complexidade. A título exemplificativo, tem-se o caso de vazamento de óleo em uma pequena quantidade no meio do oceano⁴¹.

³⁴ Para uma conceituação mais clássica: “Litígios são conflitos de interesses em que à pretensão de um dos sujeitos se opõe a resistência de outro. Processo é uma operação por meio da qual se obtém a composição da lide” (SANTOS, Moacy Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9).

³⁵ VITORELLI, E. **Levando os conceitos...**, p.333-369.

³⁶ VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural...**, p. 24-25.

³⁷ A sociedade como estrutura é tratada como um todo orgânico, adotando-se a concepção de Durkheim e Marx; na sociedade como solidariedade, de Hegel e Habermas, os atores se unem por laços de solidariedade e ideais de comunidade, com a criação de uma comunidade de sentimento; e por fim, a sociedade é vista como criatividade social, aberta à inovação, para além da negação da singularidade do indivíduo e do sentimentalismo da sociedade, trata-se de uma sociedade elástica, dado que as relações são esticadas no tempo e espaço, explicam Elliot e Turner (*Ibid.*, p. 26-27).

³⁸ A conflituosidade é um elemento endógeno ao grupo, enquanto a complexidade é exógena (*Ibid.*, p. 30).

³⁹ *Ibid.*, p. 29.

⁴⁰ A teoria dos litígios coletivos é pensada em contraposição à classificação adotada pelo CDC (art. 81) de: (i) direitos difusos, (ii) direitos coletivos e (iii) direitos individuais homogêneos, que para Edilson Vitorelli, opinião por nós compartilhada, seria insuficiente para dar conta do processo coletivo.

⁴¹ *Ibid.*, p. 33.

A segunda categoria engloba os litígios locais, nos quais a lesão afeta determinados indivíduos pertencentes a uma comunidade (sociedade como solidariedade, cujos laços variam em maior ou menor grau) de forma significativa (com alteração de aspectos relevantes da vida). A conflituosidade é moderada, pois tende a existir desejo de participar e contribuir com a resolução do problema, dada a intensidade da lesão, mas há, ao mesmo tempo, identidade de perspectivas, o que diminui o grau de conflito. A complexidade é variável, porém mais elevada que nos globais, já que a reparação atinge o coletivo, mas também o indivíduo. Como exemplo, tem-se o caso de lesões a direitos de trabalhadores de determinada empresa⁴².

A última categoria é a dos litígios irradiados (sociedade como criação), em que a lesão é qualitativa e quantitativamente distinta entre os integrantes do grupo⁴³. Nesse tipo de litígio, não há laços de identidade do grupo, havendo perspectivas distintas, por vezes, antagônicas, quanto à forma de resolução do problema. Surgem, em razão disso, litígios mutáveis e multipolares (com multiplicidade de sujeitos e interesses envolvidos, que apresentam opiniões diversas em relação ao problema). Além disso, a conflituosidade é elevada: a lesão é significativa na vida das pessoas de formas distintas, de modo a ensejar o desejo de participar da solução a ser construída. A complexidade é igualmente elevada, pois são inúmeras as possibilidades de resolução. A essa categoria pertencem os litígios estruturais⁴⁴.

Os litígios irradiados são tidos como policêntricos⁴⁵. O policentrismo pode ser descrito como característica que se atribui ao conflito quando a solução dada para um dos interessados afeta diretamente outro grupo, sem que se possa aferir de modo preciso a complexidade das repercussões de uma intervenção⁴⁶.

Ilustrativa do policentrismo é a metáfora da teia de aranha⁴⁷: a intervenção em um dos fios distribui novas tensões, modificando o arranjo inicial da teia como um todo. A cada nova intervenção, a partir dos diferentes centros de tensão, origina-se um novo padrão, uma nova

⁴² VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural...**, p. 34-35.

⁴³ Essa classificação é importante, pois rompe com a tradição do processo coletivo até então desenvolvida que enxergava um caráter indivisível nos direitos transindividuais (*Ibid.*, p. 40).

⁴⁴ *Ibid.*, p. 37-42.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 39.

⁴⁶ FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication. **Havard Law Review**. V. 92, p.353-409, 1978, p. 394-395.

⁴⁷ Tal metáfora é também adotada por William Fletcher, para quem os problemas policêntricos são aqueles que possuem vários centros problemáticos, a partir dos quais a solução de cada um condiciona a solução de todos os outros (FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale Law Journal**, v.91, n.4, p. 635-697, 1982, p. 645). No direito brasileiro, a metáfora da teia de aranha de William Fletcher foi adotada por Edilson Vitorelli para descrever o caráter policêntrico de litígios estruturais (VITORELLI, E. **Levando os conceitos...**, p. 340).

teia, sendo difícil prever os resultados *prima facie*. O policentrismo se manifesta, portanto, a partir dos vários centros de tensão que se influenciam mutuamente⁴⁸.

Nesse contexto, os litígios irradiados associam-se a uma sociedade elástica e fluida. “A teia de interações sociais entre os indivíduos é a própria sociedade”⁴⁹, que é composta por aqueles “que experimentaram efetivamente os efeitos concretos da violação, as quais o titularizam na proporção que foram atingidas”⁵⁰.

Em razão dessas características, a solução do litígio irradiado se afasta “do binômio lícito-ilícito e se aproxima, inevitavelmente, de considerações que dependem de *inputs* políticos econômicos e de outras áreas do conhecimento”⁵¹. E, não por outro motivo, as técnicas tradicionais de julgamento têm dificuldade em processar esses tipos de conflito⁵². A solução, por não estar prevista *a priori* pela lei, dificulta a atuação jurisdicional⁵³.

Quando o litígio coletivo irradiado é causado pelo funcionamento de determinada estrutura, que viola de alguma forma os direitos daquele grupo de pessoas, enquanto sociedade, estamos diante de litígio estrutural⁵⁴. Ressalva-se que a estrutura em questão pode ser “uma instituição (pública ou privada⁵⁵), conjunto de instituições, uma política⁵⁶ ou um programa público”⁵⁷.

⁴⁸ FULLER, L. **The Forms and Limits...**, p. 394-395.

⁴⁹ VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural...**, p.40.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 42.

⁵¹ *Idem.* **Levando os conceitos...**, p.337-338.

⁵² FULLER, *op. cit.*, p. 394-395.

⁵³ VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural...**, p. 39.

⁵⁴ O conceito de litígio estrutural desenvolvido por Edilson Vitorelli foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça na ocasião do julgamento do Resp. 1.854.847. Confira-se a definição da ementa do julgado: “Os litígios de natureza estrutural, de que é exemplo a ação civil pública que versa sobre acolhimento institucional de menor por período acima do teto previsto em lei, ordinariamente revelam conflitos de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica, insuscetíveis de solução adequada pelo processo civil clássico e tradicional, de índole essencialmente adversarial e individual” (BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. REsp n. 1.854.842/CE, Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgamento em 02/06/2020. DJe 04/06/2020). Entretanto, o conceito em questão não é unívoco na doutrina. Freddie Didier e Hermes Zanetti descrevem tratar-se o problema estrutural de um estado de desconformidade ou situação de ilicitude, que não corresponde ao estado ideal de coisas (DIDIER JR, Freddie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo**. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2023).

⁵⁵ A exemplo do processo de recuperação judicial e medidas de reestruturação do CADE (VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural...**, p.53-54). Quanto à possibilidade de processo estrutural em instituições privadas cf. GARRETT, Brandon L. Structural Reform Prosecution. **Virginia Law Review**. v. 93, p. 853-957, 2007.

⁵⁶ Define-se política pública como um programa ou quadro de ação governamental, consistente em medidas coordenadas, com o fim de movimentar a máquina do governo para a realização de um objetivo de ordem pública, geralmente relacionado à concretização de direitos (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo. Saraiva. 2006, p. 14).

⁵⁷ VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural...**, p. 53. Esse conceito é compatível com o adotado por Matheus Casimiro, para quem o litígio estrutural é um litígio coletivo, no qual “os direitos da coletividade não são violados por uma ação específica da outra parte, decorrendo de um estado de coisas contrário ao direito, cuja mudança, depende geralmente, da reestruturação de uma política, programa ou de uma instituição pública (CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, p.36).

Imagine-se o seguinte exemplo para ilustrar um litígio estrutural. A construção de uma usina hidrelétrica começa a acarretar uma série de problemas para a comunidade local de determinada região (composta de pescadores e lavadeiras), em razão das alterações ambientais decorrentes de sua construção, como o aumento de lama no leito do rio e a redução dos peixes naquela área. Nesse caso, apesar de a estrutura da usina ser benéfica, por gerar o desenvolvimento daquela região e permitir a geração de energia elétrica a nível nacional, a forma que se dá essa construção e o seu funcionamento merecem especial atenção, pois causam impactos ambientais relevantes na vida de pessoas passíveis de determinação.

Nesse caso, o funcionamento da estrutura e a realidade criada a partir dela geram a violação de direitos de diferentes subgrupos com intensidades e modos diversos, sem qualquer perspectiva social compartilhada entre o grupo⁵⁸. Tais características fazem, como afirmado, de um litígio estrutural sempre⁵⁹ um litígio irradiado⁶⁰.

Esses litígios, entretanto, nem sempre serão tratados por processos judiciais com uma abordagem estrutural, podendo ser objeto de processos individuais ou coletivos não estruturais⁶¹.

Owen Fiss, observando esse fenômeno no caso *Brown vs. Board of Education*, é quem primeiro formulou o conceito de *structural injunction*⁶². Para o autor, as *injunctions*, ordens

⁵⁸ “A sociedade, que titulariza esses direitos, é fluida, mutável e de difícil delimitação” (VITORELLI, E. **Levando os conceitos...**, p. 4).

⁵⁹ Edilson Vitorelli faz a ressalva de que apesar de em alguns casos certos litígios estruturais aparentarem ser litígios locais, por tratarem de direitos de determinado grupo aparentemente unido por laços de solidariedade, quando a violação de direitos é ocasionada pelo funcionamento de uma estrutura, buscando-se adequar esse funcionamento ao padrão desejado, o conflito de interesses em questão deixa de envolver apenas os interesses do grupo em questão. É dizer, os litígios que eram inicialmente locais evoluem para litígios irradiados, pois interesses externos ao do grupo inicial passam a ser relevantes para a solução do problema. “O litígio só será local quando, por comparação, os interesses do grupo minoritário forem absolutamente preponderantes sobre os dos indivíduos que não compõem aquela sociedade” (VITORELLI, Edilson. Bifásico, em cascata ou em espiral? Considerações sobre o procedimento no processo estrutural e metodologia para a sua implementação prática. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022, p. 288. Nota 5). Como exemplo, é possível citar o caso da ADPF 709, que suscitou o reconhecimento de estado de coisas inconstitucional relativo à política de vacinação da Covid-19, destinada às comunidades indígenas. Isso porque, a *prima facie*, pode parecer tratar-se de conflito local, por envolver uma comunidade unida por laços de solidariedade. Entretanto, havia distintos subgrupos dentro do grupo principal, unidos cada um por laços distintos, para além disso, os interesses do governo, das instituições responsáveis por conduzir as políticas públicas de saúde dos indígenas também interessavam à resolução do problema.

⁶⁰ A contrária não é verdadeira: nem todo litígio irradiado é estrutural, pois nem sempre diz respeito a uma lesão originada pelo funcionamento de uma estrutura. O caráter irradiado de litígios estruturais que tratam de políticas públicas torna-se mais evidente em razão de esses litígios tratarem, inevitavelmente, de compartilhamento de recursos escassos, interessando, por isso, perspectivas de outros grupos sociais (VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural...**, p.56-60).

⁶¹ VITORELLI, E. **Levando os conceitos...**, p. 8.

⁶² O termo *injunctions* já existia no direito americano e refere-se a ordens judiciais de fazer ou não fazer, pouco utilizadas na primeira metade do século XX (*Ibid.*, p. 70). O termo *structural injunction* foi traduzido para o Brasil como reforma estrutural (FISS, O. **Um novo Processo Civil...**, p. 106).

judiciais de fazer ou não, assumiriam um novo papel, ante a consciência de que existe “uma ameaça aos valores constitucionais provenientes de organizações de grande porte, tidas por burocracias do Estado Moderno”⁶³. À luz da nova ameaça, as medidas judiciais indenizatórias seriam inadequadas e a medida apropriada seria a *structural injunction*, mecanismo que poderia servir como “meio formal pelo qual o juiz dirige a reconstrução de organizações burocráticas”⁶⁴.

Nesse sentido, o processo estrutural é um processo coletivo⁶⁵, por meio do qual se pretende pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura”⁶⁶, que causa ou viabiliza uma violação de direitos⁶⁷.

As características dessa técnica processual⁶⁸, que a diferencia dos processos coletivos tradicionais, englobam: (i) o tipo de litígio que pretende tutelar; (ii) a abordagem policêntrica do problema, considerada para o desenvolvimento do processo; (iii) a pretensão de realizar a tutela jurisdicional por intermédio da implementação progressiva de medidas de reestruturação, com ênfase em um caráter prospectivo⁶⁹.

Cabe breve diferenciação entre processo estrutural e processo coletivo de interesse público (*public law litigation*), sendo o segundo gênero do qual o primeiro faz parte. Nesse sentido, será de interesse público o processo que busca por meio do Judiciário não uma transferência de valor patrimonial relativa ao passado, “mas regular e modificar arranjos sociais e econômicos para o futuro”⁷⁰, concepção derivada do pensamento de Abram Chayes⁷¹. Trata-

⁶³ FISS, O. **Um novo Processo Civil...**, p. 106.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 106.

⁶⁵ “O processo coletivo é o mecanismo processual que a ordem jurídica de um determinado país disponibiliza para resolver litígios coletivos. No caso brasileiro, por intermédio do ajuizamento de uma demanda civil por um legitimado coletivo, em defesa dos interesses da sociedade, a qual substitui processualmente” (VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural...**, p.85).

⁶⁶ *Ibid.*, p. 60.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 60

⁶⁸ Também quanto às características essenciais, diferenciam-se as abordagens trazidas por aqueles que se dedicam ao estudo do tema, a título exemplificativo, Mariela Puga descreve sete características essenciais: (i) intervenção de múltiplos atores no processo; (ii) um grupo de pessoas que é afetado, mas não participa do processo; (iii) a violação de direitos ocorre em larga escala; (iv) a organização estatal ou burocrática funciona como marco social que causa a violação de direitos; (v) invocação de valores de caráter público ou constitucional; (vi) pretensão de redistribuição de bens; (vii) sentença que exige uma implementação prolongada e contínua de um conjunto de ordens (PUGA, Mariela. **Litígio estrutural**. 329 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013). Soma-se a perspectiva de Hermes Zanetti que elenca as seguintes características essenciais do processo estrutural: (i) pautar-se na discussão do estado de desconformidade; (ii) busca pelo alcance do estado ideal; (iii) procedimento bifásico, com fase de reconhecimento e posterior projeto de reestruturação; (iv) flexibilidade, com medidas de aplicação atípicas; (v) consensualidade, que preveja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC). Entre as não essenciais descreve: (i) a multipolaridade; (ii) a coletividade e (iii) a complexidade (ZANETTI JR., Hermes. Uma proposta de modelo de pedido no processo estrutural. Alberto Bastos Balazeiro, In: ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; VEIGA, Guilherme (orgs.). **Novos Horizontes do Processo Estrutural**. Londrina, PR: Thoth, 2024).

⁶⁹ VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural...**, p. 66.

⁷⁰ *Idem*. **Levando os conceitos...**, p. 351.

⁷¹ CHAYES, Abraham. **The role of the judge...**, p. 1281-1316.

se de situação, na qual há um inegável interesse coletivo, pois o Estado está negando aquele direito não apenas a um particular, mas sim para a toda a sociedade. É “o caso da implementação de um direito garantido, mas não efetivado”⁷². Contudo, nessas hipóteses, a diferenciação reside na ausência de exigência da aplicação de medidas que visem reconfigurar uma estrutura⁷³.

Os processos estruturais por pretenderem a reforma da estrutura, buscam não apenas tratar os efeitos do litígio a curto prazo, mas garantir que as causas do problema serão solucionadas. O objetivo é garantir que os resultados da intervenção possam ser duradouros, em um caráter prospectivo. Para isso, a solução a ser implementada deve ser feita de modo progressivo, podendo, inclusive, a determinação de uma solução não estrutural agravar o litígio⁷⁴.

Para descrever o procedimento⁷⁵ estrutural, Sérgio Arenhart nos apresenta o conceito de “provimentos ou decisões em cascata”⁷⁶.

No processo tradicional, uma única sentença de mérito é capaz de resolver o litígio, o que permite o início da fase de efetivação – cumprimento de sentença. No processo estrutural, entretanto, em razão das situações que se busca tutelar, na maioria das vezes não é possível definir a exata dimensão do problema *a priori*. Desse modo, é a implementação progressiva das medidas que delimitará as dimensões do problema, ao revelar decorrências que não puderam ser consideradas no momento inicial⁷⁷.

Os provimentos em cascata são decisões⁷⁸ que resolvem os problemas “à medida que aparecem”⁷⁹. É comum ao processo estrutural, que a primeira decisão se limite a fixar em linhas gerais as diretrizes da proteção do direito a ser tutelado (primeira impressão das necessidades

⁷² VITORELLI, E. **Levando os conceitos...**, p. 351.

⁷³ *Ibid.*, p. 351.

⁷⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural...**, p. 85.

⁷⁵ O processo é “o método, isto é, o sistema de compor a lide e juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto” (THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 2018, p. 135-136).

⁷⁶ ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 395.

⁷⁷ ARENHART, S.; OSNA, G.; JOBIM, M. **Curso de Processo Estrutural...**, p. 214.

⁷⁸ “Ela se volta a proteger os direitos fundamentais diante dos desafios postos por essa burocratização das relações públicas e privadas. Por isso, seu papel não é apenas o de eliminar uma determinada conduta ilícita, impondo um fazer ou uma abstenção. Ao contrário, sua finalidade se dirige exatamente à reestruturação dessa relação burocrática, de modo a alterar substancialmente a forma como as interações sociais se travam. Por isso, são medidas de longo prazo, que exigem muito mais do que uma simples decisão do Estado” (ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 395). Apesar de o conceito do autor se aplicar ao recorte de processo estrutural do presente trabalho que se refere apenas a direitos fundamentais, há autores que defendem a existência de processos estruturais para a tutela de direitos não fundamentais, isto é, não previstos constitucionalmente. Para uma perspectiva distinta, Alexandre Freitas Câmara, por exemplo, defende que ações do Direito de Família que visam à reconfiguração de laços e vínculos da estrutura familiar são tidas como estruturais (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Processo reestruturante de família**. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 338, 2023, p. 277-298).

⁷⁹ ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 395.

do litígio). Essa decisão quase de natureza principiológica cria o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ser tratado. Com efeito, a decisão-núcleo exigirá a prolação de decisões posteriores para a solução de problemas, decorrentes da sua implementação, ou para especificar a prática que é devida ou é desejada⁸⁰.

Isso levará a uma cadeia de decisões, com avanços e retrocessos, “de modo a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto”⁸¹. O processo se constitui a partir de uma técnica de tentativa-erro-acerto que permite selecionar a melhor forma de se resolver o problema⁸².

A título exemplificativo, Sérgio Arenhart, Gustavo Osna e Marco Jobim citam o caso do HC 143.641, em que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal deferiu *habeas corpus* coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva de mulheres grávidas ou mãe de menores de 12 anos ou pessoa com deficiência por prisão domiciliar. Nesse caso, seria impossível que o STF soubesse os reais impactos de sua decisão, tendo sido necessárias várias outras decisões posteriores à primeira, tanto para ajustes no conteúdo e alcance da decisão inicial quanto para resolver problemas surgidos após a implementação⁸³.

Para evitar que a inexistência de um procedimento específico viesse a justificar a aplicação do procedimento comum, Edilson Vitorelli, descreve o processo estrutural a partir de um procedimento em espiral.⁸⁴

Nessa perspectiva, o processo estrutural se desenvolveria a partir de diversas fases, tais como “um ciclo que se desenvolve em espiral”⁸⁵. Esse conceito pressupõe um procedimento que permita a construção e reconstrução de temas, que possam ser revisitados de modo contínuo no processo, para que se avance no tratamento do litígio. “A cada volta do ciclo, o tema é retomado, mas não a partir do zero, mas sim daqueles elementos que foram levantados no momento anterior”⁸⁶.

⁸⁰ ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 395.

⁸¹ *Ibid.*, p. 395.

⁸² FISS, O. **As formas de Justiça...**, p. 165.

⁸³ ARENHART, S.; OSNA, G.; JOBIM, M. **Curso de Processo Estrutural...**, p. 214. Em uma perspectiva distinta, Edilson Vitorelli afirma não ser possível considerar o litígio tratado nesse processo como coletivo, o que afastaria o seu caráter estrutural. “Em sentido análogo, o STJ e o STF vêm permitindo, ainda que sem unanimidade, o processamento de *habeas corpus* coletivos, que pretendem tutelar a liberdade de grupos de presos, como foi o caso das presas mães de filhos menores. Apesar da aceitação pelos tribunais, do (discutível) instrumento processual coletivo, os litígios, nesses casos, são claramente individuais, uma vez que cada uma dessas mulheres tenha sido presa por uma ordem judicial distinta, por crimes diversos e em situações carcerárias completamente distintas. A liberdade dessas pessoas não foi cerceada enquanto grupo, coletivamente” (VITORELLI, E. **Levando os conceitos...**, p. 339).

⁸⁴ VITORELLI, Edilson. **Bifásico, em cascata ou em espiral?...**, p. 296.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 296.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 296.

A fim de delimitar o percurso, podem ser fixados os seguintes passos:

- 1) Apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos, em respeito ao caráter policêntrico do litígio;
- 2) A elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura, em um documento ou a partir de diversos acordos ou ordens judiciais, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejada;
- 3) A implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado;
- 4) A avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo que é a violação e a obtenção de condições que impeçam reiteração futura;
- 5) A reelaboração do plano, a partir de resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos, ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e;
- 6) A implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua até que o litígio seja solucionado, o que significa, no contexto do processo estrutural, até que seja obtido o resultado social que se afigure apropriado, dadas as circunstâncias do conflito⁸⁷.

A implementação progressiva das medidas demanda a elaboração de um plano⁸⁸, que nada mais é “que um regime de transição, do estado de coisas que originou o litígio para aquele que a decisão pretende que seja implementada”⁸⁹.

A ideia de um plano remete ao já citado *Caso Brown*, ante a resistência dos estados em aplicar a decisão que reconhecia a inconstitucionalidade da política de segregação racial, a Suprema Corte foi instada a revisitar a questão (*Brown II*). Na ocasião, adotou-se a ideia de implementação progressiva das medidas de não segregação, considerando as dificuldades de satisfazer o direito inicialmente postulado e também os problemas das escolas locais, o que ensejou a aplicação de planos com o objetivo de eliminar a discriminação. A cargo das administrações ficaram as medidas de dessegregação e dos juízes locais a verificação e monitoramento do cumprimento⁹⁰.

Tudo isso, sem a fixação de um prazo, mas com a ordem de que fosse cumprido *with all deliberate speed*⁹¹. “A forma, a velocidade e os meios de imposição variavam de acordo com

⁸⁷ VITORELLI, E. **Bifásico, em cascata ou em espiral?**..., p. 297.

⁸⁸ A confecção do plano encontra fundamento normativo no art. 23 da LINDB, que expressamente determina a necessidade de que a decisão judicial, bem como administrativa ou controladora, quando do exercício de interpretação ou orientação de norma de conteúdo indeterminado que imponha novo dever ou condicionamento do direito, preveja “regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento do direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais” (BRASIL. Decreto-Lei n. 4657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, 4 set. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 21 de jul. de 2024).

⁸⁹ VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural**..., p. 69.

⁹⁰ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígio policêntricos**. 2019. 256 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 46.

⁹¹ *Ibid.*, p. 47.

as peculiaridades locais”⁹², tornando possível encontrar uma solução aderente à realidade local⁹³.

Conceituados o litígio e o processo estruturais, a fim de delimitar o objeto da presente pesquisa, congregam-se visões doutrinárias que tratam especificamente do processo estrutural no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁹⁴.

II.2. A "REVOLUÇÃO SILENCIOSA": AS ADPFs E A TÉCNICA ESTRUTURAL NO STF

As arguições de descumprimento de preceito fundamental têm por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º, da Lei 9.882/99). Entre os seus requisitos de admissibilidade estão: (i) a presença de lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental; (ii) causada por ato do Poder Público; bem como (iii) a inexistência de outro instrumento apto a sanar essa lesão ou ameaça (subsidiariedade)⁹⁵– art. 4º, §1º da Lei 9.882/99.

Ao tentar definir o que seria um preceito fundamental⁹⁶, André Tavares diz não ser possível equiparar seu conteúdo ao de princípio, tampouco poderia ser reduzido à regra⁹⁷. Com efeito, a arguição de descumprimento de preceito fundamental teria a finalidade de “preservar a obediência geral devida às regras e princípios constitucionais que, considerados fundamentais, estavam, de há muito, dentro de um quadro evolutivo, a demandar mecanismo próprio para tanto”⁹⁸.

⁹² VIOLIN, J. **Processos estruturais em perspectiva**..., p. 47.

⁹³ ARENHART, S. **Decisões estruturais**..., p. 403.

⁹⁴ Possivelmente em razão do desenvolvimento dos conceitos de Edilson Vitorelli terem sido pensados para processos estruturais realizados pelas instâncias ordinárias, o processo estrutural desenvolvido pela via do controle de constitucionalidade parece guardar características próprias que, à luz de outras visões doutrinárias, podem ser elucidadas.

⁹⁵ Sobre tal elemento, entende o Supremo Tribunal Federal: “Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva desta ação” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 33. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJe 27/10/2006. No mesmo sentido, cf. *e.g.*, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 388. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. DJe 01/08/2016; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 97. Rel. Min. Rosa Weber. Tribunal Pleno. DJe 30/10/2014).

⁹⁶ Quanto à dificuldade de conceituação acerca do que seria um preceito fundamental: “Há uma dificuldade, senão até uma impossibilidade mesmo, de determinar, abstratamente, o alcance objetivo dessa formulação constitucional, já que se trata de expressão de conceito jurídico extremamente aberto” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 59).

⁹⁷ TAVARES, André Ramos. **Tratado de arguição de preceito fundamental**: (Lei n.9868 e 9882). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 112.

⁹⁸ *Idem*. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.

À luz disso, o autor afirma que “preceitos fundamentais de uma Constituição cumprem exatamente o papel de lhe conferir identidade própria. Constituem, em conjunto, a alma da Constituição”⁹⁹. Desse modo, a alteração extremada de tais preceitos “provocaria a mudança da própria concepção de Constituição até então vigente”¹⁰⁰.

Por outro lado, o “ato do poder público” que pode vir a ser objeto da ADPF, é aquele “causador de lesão a preceito fundamental, não apenas os de natureza normativa, mas os de caráter individual, inclusive os de natureza jurisdicional”¹⁰¹.

Para Matheus Casimiro, a primeira ação estrutural tratada no Supremo Tribunal Federal, por meio de ADPFs, é a ADPF 347¹⁰², ajuizada no ano de 2015. Por meio dela, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pediu que o STF declarasse a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, tendo em vista o cenário de grave e massiva violação de direitos fundamentais dos presos¹⁰³.

O estado de coisas inconstitucional (ECI) é uma técnica de decisão criada pela Corte Constitucional da Colômbia, com o fim de proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A técnica é aplicada a situações em que estejam em curso graves violações a direitos fundamentais por omissão dos poderes públicos¹⁰⁴, com a improbabilidade de que o governo venha a superar a realidade contrária ao sistema de direitos fundamentais, sem que haja intervenção judicial. Nesse caso, a Corte atua pela defesa do sistema de direitos fundamentais e não de um direito individual¹⁰⁵.

A intervenção da Corte será para estabelecer um modelo coordenado de ação, com a participação de diferentes atores, chamando para si o dever de “impulso e a supervisão do processo de superação da situação inconstitucional”¹⁰⁶.

⁹⁹ TAVARES, A. **Tratado de arguição de preceito fundamental...**, p. 134.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 134.

¹⁰¹ ZAVASCKI, T. **Eficácia das sentenças...**, p. 59.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min, Luís Roberto Barroso. Julgamento em 04/10/2023. DJe 19/12/2023.

¹⁰³ O autor reconhece que antes disso o STF já havia se deparado com problemas estruturais (RE 271.286/RS, ADPF 45, RE 594.018, RE 592.581), entretanto afirma que tais ações não podem ser consideradas estruturais, pois os pedidos exigiam intervenções pontuais por parte do Poder Público, sem a identificação de uma realidade inconstitucional e sem a preocupação em transformá-la, por meio de um plano de ação, com monitoramento pelo Tribunal (CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, p. 137).

¹⁰⁴ Ao fazer referência ao caso dos *desplazados*, complementa o autor: “o estado de coisas inconstitucional tem sua causa inicial na omissão legislativa inconstitucional, revelada pela formulação deficiente ou insuficiente da política pública voltada a proteger a população deslocada na Colômbia. A falha estrutural no caso, legitimadora da “colaboração harmônica” da Corte, inicia-se como omissão legislativa inconstitucional. O Estado não está apenas executando de forma insuficiente uma política pública, mas a própria política formulada é deficiente” (CAMPOS, C. **Da inconstitucionalidade por omissão...**, p. 127).

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 89.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 91.

Apesar de só ter sido julgada em 2023, a ADPF 347, possibilitou que diversas outras fossem ajuizadas, com o pedido de reconhecimento de ECI e o tratamento estrutural do litígio¹⁰⁷.

Nesse sentido, em 2020, foi ajuizada a ADPF 682¹⁰⁸, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que requereu a declaração de existência de estado de coisas inconstitucional do ensino jurídico brasileiro, com solicitação de proibição de criação de novos cursos jurídicos no país. Essa ADPF, entretanto, teve seu seguimento negado, em razão de OAB ter se utilizado de instrumento processual inadequado¹⁰⁹.

O estado de coisas inconstitucional foi também suscitado na ADPF 760¹¹⁰, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgada em conjunto com ADO 54, referente ao combate ao desmatamento na Amazônia Legal para o cumprimento de metas climáticas assumidas pelo Brasil no plano internacional.

Também na ADPF 786¹¹¹, alegou-se a existência de ECI relacionado ao Sistema Tributário Brasileiro, por privilegiar os mais ricos e contribuir para a desigualdade social. Em 2021, porém, a ação de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes teve seu seguimento negado, tendo sido consignado que os atos deveriam ser impugnados caso a caso¹¹².

Já a ADPF 822¹¹³ questionou as políticas aplicadas pelo Governo Federal no combate à Covid-19. Em março de 2023, após decisão do relator Ministro Marco Aurélio que havia reconhecido o estado de coisas inconstitucional, o Tribunal deliberou pela perda de objeto da ação.

Na ADPF 866¹¹⁴, requereu-se a declaração de existência de ECI relativo à política pública de saúde brasileira, evidente pela instabilidade do custeio do Sistema Único de Saúde.

¹⁰⁷ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, p. 137.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 682. Decisão monocrática. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5906412>. Acesso em: 29 jul. 2024.

¹⁰⁹ CASIMIRO, *op. cit.*, p. 139.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 760. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Redator do Acórdão Min. André Mendonça. Julgamento em 14/03/2024. Dje 26/06/2024.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 786. Decisão Monocrática do relator. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6090018>. Acesso em: 29 jul. 2024.

¹¹² CASIMIRO, *op. cit.*, p. 140.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 822. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 27/03/2023. Dje 30/05/2023.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 866. Decisão monocrática. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6218965>. Acesso: 29 jul.2024.

O relator Ministro Alexandre de Moraes determinou o arquivamento em julho de 2021, sob o fundamento de que a Associação Nacional do Ministério Público de Contas careceria de legitimidade ativa¹¹⁵.

Na ADPF 973¹¹⁶, de relatoria da Ministra Rosa Weber e ajuizada em 2022, foi pleiteado o reconhecimento de ECI relativo à população negra do país, em razão da alta letalidade contra esse grupo praticada por intermédio da violência estatal e a partir do desmonte de políticas públicas. Já a ADPF 976¹¹⁷ trata das condições degradantes das pessoas em situação de rua. A ação foi ajuizada em 2022 e é de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes¹¹⁸.

Outras ADPFs também tratam de ações estruturais sem fazer referência ao ECI. É o caso, por exemplo, da ADPF 635¹¹⁹ (ADPF das Favelas) de 2019, que versa sobre a letalidade das operações policiais, no estado do Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Edson Fachin.

Quanto à temática da vacinação de grupos vulneráveis durante a pandemia da Covid, temos a ADPF 709¹²⁰, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que trata dos povos indígenas, bem como a ADPF 742, relativa às comunidades quilombolas, de relatoria do Ministro Marco Aurélio¹²¹, ambas ajuizadas em 2020.

A ADPF 991, ajuizada em 2022 e distribuída à relatoria do Ministro Edson Fachin, também pode ser considerada como ação estrutural por tratar de reforma de política pública, fazendo referência à violação de direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato¹²².

Desse cenário, é possível observar que, a partir de 2019, após um hiato iniciado em 2015, foram ajuizadas várias ações de caráter estrutural¹²³. É o que Matheus Casimiro chama de revolução silenciosa¹²⁴.

Luiz Guilherme Marinoni fazendo referência à ADPF 347, afirma que, diante da situação de insuficiência de prestação fático-administrativa para a tutela de direito fundamental,

¹¹⁵ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático**..., p 140.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 973. Relatora: Min. Rosa Weber. Substituição da Relatoria: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6404537>. Acesso em: 29 jul. 2024.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 976. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgamento em 22/08/2023. DJe 21/09/2023.

¹¹⁸ CASIMIRO, *op. cit.*, p. 140.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 635. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgamento em 18/08/2020. DJe 02/06/2022.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 709. Relator: Min. Luís Roberto Barros. Tribunal Pleno. Julgamento em 05/08/2020. DJe 07/10/2020.

¹²¹ CASIMIRO, *op. cit.*, p.140.

¹²² *Ibid.*, p. 140.

¹²³ Constam ainda entre os processos indicados como de acompanhamento pelo NUPEC, a SL 1696 e a Rcl. 68.709. Contudo, esses processos não serão aqui analisados, em razão da limitação do estudo às ADPFs estruturantes.

¹²⁴ CASIMIRO, *op. cit.*

não solucionável por um ato específico, surge a necessidade de uma técnica executiva estrutural. A referida técnica processual seria, em princípio um “substitutivo de uma conduta positiva não realizada pelo administrador”¹²⁵. Ela se destina a implementar decisão que necessita da modificação de “situação, necessária para que a realidade se torne em conformidade com a Constituição” e com o “conteúdo declaratório da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade”¹²⁶.

Nessas hipóteses, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é utilizada com a finalidade de modificar uma “estrutura concreta diante da prática de atos públicos comissivos e omissivos, normativos e concretos, lesivos a preceito fundamental”¹²⁷. A tutela jurisdicional¹²⁸ é de “remoção de uma situação concreta que viola direitos fundamentais”¹²⁹. Em outras palavras, a remoção de um ilícito com eficácia continuada¹³⁰.

Complementa ainda o autor que o procedimento adotado é, ao reconhecer a violação de direito fundamental, a elaboração de um plano administrativo complexo que tem por finalidade a alteração da realidade, o que se evidencia pela análise das ADPFs 347 e 709. A necessidade de implementação do plano decorre da ausência de possibilidade de supressão da falha administrativa de único modo específico, devendo-se atribuir à Administração, a determinação da forma a ser adotada, dado que isso não deve ser resolvido em abstrato pela Corte¹³¹.

Quanto ao ponto, compreendeu o STF no julgamento do RE 684.612¹³², tema de Repercussão Geral n. 698, que a decisão que intervém em políticas públicas, não deve implementar medidas pontuais, mas sim apontar quais as finalidades devem ser alcançadas, atribuindo à Administração a determinação dos meios. Confirma-se a tese fixada:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. **A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado.** 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1271.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 1272.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 1272.

¹²⁸ O autor faz breve diferenciação em relação à tutela inibitória, que se destina aos casos em que é suficiente apenas impedir a reiteração ou continuação de prática ou atividade contrária a direito fundamental. Diante do estado de coisas inconstitucional, a tutela jurisdicional seria a tutela de remoção de ilícito, dada a incompatibilidade com direito fundamental (*Ibid.*, p. 1272).

¹²⁹ *Ibid.*, p. 1273.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 1272.

¹³¹ *Ibid.*, p. 1272.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 684612. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 03 jul. 2023. DJe 07 ago. 2023.

remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCI). (grifos nossos).

Para Marco Jobim e Ingo Sarlet, a norma que autoriza a aplicação das técnicas estruturantes, no controle de constitucionalidade por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental, é em especial e sobretudo: o art. 10 da Lei n. 9.882/99¹³³. O referido dispositivo prevê: “julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”.

Gilmar Mendes ao tratar do referido artigo legal aduz que o Tribunal não se limita a declarar o direito, mas detém a possibilidade de fixar, de modo expresse “as condições e formas de interpretação do preceito fundamental”¹³⁴.

Em pesquisa realizada sobre o tema do preceito fundamental, Felipe de Paula concluiu que todas as normas da Constituição poderiam ser incluídas na categoria de preceitos fundamentais, em razão dos parâmetros vigentes à época da pesquisa¹³⁵.

Logo, o cuidado que se deve ter é de não tornar regra a utilização de tais medidas, quando deveriam ser exceção. Quanto à utilização dos processos estruturais, Sérgio Arenhart alerta que deve ser o último recurso, apenas quando medidas mais simples se mostrarem inadequadas para tutelar o direito material. São várias as razões para tanto: custos, complexidade das decisões, dificuldade de implementação, dificuldade de controle de decisões¹³⁶.

Alexandre Campos, preocupando-se com o perigo da banalização, sobretudo em face da dramaticidade das medidas decorrente do impacto na dinâmica e na estrutura de atuação de outros poderes, busca definir um padrão de aplicação para o estado de coisas inconstitucional¹³⁷.

Examinando as sentenças da Corte Colombiana, elenca os seguintes pressupostos para o reconhecimento do ECI: (i) uma violação massiva e generalizada de direitos fundamentais

¹³³Os autores defendem ser possível a aplicação de técnicas estruturantes, para além das arguições de descumprimento de preceito fundamental, também pela via de mandado de injunção, com fundamento normativo no art. 8º, inciso II, da Lei n. 12.300/2016 (JOBIM, Marco Félix. SARLET, Ingo Wolfgang. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Mandado de Injunção: Condições de Fixação de Técnicas Estruturantes para o Exercício de Direitos Assegurados Constitucionalmente. In: André Rufino do Vale, Fábio Lima Quintas e George Abboud (coord.). **Processo constitucional brasileiro: propostas para a reforma**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 116).

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 301.

¹³⁵ PAULA, Felipe Duarte Gonçalves Ventura de. A arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: VOJVODIC, Adriana et al. (Org.) **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. P.187.

¹³⁶ ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 404.

¹³⁷ CAMPOS, C. **Da inconstitucionalidade por omissão...**, p. 129-132.

que afeta a um número amplo de pessoas (de tal modo que a Corte atuar em favor exclusivamente de um grupo implicaria em omissão por parte do órgão de cúpula do Judiciário); (ii) omissão reiterada e persistente das autoridades públicas (não é a inércia de uma autoridade que gera as violações, mas o funcionamento deficiente do Estado como um todo); (iii) as medidas necessárias para a reversão do quadro de inconstitucionalidades envolvem ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos (o remédio adotado é similar ao fator que originou as violações); (iv) a potencialidade do grande número de afetados transformarem a violação em demandas judiciais (solução será dada em uma única vez, com o maior alcance possível)¹³⁸.

No mais, Marco Jobim na tentativa de delimitar as situações nas quais o Supremo Tribunal Federal poderia vir a aplicar as medidas estruturantes, afirma que a Corte deveria limitar-se a aplicá-las naqueles casos em que se está diante de uma decisão que “reconfigurasse uma mudança paradigmática no modo até então de pensar culturalmente na sociedade”¹³⁹. Desse modo, as medidas estruturantes criariam as condições de concretização desse novo direito¹⁴⁰.

Em uma perspectiva diferente, Matheus Casimiro elenca cinco critérios para o reconhecimento de ações estruturais pelo STF e pelo resto do Judiciário: (i) tratar-se de uma grave e sistemática violação a direitos fundamentais, tidos como casos essenciais à dignidade humana e o desenvolvimento básico do indivíduo, com a análise pelo Judiciário da irreversibilidade fática e política da situação; (ii) ser específico o pedido no que concerne a um recorte delimitado da realidade que viola o direito fundamental, pois pedidos genéricos inviabilizam a atuação do Judiciário e sua capacidade institucional de lidar com as demandas estruturais; (iii) tratar de grupos minoritários e vulneráveis que, por circunstâncias externas e características intrínsecas, têm dificuldade em influenciar os fóruns democráticos; (iv) verificar-se omissão prolongada do Poder Público, que nem sempre se relaciona a um problema específico, mas sim uma indiferença generalizada com o grupo afetado; (v) a necessária

¹³⁸ CAMPOS, C. **Da inconstitucionalidade por omissão...**, p. 129-132.

¹³⁹ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes na Jurisdição Constitucional. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 3 ed. Porto Alegre, 2022, p. 250. Cabe breve observação que o autor indica entre os processos que poderiam ter sido ou que foram aplicadas medidas estruturantes os casos: ADI 3150 (inconstitucionalidade da lei de biossegurança); ADI 4277 e ADPF 132 (união estável homoafetiva); ADPF 54 (possibilidade de aborto terapêutico em casos de anencefalia); MI 708 (greve dos servidores civis). Contudo, entende-se que os referidos casos não seriam processos estruturais no conceito adotado por este trabalho, mas sim processos de interesse público, conceito anteriormente já apresentado. Isso porque não exigiriam a reforma de uma estrutura (instituição pública ou privada, programa ou política), apesar do relevante interesse público envolvido nas ações.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 249.

subsidiariedade da intervenção judicial, que pressupõe uma falha por parte dos demais poderes quando inexistentes alternativas à proteção efetiva do grupo afetado¹⁴¹.

Apresentado o panorama das ações estruturais que serão objeto de estudo do trabalho, bem como os conceitos de litígio e processo estruturais, a compreensão da importância do diálogo nesses processos, para a construção de um processo estrutural democrático perpassa o entendimento do que significa o contraditório em um modelo cooperativo. Tema que será objeto do próximo subtópico.

II.3. PROCESSO ESTRUTURAL DEMOCRÁTICO: CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO, DEMOCRACIA DELIBERATIVA E A RESSIGNIFICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO EM UM MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

A defesa de uma justiça dialógica feita por Roberto Gargarella nos ajudará a compreender a importância do diálogo¹⁴².

Houve, nos últimos anos, a proliferação de numerosas formas de atuação e interação entre as instituições, que, para Roberto Gargarella, estariam em conformidade com a ideia de diálogo constitucional, fenômeno a que o autor atribuiu o nome de constitucionalismo dialógico¹⁴³.

O diálogo constitucional se relaciona à ideia de que os diferentes ramos do governo, bem como a sociedade, interagem para moldar a interpretação constitucional no decorrer do tempo¹⁴⁴.

As referidas práticas dialógicas contribuem para a ampliação da participação democrática, contrapondo-se à ideia de supremacia judicial da interpretação constitucional¹⁴⁵.

Esse fenômeno está associado a um modelo específico de democracia: a deliberativa¹⁴⁶. Esse sistema seria o mais adequado para acoplar as novas práticas institucionais dialógicas, contrapondo-se à tradição dos controles de freios e contrapesos, ao se basear na tomada de decisão a partir de um diálogo inclusivo¹⁴⁷.

¹⁴¹ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, p. 257-268.

¹⁴² CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, *passim*.

¹⁴³ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 119.

¹⁴⁴ BAKKER, Bradley. Blogs as Constitutional Dialogue: Rethinking the Dialogic Promise. **New York University Annual Survey of American Law**, v. 63, 2008, p. 215-267.

¹⁴⁵ GARGARELLA, Roberto. Why Do We Care about Dialogue? ‘Notwithstanding Clause’, ‘Meaningful Engagement’ and Public Hearings: A Sympathetic but Critical Analysis. In: YOUNG, Katharine G. (org.). **The Future of Economic and Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 212.

¹⁴⁶ GARGARELLA, R. **El nuevo constitucionalismo dialógico...**, p. 124-125.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 124-125.

O sistema de freios e contrapesos¹⁴⁸ introduziu a possibilidade de interferência entre os poderes – contrapondo-se à ideia de separação estrita – com a noção de uma democracia que busca frear os excessos da maioria, impedindo, ainda que de maneira formal, a opressão de minorias, por meio da proteção de direitos. Esse sistema, entretanto, não tem por objetivo a aferição de resultados positivos para o bem-estar geral, mas busca evitar o cometimento de males. O objetivo último é impedir a guerra social e opressão de um grupo em face de outro¹⁴⁹.

Contudo, apesar de popularizado, tal sistema não seria suficiente e impor limites ao processamento de preferências entre os diversos grupos sociais. A razão para tanto seria a sua vinculação à lógica da negociação, relacionada à troca de favores, e não à argumentação, lógica que permitiria o processamento das preferências, para além da mera agregação de interesses¹⁵⁰.

Assim, a argumentação só seria possível, a partir de uma revisitação do tradicional sistema de freios e contrapesos e de sua conciliação com a democracia deliberativa. Tal sistema, defendido por Roberto Gargarella, permitiria que as citadas práticas dialógicas pudessem se sustentar e se ampliar no decorrer do tempo¹⁵¹.

A democracia deliberativa, por desvincular-se do fim último de canalização das guerras sociais, possibilitaria a realização de uma conversa entre iguais, cujo valor reside na possibilidade de revisão crítica das posições inicialmente colocadas para a construção da decisão mais legítima possível¹⁵².

O conceito de “legitimidade”, aqui adotado, é o desenvolvido por Jürgen Habermas, para quem a decisão legítima é aquela que resulta de um processo de discussão em que todos os afetados têm capacidade de intervir em posição de igualdade¹⁵³.

A discussão entre os possíveis afetados garante elementos positivos: (i) todos os envolvidos poderão ter acesso à informação; (ii) será necessário que todos coloquem as suas posições de modo compreensível a todos os demais; (iii) a obrigação de pensar de que modo nossas iniciativas afetam aqueles com interesses distintos e a (iv) a necessidade de considerar

¹⁴⁸ A tradição do sistema de freios e contrapesos surgiu como alternativa à teoria da separação estrita. Segundo a qual, privilegiava-se uma atuação mais marcante por parte do Parlamento, derivada de uma ideia de supremacia do povo e relacionada a uma democracia de raízes autoritárias (GARGARELLA, R. **El nuevo constitucionalismo dialógico...**, p. 129).

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 130.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 137.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 123.

¹⁵² *Ibid.*, p. 138. Sobre a democracia deliberativa cf. NIÑO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva de direito e democracia**. Rúrion Melo, Felipe Gonçalves Silva (Trad.). 2ª ed. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2021.

as diferentes propostas. Tais elementos ensejaram um processo de tomada de decisão, cujo fim é a argumentação com o diferente, com vistas a prevalecer o melhor argumento possível¹⁵⁴.

Simone Chambers ao tratar da democracia deliberativa, esclarece que o objetivo da deliberação não é o consenso absoluto entre os grupos, mas a promoção de debate público para a formação de razoáveis, bem-informadas opiniões de participantes, que estão dispostos a rever suas preferências à luz da discussão trazida, em razão de novas informações e de preferências apontadas pelos demais participantes¹⁵⁵.

Nesse contexto, o diálogo à luz do sistema da democracia deliberativa, poderia ser pensado em duas dimensões: (i) entre os poderes institucionais e (iii) entre as instituições e a sociedade civil.

Quanto à primeira dimensão, há uma necessidade do diálogo a ser desenvolvido entre os poderes institucionais, a partir do qual não há a ideia da última palavra. Nesse sentido, o constitucionalismo dialógico não poderia subsistir em um arranjo institucional, que privilegia uma forma de revisão judicial, na qual se atribui ao Judiciário a última palavra sobre a Constituição¹⁵⁶. Por outro lado, o sistema deliberativo pressuposto também não seria bem aplicável em sistemas focados no Executivo, a exemplo do hiperpresidencialismo, ou mesmo quando há um Legislativo mais forte, porém, pouco deliberativo ou pouco vinculado à sociedade¹⁵⁷.

A teoria dos diálogos institucionais permite compreender a incompatibilidade das visões acima elencadas com a democracia deliberativa. Ao se deparar com a pergunta “quem deveria possuir a última palavra sobre a interpretação da Constituição em uma democracia?”, Conrado Mendes, para além da dicotomia entre Parlamento e Cortes Constitucionais, defende a existência de uma abordagem teórica alternativa que congrega uma visão da teoria do diálogo com a abordagem da última palavra¹⁵⁸.

À luz dessa visão teórica, a decisão proferida pelas Cortes Constitucionais, seja por meio de uma revisão judicial tida como forte ou fraca, não constitui a última palavra. Parte-se, para tanto, da premissa de que uma decisão tomada por uma coletividade, a longo prazo, terá sempre

¹⁵⁴ GARGARELLA, R. **El nuevo constitucionalismo dialógico...**, p. 124.

¹⁵⁵ CHAMBERS, Simone. Deliberative democratic theory. **Annual Review of Political Science**, v. 6, n.1, p. 307-326, jun. 2003, p. 308. Nesse ponto, a autora diverge de Roberto Gargarella, para quem o consenso unânime é necessário. Adotamos a concepção defendida por Simone Chambers.

¹⁵⁶ GARGARELLA, R. *op. cit.*, p. 125.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 139.

¹⁵⁸ MENDES, Conrado Hüger. Una División de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto. **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 161.

natureza provisória, independentemente de quão difícil seja modificá-la. Motivo que tornaria a ideia de última palavra insuficiente para explicar o fenômeno entre os poderes¹⁵⁹.

Tampouco a teoria do diálogo, que se baseia na ideia de que toda decisão é inteiramente provisória, seria hábil por si só para a compreensão do fenômeno, pois existem decisões que, embora ser modificadas a longo prazo possam, produzem efeitos irreversíveis. Em razão disso, a conciliação das duas visões poderia garantir a conceituação normativa da divisão dos poderes: um “dispositivo de caráter deliberativo”¹⁶⁰.

A política é, à luz de tais premissas, “uma série aberta de debate e revisão de decisões de autoridade”¹⁶¹. A partir do conjunto de decisões coletivas, existiria “uma tendência histórica em que a comunidade se reconhece e constrói sua identidade”¹⁶². Em razão da natureza provisória da suposta última palavra, não poderia se atribuir a nenhum dos poderes o monopólio das decisões em matéria de direito e política¹⁶³. Não por outro motivo, um desenho institucional de divisão de poderes que preze pela deliberação não poderia contar com a ideia de exacerbação de um dos poderes.

Na segunda dimensão do diálogo – estabelecida entre as instituições e a sociedade civil – o novo constitucionalismo dialógico, ao ter por base o sistema da democracia deliberativa, pressupõe um papel de maior protagonismo dos organismos políticos e a criação de maiores espaços para a consulta dos afetados¹⁶⁴.

As novas intervenções judiciais são valiosas para a proteção de direitos e se pautam pela justificação, preocupando-se com a legitimidade do processo de tomada de decisão. Tais novas práticas tendem a ser desencorajadas se olhadas pelas lentes das velhas instituições do sistema de freios e contrapesos, o que exigiria, em último grau, uma remodelação das instituições, para que o diálogo possa ser tido como regra e tais experiências possam perdurar no tempo¹⁶⁵.

É possível associar esse constitucionalismo à democratização da interpretação constitucional, pensada a partir da “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” de Peter Habermas. Para ele, a partir da máxima: “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo

¹⁵⁹ MENDES, Conrado Hüger. **Una división de poderes deliberativa...**, p. 161.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 161.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 161.

¹⁶² *Ibid.*, p. 162.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 163.

¹⁶⁴ GARGARELLA, R. **El nuevo constitucionalismo dialógico...**, p. 145-146.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 145-146

menos cointerpretá-la”¹⁶⁶; não haveria um monopólio interpretativo da Constituição¹⁶⁷. Isso porque os órgãos estatais, as potências públicas e os cidadãos, todos estão vinculados ao processo de interpretação da Constituição, desempenhando um papel ativo. Com efeito, as práticas institucionais dialógicas permitem devolver ao “povo” seu lugar na política (recolocando o Legislativo em pé de igualdade quanto à importância com o Judiciário)¹⁶⁸ e o seu papel ativo como intérprete da Constituição¹⁶⁹.

Aplicada ao processo jurisdicional, a noção de diálogo até aqui desenvolvida se traduz em um modelo de processo cooperativo¹⁷⁰. Para Daniel Mitidiero, no processo cooperativo, parte-se da premissa de que o Estado tem como dever garantir condições para uma sociedade livre, justa e solidária, que encontra fundamento na dignidade da pessoa humana¹⁷¹.

Nesse contexto, Estado, indivíduo e sociedade ocupam posições coordenadas dentro do processo, nem em completa igualdade, nem em completa assimetria (o juiz assume dupla posição: paritária para a condução do processo e assimétrica na tomada de decisão). A busca pela verdade provável é um interesse ao processo, sendo uma tarefa tanto do juiz como das partes¹⁷².

No regime de cooperação, há deveres atribuídos tanto às partes quanto ao órgão jurisdicional, como os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio aos litigantes. A base constitucional para isso reside no direito ao contraditório, que deve ser aplicado em todas as fases processuais. O contraditório, portanto, ocupa um lugar de destaque por viabilizar o diálogo entre os envolvidos¹⁷³.

A partir de tal redimensionamento do contraditório, como direito a influenciar a formação da decisão jurisdicional¹⁷⁴ (para além do mero dever passivo de informar as partes),

¹⁶⁶ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. **Direito Público**, [S. l.], v. 11, n. 60, p. 25–50, 2015, p. 26-27.

¹⁶⁷ Apesar do autor fazer menção em seu texto à ideia de que a última palavra sobre a interpretação cabe à jurisdição constitucional, o que é não é defendido nesse trabalho, acreditamos que a noção da sociedade aberta de intérpretes é compatível com os ideais da democracia deliberativa.

¹⁶⁸ GARGARELLA, R. **El nuevo constitucionalismo dialógico...**, p. 150.

¹⁶⁹ HÄBERLE, *op. cit.*, p. 26-27.

¹⁷⁰ Outros modelos possíveis de processo seriam: (i) processo isonômico, no qual Estado, sociedade e indivíduo ocupam posições paritárias e a busca pela verdade é atribuída exclusivamente às partes; (ii) processo assimétrico, no qual Estado, sociedade e indivíduo ocupam posições absolutamente assimétricas, há uma condução ativa do processo por parte do Estado e cabe a ele a busca pela verdade (MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. 146 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2007, p.74).

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 74.

¹⁷² *Ibid.*, p. 74.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 75.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 99.

surge um correlato dever de debater do Juiz para com as partes, de modo a obstar decisões-surpresas¹⁷⁵. É de rigor, ainda, que a decisão contenha a apreciação das razões apresentadas pelos litigantes, o que se expressa pelo dever constitucional da fundamentação, instrumento de democratização do processo¹⁷⁶. Por isso, o chamado processo cooperativo, que redimensiona o princípio do contraditório é o modelo mais indicado para o sistema democrático¹⁷⁷.

Mas mais do que isso, o modelo cooperativo é compatível com um sistema democrático pautado pela democracia deliberativa, ao possibilitar a aplicação da lógica argumentativa¹⁷⁸ na construção de decisões judiciais, bem como é o modelo expressamente adotado por nosso ordenamento jurídico.

Apesar de o modelo cooperativo já possuir base constitucional no direito fundamental ao contraditório (art. 5º, LV, da CF), o legislador entendeu por bem expressamente adotá-lo, em 2015, a partir da elaboração da Lei 13.105, que instituiu o Código de Processo Civil. Diferentemente do CPC de 1973, o de 2015, traz dispositivo que prevê o dever de cooperação entre as partes: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º, do CPC).

O processo estrutural como procedimento adequado para tutelar litígios estruturais necessita ser pensado a partir dessa redefinição de contraditório do modelo cooperativo, como direito de influir no convencimento do juiz, exigindo a participação da coletividade, destinatária da decisão¹⁷⁹. O processo deve ser pautado pela ideia de colaboração – “cujo mote está justamente em viabilizar uma ‘decisão de mérito justa e efetiva’ para o caso concreto (art. 6º, do CPC)¹⁸⁰”.

À luz dessas premissas, entende-se ser possível a compreensão do processo estrutural democrático, defendido nesse trabalho. Cabe breve ressalva, entretanto, quanto ao conceito de processo estrutural até aqui formulado. Embora se possa afirmar que a condução dialógica de um processo estrutural garantirá maiores chances de efetividade da técnica processual e que deve ser a regra nesse tipo de processo, sobretudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não

¹⁷⁵ MITIDIERO, D. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo...**, p. 75.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 102.

¹⁷⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 18 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹⁷⁸ MITIDIEIRO, D. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 98.

¹⁷⁹ ARENHART, S. **Processos estruturais no direito brasileiro...**, p. 486.

¹⁸⁰ MITIDIEIRO, D. **Colaboração no processo civil...**, p. 99.

entendemos, entretanto, que o processo estrutural só existe a partir de uma condução dialógica¹⁸¹.

Existem modelos de condução de processos estruturais, que podem ser caracterizados como impositivos, de modo que as soluções dialógicas não integram o plano de existência de um processo estrutural¹⁸². Não obstante, a condução dialógica dessa técnica processual nos parece ser a única compatível com os ideais de constitucionalismo dialógico, democracia deliberativa e com o modelo cooperativo de processo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, premissas defendidas no presente trabalho.

Aí reside um dos intentos deste trabalho: corroborar com a noção de que a condução dialógica é a normativamente indicada pelo ordenamento e que é a que deve orientar os magistrados e o Supremo Tribunal Federal no desenvolvimento de processos estruturais.

Tal linha argumentativa tem por marco teórico o conceito de processo estrutural democrático, desenvolvido por Matheus Casimiro. Nesse tipo de processo, o objetivo do Judiciário é “promover a readequação de instituições ou de políticas públicas a partir do diálogo e da colaboração com os outros Poderes”¹⁸³

O modelo de democracia pressuposto é o deliberativo¹⁸⁴. O processo estrutural democrático é aquele que, com base nos princípios da participação, da justificação e da publicidade, possibilita o desenvolvimento de um processo público, com justificação do Poder Público e com ampla participação dos interessados, favorecendo uma tutela estrutural efetiva¹⁸⁵.

Nesse âmbito, o processo estrutural que se pauta pela democracia deliberativa pode ser descrito como “empreendimento aberto e constante que convida os diferentes segmentos sociais a debaterem o sentido da Constituição¹⁸⁶”. As diferentes interpretações possíveis disputam e são refinadas, a partir da consideração das visões divergentes, tornando-se “viáveis para ser adotadas pelos agentes públicos”¹⁸⁷. O Judiciário atua para estimular a deliberação política¹⁸⁸.

¹⁸¹ Divergindo dessa concepção: A consensualidade é uma característica essencial dos processos estruturais, ou seja, só poderia existir uma condução que se pautasse pelo diálogo nesse tipo de processo (DIDIER JR, F.; ZANETTI JR., H. **Curso de Direito Processual...**, *passim*). No mesmo sentido: NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 5, n. 5, p. 1051-1076, 2019, p. 1.059.

¹⁸² Essa afirmação é compatível com a definição de processo estrutural de Edilson Vítorelli, para quem, o nível de diálogo e de consenso entre as partes é característica desejável para a garantia de eficácia do processo estrutural, mas que não constitui característica essencial, por ser possível conceber um processo estrutural totalmente impositivo (VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural...**, p. 66).

¹⁸³ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, p. 100.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 93.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 100.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 97.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 98.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 98.

Fixados os conceitos essenciais, apresentam-se as razões que justificam a condução dialógica, defendida a partir da concepção de processo estrutural democrático, como aquela que permite a construção de decisões legítimas por parte do Supremo Tribunal Federal e a implementação de soluções adequadas ao tratamento de litígios estruturais.

Como ponto de partida para essas reflexões, resgatam-se dois questionamentos suscitados por Owen Fiss, quando em análise do novo modelo de processo judicial das *structural injunction*: (i) o primeiro relativo ao instrumentalismo, como realizar a reforma estrutural para que o resultado seja satisfatório? (ii) o segundo relativo à legitimidade, a reforma estrutural é uma tarefa apropriada para o Judiciário?¹⁸⁹ Feitas as devidas adaptações (apresentadas nos subtópicos específicos) à realidade hodierna, busca-se explicar a partir das respostas a esses questionamentos a necessidade do diálogo para o processo estrutural.

¹⁸⁹FISS, Owen. **Um novo Processo Civil...**, p 107.

III. POR QUE O DIÁLOGO É NECESSÁRIO EM UM PROCESSO ESTRUTURAL?

*No one has the last word because there is no last word*¹⁹⁰.

Até aqui, buscamos fixar as definições adotadas para o problema de pesquisa. Este capítulo dedica-se a compreender a necessidade do diálogo na condução de processos estruturais.

Na primeira parte (III.1), revela-se a necessidade do diálogo, a partir de seu valor instrumental, a fim de verificar de que modo o diálogo pode contribuir para que a técnica processual seja moldada às necessidades do caso concreto. Para isso, em primeiro, descreve-se o objetivo a ser alcançado pelo processo. Posteriormente, apresentam-se três momentos em que o diálogo poderia auxiliar a alcançar esse objetivo: (i) identificação do litígio estrutural e definição do conteúdo mínimo dos direitos; (ii) elaboração do plano; (iii) monitoramento das medidas e revisão das decisões.

A segunda parte (III.2) será destinada à compreensão da legitimidade do Judiciário para a atuação em processos estruturais e de que forma o diálogo permite a sua preservação a partir da garantia do devido processo legal e do contraditório. Para tanto, aborda-se duas dificuldades para a atuação do Supremo Tribunal Federal nesses processos, que podem ser contornadas ou atenuadas pela condução dialógica: (i) dificuldade de estabelecimento de limites institucionais na atribuição de significado aos valores constitucionais; (ii) a difícil tarefa de definir balizas para a atuação da Corte, em razão da inerente flexibilidade do procedimento.

Na última parte (III.3), busca-se demonstrar que o experimentalismo é o modelo que deve pautar um processo estrutural democrático. Posteriormente, a partir de uma apresentação dos desafios que se colocam ao processo estrutural, pretende-se revelar de que modo o processo estrutural pode funcionar como instrumento para o aperfeiçoamento do sistema democrático.

O objetivo do capítulo é: (i) demonstrar que a condução dialógica é apta a construir decisões legítimas que implementem soluções adequadas; (ii) apresentar o modelo experimentalista como o compatível com a essa condução; (iii) permitir a compreensão da razão que justifica o diálogo como regra em processos estruturais.

¹⁹⁰ PITKIN, Hanna. *Obligation and Consent – II*. *The American Political Science Review*. v. 60, n. 1, 1996, p. 52.

III.1. O PAPEL DO DIÁLOGO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE SOLUÇÕES ADEQUADAS PARA O TRATAMENTO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A seguir, busca-se demonstrar de que forma o diálogo contribui para a adequação procedimental, isto é, para que a técnica processual seja aderente à realidade¹⁹¹. Como explicitado, a reflexão terá início a partir do seguinte questionamento de Owen Fiss: de que forma a reforma da instituição deve ser feita para que o resultado possa ser considerado satisfatório em um processo estrutural?¹⁹²

Para responder a essa pergunta, é fundamental compreender qual é o resultado esperado de um processo estrutural. É importante destacar que este tópico se concentra nos processos conduzidos pelo Supremo Tribunal Federal, que têm como objeto o conflito e concorrência entre direitos fundamentais.

Nesse âmbito, acredita-se que o processo estrutural tem por objetivo: conformar a estrutura e seu funcionamento com o conteúdo do mínimo existencial dos direitos fundamentais concorrentes em jogo¹⁹³.

Ao discorrer sobre mínimo existencial¹⁹⁴, Ingo Sarlet explica que a liberdade de conformação do legislador tem por limite o respeito a um padrão mínimo de garantia de condições materiais a uma existência considerada digna¹⁹⁵. Dentro desse contexto, o direito ao mínimo existencial englobaria o conjunto de “trunfos” contra as decisões da maioria, “algo subtraído – em alguma medida – à livre disposição dos poderes constituídos, inclusive ao legislador democraticamente eleito”¹⁹⁶.

¹⁹¹ VITORELLI, Edilson. Um diálogo entre as audiências brasileiras e a perspectiva do processo como town meeting: reflexões sobre o processo estrutural como ampla arena de debate. **Revista de Processo**. Vol. 325/2024. P. 269-291. Jul/2024. P. 270.

¹⁹² FISS, Owen. **Um novo Processo Civil...**, p 107.

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais sociais e mínimo existencial – Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturais na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 622

¹⁹⁴ O autor faz um alerta importante quanto à impossibilidade de reduzir o conteúdo essencial dos direitos sociais a um mínimo existencial, defendendo que se trata de categorias não fungíveis. Apesar disso, reconhece que “a noção de mínimo existencial é um relevante critério material (embora não exclusivo) para a interpretação do conteúdo dos direitos sociais, bem como para a decisão a respeito do quanto em prestações sociais deve ser assegurado mesmo contra as opções do legislador e do administrador, mas também no âmbito da revisão de decisões judiciais nessa seara” (*Ibid.*, p. 619).

¹⁹⁵ O direito ao mínimo existencial abrange mínimo existencial fisiológico, mas também sociocultural (derivado de uma dimensão sociocultural da dignidade humana), relacionados à garantia de uma vida saudável (*Ibid.*, p. 615).

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 622.

Significa dizer que o Judiciário, por meio de sua decisão pode exigir do Poder Público prestação social que atenda ao padrão mínimo do direito a ser tutelado¹⁹⁷, de modo a garantir ao indivíduo ou àquela coletividade uma vida digna¹⁹⁸.

Nesse sentido, tem sido o entendimento aplicado pelo STF, consagrado no Tema de Repercussão Geral n. 220:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes¹⁹⁹.

Nesse âmbito, em processos estruturais, mais especificamente nas ADPFs aqui estudadas, caberia: (i) ao Judiciário, compreender em face das peculiaridades de cada caso e do conteúdo dos diferentes direitos fundamentais – sobretudo econômicos, sociais e culturais –, o que englobaria o mínimo existencial; (ii) ao Poder Público, assegurar ao menos as prestações sociais que dizem respeito ao mínimo existencial, sob pena de violação da vedação da proteção insuficiente²⁰⁰.

Logo, o Judiciário deve delimitar o conteúdo mínimo do direito a ser tutelado que funcionará como o objetivo a ser alcançado pelo processo. O momento da fixação do conteúdo mínimo envolve a compreensão da forma como os direitos estão sendo violados, a delimitação das obrigações constitucionais decorrentes das violações, bem como a atribuição de responsabilidades aos diferentes atores processuais, com a fixação de parâmetros para o cumprimento das obrigações e a determinação das medidas emergenciais eventualmente necessárias²⁰¹.

¹⁹⁷ Nesse sentido, o Tema de Repercussão Geral n. 220 que estabelece a seguinte tese: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592581. Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgamento em 13/08/2015. DJe 01/02/2016).

¹⁹⁸ SARLET, I. **Direitos Fundamentais sociais e mínimo existencial...**, p. 621.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 621.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 621.

²⁰¹ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, p. 80.

Trata-se de momento de definição de uma agenda comum a ser seguida e alinhada entre os envolvidos²⁰² – que poderá ser revista no curso do processo, sobretudo na fase de monitoramento.

Aos demais poderes cabe a decisão de como cumprir as obrigações constitucionais, por meio da apresentação de um plano, entendimento consagrado no Tema de Repercussão Geral 698. Nesse contexto, o Judiciário passa a ser o responsável pela revisão das decisões e pelo monitoramento das medidas implementadas, a partir da análise do cumprimento do plano apresentado. Deve, para isso, verificar com os órgãos envolvidos e com os afetados a extensão concreta das prestações sociais que foram escolhidas para a realização do padrão almejado²⁰³. É dever do Judiciário alterar o plano de ação, caso se verifique que as ações iniciais não funcionaram ou que funcionaram parcialmente, devendo proferir novas decisões²⁰⁴.

A partir da fixação do objetivo do processo estrutural – a garantia do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais violados – podemos pensar em três propósitos para a condução dialógica dos processos: (i) a identificação da extensão do litígio estrutural e a definição do conteúdo mínimo dos direitos; (ii) a implementação de medidas que visem à realização desse objetivo; e (iii) a revisão e o monitoramento das medidas implementadas, a fim de se busque uma solução adequada ao litígio estrutural – é dizer uma solução aderente à realidade. Isso garante um enfrentamento do problema de maneira coordenada e deliberada²⁰⁵.

Apesar de a condução dialógica possuir um valor relativo à legitimidade das decisões (como será visto no próximo capítulo), defende-se que a participação processual é necessária também em razão de um valor instrumental²⁰⁶. Desse modo, “os mecanismos de participação que promovem a democratização devem ser adotados pelos resultados positivos que ajudam a alcançar”²⁰⁷.

Quanto ao primeiro propósito, o diálogo no momento inicial do processo, faz-se necessário, sobretudo em razão da dificuldade de delimitação do problema a ser tratado e do objetivo a ser alcançado em um processo estrutural. Essa dificuldade pode ser compreendida a partir da diferenciação da lógica do processo estrutural em relação a do processo tradicional.

²⁰² ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. “Problemas complexos” e “processo estrutural”: significado conceitual e possibilidades de efetivação. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022, p.320.

²⁰³ SARLET, I. **Direitos Fundamentais sociais e mínimo existencial...**, p. 633-634.

²⁰⁴ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, p. 79.

²⁰⁵ SARLET, *op. cit.*, p. 633-634.

²⁰⁶ A escolha da ordem dos subtópicos busca preservar a ordem das perguntas feitas por Owen Fiss, bem como parte da consideração que, em processos estruturais, o valor instrumental da participação é mais importante do que o valor intrínseco (relativo à garantia de legitimidade).

²⁰⁷ CASIMIRO, *op. cit.*, p. 253.

A construção do direito processual no Brasil e no mundo se deu a partir de uma lógica de bipolaridade. A situação que inicialmente se pretendia tutelar era aquela em que havia a pretensão de um sujeito (ou grupo) – expressamente formulada no pedido – em oposição a de outro. Nessa lógica, o juiz assume o papel de terceiro imparcial que tem à disposição todos os fatos apresentados a serem provados pelas partes, flutuando o processo entre dois extremos, com a escolha de um vencedor²⁰⁸.

As garantias processuais são pensadas para limitar o poder do juiz e impedir arbitrariedades nessa escolha. O juiz só pode julgar nos exatos limites dos pedidos formulados e o pedido é o bem da vida que o julgador está autorizado a conceder, ainda que não seja a melhor solução²⁰⁹. É, em suma, uma lógica binária. Em uma simplificação dos problemas do meio social²¹⁰, a bipolaridade é capaz de lidar com a maioria dos conflitos de direito privado²¹¹.

A solução adequada, entretanto, em processos que requerem uma maior intervenção do Judiciário, em âmbito econômico, político, social ou cultural, não parece poder ser alcançada por essa lógica. Pois o juiz nesses casos não possui a visão clara do litígio posto de maneira *a priori*²¹².

É nesse âmbito que se inserem os litígios estruturais. Em razão da multipolaridade própria desses litígios, nos quais há diversos núcleos de “posições e opiniões (muitas delas antagônicas)”²¹³, bem como pelo seu caráter irradiado, decorrente das diferentes formas de lesões vivenciadas pelos grupos envolvidos, não é possível uma definição inicial dos exatos contornos do problema a ser enfrentado²¹⁴.

Mas não só isso, o policentrismo, característica também já apresentada, torna a decisão mais propensa ao erro, pela sua inerente imprevisibilidade²¹⁵. O julgador externo não possui a capacidade para compreender *a priori* todas as interações, nem possui incentivos para resolver os múltiplos problemas decorrentes da solução encontrada. Não há, por isso, elementos suficientes para uma decisão informada²¹⁶.

²⁰⁸ Mesmo quando existentes diversos interesses em conflito, esses seriam moldados à relação bilateral (ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 389).

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 389.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 389.

²¹¹ CHAYES, A. **The role of the judge...**, p. 1281-1282.

²¹² ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 389.

²¹³ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1.072

²¹⁴ VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural...**, *passim*.

²¹⁵ VIOLIN, J. **Processos estruturais em perspectiva comparada...**, p. 69.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 69.

Nesse cenário, os “problemas policêntricos encontram soluções adequadas em arranjos normativos policêntricos”²¹⁷ e o juiz é tentado a assumir a posição de mediador, permitindo que a disputa possa ser resolvida também pelas partes²¹⁸.

Nesse novo modelo de intervenção, o juiz deve atuar como “instaurador” ou como coordenador, que precisa “de forças tanto endógenas quanto exógenas para atingir seu objetivo de regular”²¹⁹. Cabe ao julgador compreender as bases do conflito para possibilitar que sua atuação tenha efetividade²²⁰.

Stephen Yeazell compara as novas formas de intervenção a um *town meeting*²²¹, referindo-se às formas de participação dos interessados e ao papel inusitado que as Cortes assumem nesses tipos de conflito, que vão muito além das concepções tradicionais de processo²²².

Nesse âmbito, o modelo processual do *town meeting* poderia ser descrito como um método dialógico de condução de processos estruturais, a partir da construção de uma ampla arena de debate²²³. Torna-se necessária a escuta de todos os autores envolvidos não apenas quanto ao ilícito, mas também para a escolha da solução, inaugurando-se uma possibilidade de participação informal nesses processos – mais ampla que a das partes originais. Participação que se volta para proporcionar uma solução mais adequada ao conflito ao permitir a produção de informações²²⁴.

São três as possíveis contribuições desse novo método de condução dialógica: (i) a participação de falantes “descategorizados” – sem rótulos de participação no processo – ampliando os “pontos de fala”, que possam contribuir para a compreensão da violação do direito e para a construção do plano de ação; (ii) a influência dos diferentes atores sociais na decisão, de modo que as decisões são impactadas pelas informações coletadas; e (iii) a possibilidade de constante reanálise dos fatos que influenciam a revisão das decisões²²⁵.

²¹⁷ VIOLIN, J. **Processos estruturais em perspectiva comparada...**, p. 66.

²¹⁸ FULLER, L. **The Forms and Limits...**, p. 394-395.

²¹⁹ PUGA, Mariela. **Litigio estructural**. 329 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, p. 6.

²²⁰ *Ibid.*, p. 6.

²²¹ A utilização da expressão *town meeting* como descrição de uma técnica processual, a partir de uma ampliação da metáfora empregada por Yeazell, é apresentada por Edilson Vitorelli na obra *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2023. cap. 6.

²²² YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: A commentary on the Los Angeles School case. **UCLA Law Review**, v. 25, p. 256-260, 1977, p. 244.

²²³ VITORELLI, Edilson; GARCIA, Thaísa Carraro. Um diálogo entre as audiências brasileiras e a perspectiva do processo como town meeting: reflexões sobre o processo estrutural como ampla arena de debate. **Revista de Processo**. Vol. 353 /2024. P. 269-291. Jul/2024, p. 270.

²²⁴ *Ibid.*, p. 270.

²²⁵ *Ibid.*, p. 273.

O diálogo surge como ferramenta hábil e disponível ao Judiciário para acoplar às soluções tradicionais a complexidade das situações materiais, de modo a moldar uma nova lógica para o processo. É o diálogo – sobretudo a partir da ampliação do contraditório²²⁶ – que possibilita a visão ampla do problema a ser enfrentado²²⁷.

A título exemplificativo, a ACO 2536²²⁸ tratava de requerimento de inviabilização da transposição/ captação de água do Rio Paraíba do Sul. O pedido decorria, na narrativa do MPF, da necessidade de estudos adicionais para a exata aferição dos impactos ambientais decorrentes da redução da vazão do Rio Paraíba do Sul.

Na ocasião, o relator Ministro Luiz Fux compreendeu ser o caso de denegar a liminar requerida²²⁹, apesar de reconhecer a gravidade ímpar dos fatos narrados (dificuldade do fornecimento regular do serviço público de água), em razão de a solução do feito exigir “não apenas uma análise técnica como também, um imprescindível diálogo propositivo entre os Estados da federação diretamente afetados pelo problema” – sobretudo porque todos os entes estariam em busca de um mesmo objetivo: a melhora do fornecimento de água. Ademais, compreendeu ser necessária a instalação de um procedimento de mediação a ser conduzido pelo STF.

A análise desse caso nos permite compreender que o diálogo é indicado nos processos estruturais, mesmo diante de casos de grave violações de direitos fundamentais não como mera etapa procedimental e burocratizada, mas como ferramenta que permite ao juiz focar “na resolução técnica da dificuldade a ser enfrentada”, como considerou o Ministro Luiz Fux nesse julgamento, poupando ao Judiciário o tempo e a energia que uma decisão errada o faria perder.

À luz dessa nova lógica, a participação é essencial “para compreender as características do litígio estrutural, os direitos violados e as obrigações das partes envolvidas”²³⁰. O magistrado é incumbido do dever de garantir “a dimensão de todo o problema”. Para alcançar esse propósito, a participação assume um valor instrumental²³¹.

²²⁶ ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 396.

²²⁷ FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação (Mestrado)- Universidade Feral do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2015, p. 130.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 2536 AgRg. Relatoria do Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgamento em 05/10/2018. DJe 22/10/2018.

²²⁹ Ainda nesse caso, vale dizer que a fundamentação utilizada para além da primazia da solução consensual, foi também a inexistência de dados técnicos suficientes para uma conclusão definitiva dos efeitos da transposição. Mesmo reconhecendo a irreversibilidade da transposição, o Ministro Luiz Fux compreendeu não haver prova de que o Estado de São Paulo estaria em vias de realizar a obra ou de que as autoridades competentes estariam em vias de expedir licença, não se atendendo a nenhum dos requisitos da tutela provisória.

²³⁰ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, p. 268.

²³¹ *Ibid.*, p. 104.

A informação necessária à identificação do litígio e à delimitação do conteúdo mínimo do direito é trazida pelas partes, com a participação dos afetados²³², por meio, sobretudo, de audiências públicas e da figura do *amicus curiae*²³³. A complexidade decorrente desses litígios “condiciona o modo de exercício da representação da sociedade no processo coletivo”²³⁴.

Em face dos diversos interesses existentes e das formas diversas como os envolvidos são afetados pelo funcionamento da estrutura, a mera garantia da participação do legitimado extraordinário, por vezes, é insuficiente. Isso porque não é possível abstrair os interesses “representados” como aqueles apresentados pela parte legitimada, tal abstração já é duvidosa em processos coletivos, mas em processos estruturais é demasiado problemática²³⁵.

Igualmente a participação de especialistas também pode contribuir para definir as dimensões do problema e para sugerir quais soluções seriam cabíveis, ao elencar medidas que tenham funcionado em casos semelhantes²³⁶.

Marcela Ferraro aponta a necessidade de participação ao menos dos seguintes grupos no processo estrutural: (i) afetados; (ii) responsáveis pelas medidas a serem adotadas; (iii) possuidores de conhecimento relevante; (iv) grupos ou indivíduos que possam de alguma forma bloquear os remédios aplicados²³⁷.

Ressalva-se, entretanto, que a participação aqui defendida é instrumental, significa dizer que de nada vale um processo que garanta ampla participação a ponto de torná-lo um processo impossível, “dada a multiplicidade de partícipes da relação processual, que terão o direito de intervir a todo momento”²³⁸. A participação deve ocorrer para a maximização da efetividade da tutela a ser prestada e não para inviabilizá-la²³⁹.

Nesse contexto, cabe à Corte o desafio de conciliar uma participação ampla e efetiva por parte dos grupos, que não deve, entretanto, ser tratada como mera “retórica formal de oitiva e participação”. Isto é, não pode ser apenas “um passo para a legitimidade formal da decisão”, pois isso esvaziaria por completo qualquer “sentido da abertura dialógica do Supremo Tribunal Federal”²⁴⁰.

²³² FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural...**, p. 130.

²³³ ARENHART, S. **Processo multipolar...**, p. 1077.

²³⁴ VITORELLI, E. **Levando os conceitos a sério...**, p.333-369.

²³⁵ ARENHART, S. **Processo multipolar...**, p. 1077.

²³⁶ ARENHART, S. **Processos Estruturais no direito brasileiro...**, p. 1061.

²³⁷ FERRARO, Marcella Pereira. *op. cit.*, p. 158.

²³⁸ ARENHART, S. **Processo multipolar...**, p. 1077.

²³⁹ CASIMIRO, Matheus. **Processo estrutural democrático...**, passim.

²⁴⁰ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 2015. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 210.

Na prática do STF, Livia Guimarães identifica entre as três funções existentes para as audiências públicas: a produção de informações. As outras duas seriam: (i) como espaço para o comportamento estratégico dos atores envolvidos, que se relaciona ao lobby²⁴¹ feito pelos participantes e o estudo de atores-chave pelo julgador, com a análise dos impactos das decisões; e (ii) uma natureza autolegitimadora²⁴².

Para Miguel Godoy, entretanto, a má utilização de audiências públicas tem esvaziado o caráter deliberativo desse instrumento, podendo ser elencadas algumas razões principais para isso: (i) ausência de metodologia; (ii) baixo quórum dos ministros; (iii) discricionariedade do juiz quanto às falas que serão ouvidas; e (iv) a consideração da audiência como mero espaço para complementação informativa²⁴³.

No caso de processos estruturais, as audiências devem ser concebidas como espaço de verdadeira deliberação, de modo que as diferentes vozes possam contribuir para a construção da solução²⁴⁴. Ciente das críticas às audiências públicas realizadas, Matheus Casimiro propõe quatro adequações desses procedimentos: (i) uma divisão entre a participação técnica e participação de membros do grupo vulnerável; (ii) maior interação entre magistrados e participantes da audiência; (iii) ampliação do número de ministros que participam da audiência; e (iv) a participação de técnicos e especialistas no assunto concentrada nas manifestações de *amici curiae* e nas audiências de monitoramento²⁴⁵.

Thais Garcia e Edilson Vitorelli, com um foco distinto – não se referindo a processos estruturais no Supremo Tribunal Federal –, apresentam a ideia de audiências cíclicas que se manifestariam em três etapas: (i) pré-processual, com objetivo de coleta de informações com ampla participação da comunidade afetada e posterior deliberação, ocorridas durante o inquérito civil e em momento anterior ao ajuizamento da ação; (ii) processual, conduzidas pelo juiz, audiências mistas de composição, de instrução e decisão, com o debate de provas, destinadas ao planejamento da solução do problema; e (iii) fase de implementação, para monitorar a solução implementada, a partir da dinâmica da tentativa e do erro²⁴⁶.

²⁴¹ “Isso porque, ao utilizarem este espaço para comunicar aos ministros do STF seus posicionamentos e suas informações privilegiadas sobre um determinado tema, as atrizes buscam pressionar ou influenciar os tomadores de decisão” (GUIMARÃES, Livia Gil. Participação Social no STF: repensando o papel das audiências públicas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 236–271, 2020, p. 246).

²⁴² GUIMARÃES, Livia Gil. **Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal**: discurso, prática e lobby. 2017. 314 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 252.

²⁴³ GODOY, M. **Devolver a constituição ao povo...**, p. 242.

²⁴⁴ VITORELLI, E; GARCIA, T. **Um diálogo entre as audiências brasileiras...**, p. 276.

²⁴⁵ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, p. 279-282.

²⁴⁶ VITORELLI; GARCIA, op. cit., p. 277.

No STF, é possível destacar metodologia semelhante utilizada na audiência da ADO 59²⁴⁷, em que se discutia a implementação das prestações normativas e materiais de proteção da área compreendida como Amazônia Legal, o debate girava em torno da ausência de política pública adequada para a proteção da região. A relatora Ministra Rosa Weber convocou audiência pública que tinha como intuito o diagnóstico das circunstâncias fáticas, a prestação de informações e esclarecimentos, a partir da oitiva de 28 entidades com experiência na matéria. Ao final das exposições, foi determinado a instauração de espaço deliberativo para que se pudesse responder os questionamentos acerca das exposições, dividindo-se o debate em: (i) ações de planejamento e fiscalização; e (ii) dados oficiais²⁴⁸.

Vencido o momento inicial do processo, com a identificação do litígio estrutural e sua extensão, o Judiciário deve indicar os problemas a serem corrigidos, a partir da definição do conteúdo mínimo do direito. Não cabe ao demais poderes apontar discricionária e livremente o conteúdo mínimo²⁴⁹, mas a Corte tem o dever de fixar as obrigações constitucionais que cabem ao Poder Público, estabelecendo parâmetros de atuação, o que deve ser realizado, mediante a consideração das necessidades que foram apresentadas pelas partes²⁵⁰. O momento da fixação do conteúdo mínimo será abordado no último capítulo.

Apesar de caber ao Judiciário fixar o conteúdo mínimo dos direitos que se pretende tutelar, a definição da natureza das prestações sociais, que servem ao mínimo existencial delimitado na decisão, deve ser, em regra, atribuída aos demais poderes²⁵¹. Isso nos remete ao segundo propósito do diálogo em processos estruturais: a determinação da elaboração do plano.

A elaboração de um plano constitui instrumento “*mais* maleável – e até, mesmo, dialogado – de solução das controvérsias”²⁵², ao permitir a implementação progressiva das medidas a serem definidas não pelo Judiciário, mas pelos demais poderes.

Ingo Salert alerta que uma atuação muito incisiva por parte do Judiciário, que dita a forma de resolução do problema, tende a violar a separação dos poderes, pois ao impor ao

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 59. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO59metodologia.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2024.

²⁴⁸ No mesmo sentido, é possível citar a audiência pública realizada na ADPF 442, que tratava acerca da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, em que foram ouvidos mais de 20 representantes de diversos setores envolvidos na questão. A convocação foi feita para discutir aspectos interpretativos dos arts. 124 e 126 do Código Penal. Na ocasião, também se instaurou espaço deliberativo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 442, Distrito Federal. Decisão com a relação dos inscritos habilitados, data, ordem dos trabalhos e metodologia. Brasília: STF, 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF442habilitados.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2024).

²⁴⁹ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, p. 258.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 268.

²⁵¹ SARLET, I. **Direitos Fundamentais sociais e mínimo existencial...**, p. 633-634.

²⁵² ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 393.

Legislativo e ao Executivo, “o quê” e “como fazer”, torna-se o juiz o próprio elaborador da política pública²⁵³.

Deve-se priorizar nesse âmbito, uma decisão inicial que possua um caráter notadamente principiológico²⁵⁴, com a determinação da elaboração do plano e a delimitação do conteúdo mínimo do direito. Apesar da tessitura aberta dessa decisão, é imprescindível a determinação das obrigações constitucionais que cabem ao Poder Público e a fixação de parâmetros para o cumprimento, como forma de orientar os demais poderes a escolher os meios para que possam ser alcançados esses objetivos. A ausência de parâmetros pode resultar no agravamento da inércia do Poder Público, que não saberá como agir para cumprir a decisão judicial²⁵⁵.

As demais decisões, relativas à implementação progressiva das medidas apresentadas, são a especificação, a adequação ou a implementação da primeira²⁵⁶. Tais decisão posteriores podem advir do próprio Poder Judiciário ou de acordos e soluções consensuais²⁵⁷ promovidas entre as partes²⁵⁸.

Constitui-se, assim, um “processo cíclico de especificação de determinada decisão judicial com o esmiuçamento daquilo que é exatamente exigido da parte – a partir da oitiva, de suas dúvidas e de suas limitações”²⁵⁹. O diálogo firmado molda as próximas medidas a serem tomadas e autoriza a modificação de uma decisão que aplicou uma medida que se descobriu inadequada, com alteração do plano inicial²⁶⁰.

Ao aplicar-se o método tentativa, erro e acerto, tem-se o terceiro propósito do diálogo – a revisão e o monitoramento das medidas implementadas. O diálogo passa a ser necessário para a avaliação dos efeitos obtidos pela implementação das medidas, sob a perspectiva de todos os sujeitos afetados. Isso possibilita o planejamento das etapas posteriores. Daí a importância da divisão em fases da execução das medidas, de modo a viabilizar o cumprimento das decisões²⁶¹. A decisão judicial deverá “considerar as contingências e as necessidades do caso e das partes, adequando as imposições àquilo que seja concretamente viável”²⁶².

²⁵³ SARLET, I. **Direitos Fundamentais sociais e mínimo existencial...**, p. 631.

²⁵⁴ ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 393.

²⁵⁵ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, p. 202.

²⁵⁶ ARENHART, S.; OSNA, G.; JOBIM, M. **Curso de Processo...**, p. 216.

²⁵⁷ Em razão da natureza policêntrica, por vezes, os procedimentos gerenciais ou contratuais seriam mais adequados à solução desses conflitos (FLETCHER, W. **The discretionary Constitution...**, p. 647-648).

²⁵⁸ ARENHART, S.; OSNA, G.; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo...**, p. 216.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 217.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 217.

²⁶¹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural...**, p.72

²⁶² ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p.394.

Como não há uma derivação automática da lei da medida a ser adotada em cada caso, não havendo vinculação necessária, atribuem-se mais duas funções ao juiz: (i) de negociador, ao incentivar as partes a cumprirem com obrigações; e (ii) a de gestor, ao garantir o monitoramento e adaptação das medidas ao longo do tempo²⁶³.

Se num processo individual, em que os interesses são facilmente identificáveis, a solução negociada já é desejável, no processo estrutural, a consensualidade²⁶⁴ (aqui compreendida pela condução dialógica dos processos, com a garantia do consenso naquilo em que for possível) é ainda mais exigível, para dar conta de satisfazer todos os interesses envolvidos diante das múltiplas possibilidades de resolução do litígio. Por isso, são importantes as técnicas de negociação para o referido tipo de processo, pois permitem a adaptação do procedimento às especificidades do caso concreto²⁶⁵. É a partir do caráter prospectivo, negocial e participativo, que é desenhada a estrutura procedimental das demandas²⁶⁶.

Cabe a ressalva, entretanto, que a negociação deve ser priorizada no momento da verificação das medidas implementadas, após a definição do conteúdo mínimo do direito. Isso porque não deve o Judiciário negociar os direitos fundamentais dos afetados. Após a fixação das obrigações constitucionais, cabe a negociação quanto às medidas a serem implementadas. A partir da deliberação entre as partes, será possível escolher uma medida que seja adequada e concretizável para a realização do conteúdo mínimo dos direitos. Devendo o Judiciário considerar a vulnerabilidade dos grupos afetados em face do Poder Público, atuando para neutralizar essa desigualdade na deliberação, possibilitando de algum modo uma paridade de força deliberativa entre as partes²⁶⁷.

²⁶³ VIOLIN, J. **Processos estruturais em perspectiva comparada...**, p. 82.

²⁶⁴ As experiências recentes do Supremo Tribunal Federal revelam a importância da participação, por meio diálogo para a resolução de litígios estruturais. A resolução 790/2022 que estabelece a criação do Centro de Soluções Alternativas de Litígios do Supremo Tribunal Federal (CESAL/STF) – órgão posteriormente reestruturado com a criação da Assessoria de apoio à Jurisdição (AAJ), composta por diferentes núcleos, entre eles, o NUPEC – afirma expressamente que “as demandas estruturais e os litígios complexos exigem técnicas especiais de efetivação processual, quais sejam flexibilidade de procedimento, consensualidade, negociações processuais e atipicidade dos meios de provas, das medidas executivas e das formas de cooperação judiciária (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Resolução nº 790. 2022. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2024).

²⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 75, p. 101-136, jan./mar. 2020, p.115.

²⁶⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais...**, p. 389-410.

²⁶⁷ LIEBENBERG, Sandra; YOUNG, Katharine G. Adjudication social and economic rights. Can democratic experimentalism help? In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.) **Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquires**. Nova York: Routledge Research in Human Rights Law, p. 237-257, 2014, p. 247.

Ademais, a aplicação das técnicas consensuais permite a redução potencial de recursos contra as decisões, o que tende a otimizar o processo. Isso porque a pendência de julgamento de recursos por vezes estimula as partes a protelarem o cumprimento de obrigações já definidas, já que passíveis de modificação²⁶⁸.

Por outro lado, na função de gestor, é dado ao juiz verificar a “adequação entre o estado de coisas almejado e os resultados do cumprimento das medidas determinadas”²⁶⁹. Isso porque os “problemas policêntricos exigem que os subproblemas sejam resolvidos continuamente, até que se atinja o ponto ótimo”²⁷⁰.

Uma diferença essencial entre o método de resolução de disputas do processo bipolar-adversarial para o do processo estrutural consiste na importância que se atribui à execução. No primeiro, a complexidade da demanda tende a ser concentrada na fase cognitiva. Nos processos estruturais, é a fase de execução das decisões que delinea a medida a ser adotada, a partir da seleção daquela que proporciona o maior alcance do resultado desejado. Trata-se do início da relação que passa a ser desenvolvida com a instituição a ser reformada. Isso até que se atinja o padrão inicialmente definido como desejado da realização do direito²⁷¹.

Medidas como a nomeação de interventores, a cooperação judiciária, cooperação por delegação – com a possibilidade de determinação de que o acompanhamento seja feito pelos juízes locais, ou mesmo a criação de órgãos e comissões responsáveis pela verificação da implementação das medidas também manifestam uma abertura dialógica da Corte. No caso da ADPF 347, já citada, referente ao sistema prisional, Carolina Saraiva sugere que o STF apenas delimite os objetivos e delegue a supervisão aos juízes locais²⁷².

A título exemplificativo, cita-se também a condução da ADPF 635, de relatoria do Ministro Edson Fachin. Nesse processo, classificado como estrutural e acompanhado pelo NUPEC, há pretensão de sanar o estado de violações a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro decorrentes da implementação da sua política de segurança, com especial enfoque na tentativa de reduzir a letalidade da atuação policial. Encaminhados os autos ao NUPEC para auxílio no monitoramento de determinações feitas ao

²⁶⁸ ARENHART, S. **Processos Estruturais no direito brasileiro...**, p.1.060.

²⁶⁹ ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva; NITZ, Júlia D’Amato. Uma proposta de modelo de pedido no processo estrutural. Alberto Bastos Balazeiro, In: ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; VEIGA, Guilherme (orgs.). **Novos Horizontes do Processo Estrutural**. Londrina, PR: Thoth, 2024, p. 321.

²⁷⁰ FLETCHER, W. **The discretionary Constitution...**, p. 647-648.

²⁷¹ VIOLIN, J. **Processos estruturais em perspectiva comparada...**, p. 83.

²⁷² SARAIVA, Carolina Barros. Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 270.

Estado do Rio de Janeiro, foi juntado aos autos e publicizado relatório de atividades, com abertura de prazo de 15 dias para impugnação dos dados apresentados.

Para a obtenção dos dados pelo núcleo, foram realizadas audiências de contextualização, nova espécie de audiência com a finalidade de “colher informações e esclarecimentos para subsidiar a tomada de decisão, sem prejuízo de propiciar alguns consensos acerca de pontos específicos”²⁷³. Essa prestação de informações à Corte, bem como a possibilidade de impugnação dos dados apresentados pelos interessados manifesta uma abertura dialógica do Supremo relacionada ao desejo de ciência dos impactos da decisão. A partir das informações prestadas à Corte, torna-se possível eventual revisão das decisões anteriormente proferidas.

Nesse contexto, a efetividade das mudanças depende do comportamento de indivíduos. A participação de variados atores se torna importante na execução estrutural, até mesmo eventualmente daqueles que não compuseram a fase de conhecimento, pois ainda que não sejam os destinatários da ordem judicial (apenas colateralmente atingidos), podem de alguma forma e em algum grau impedir os resultados esperados²⁷⁴.

Matheus Casimiro resume bem as razões para promover a participação processual a partir de seu valor instrumental: (i) a participação faz parte do conteúdo essencial do devido processo legal, dado que as partes devem atuar ativamente para a construção das decisões, bem como devem compreender o que irá acontecer e as justificativas para tanto; (ii) ganho epistêmico a partir da diversidade de argumentações, de modo a propiciar a deliberação necessária, com a compreensão das necessidades dos afetados, pois além de vítimas das violações, serão aqueles que conviverão com as consequências da intervenção; (iii) atuação mais aberta dos órgãos públicos envolvidos, considerando que o sucesso das medidas implementadas depende da sua colaboração, é relevante saber as suas dificuldades e as justificativas para as decisões tomadas, o que favorece a aceitação da decisão; (iv) o favorecimento do fator desestabilizador, a legitimidade do *status quo* anterior é questionada pela existência do processo estrutural, o que exige uma mudança de postura por parte das instituições e agentes públicos para a solução do litígio. Quanto maior a participação, maior a pressão exercida sobre a Administração Pública, que deverá justificar suas decisões e levar em conta as necessidades dos afetados²⁷⁵.

²⁷³ NAVARRO, T.; CASIMIRO, M. **Consensualidade em processos estruturais...**, p. 464.

²⁷⁴ VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural...**, p. 72.

²⁷⁵ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, p. 105-107.

Em face do exposto, demonstrou-se a importância do diálogo para a implementação de soluções adequadas pelo Supremo Tribunal Federal no tratamento de litígios estruturais, soluções que tenham a possibilidade de aderência à realidade²⁷⁶. Na próxima subseção, será apresentado o segundo questionamento de Owen Fiss, relativo à legitimidade da atuação do Judiciário²⁷⁷.

III.2. A NECESSIDADE DO DIÁLOGO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES LEGÍTIMAS EM PROCESSOS ESTRUTURAIS

Neste subtópico, será demonstrado de que forma o diálogo pode ser utilizado em processos estruturais para a construção de decisões legítimas por parte do Supremo Tribunal Federal.

A compreensão da existência de legitimidade ou não do Judiciário para o controle de políticas públicas por meio do processo estrutural exige o enfrentamento de dois argumentos iniciais que se colocam como obstáculos para a atuação: (i) a ausência de legitimidade democrática e (ii) a violação à separação de poderes²⁷⁸.

Inicialmente, para o desenvolvimento da argumentação, recorre-se ao segundo questionamento suscitado por Owen Fiss: a reforma estrutural é uma tarefa apropriada para o Judiciário?²⁷⁹

A resposta para esse questionamento perpassa uma reflexão acerca de qual o papel do juiz dentro de um Estado Democrático de Direito. Owen Fiss, em reflexão sobre a função atribuída ao Judiciário, defende que ao juiz caberia atribuir significado concreto aos valores constitucionais²⁸⁰. Entretanto, para a compreensão dessa afirmação, é necessário analisar o contexto em que esse autor se insere.

A crítica de Owen Fiss é endereçada à teoria da falha legislativa, invocada para criticar as reformas estruturais promovidas pelo Judiciário norte-americano, durante a década de 1960. Segundo essa teoria, a forma de ordenação da relação entre os juízes e outros órgãos do governo e, portanto, o papel das Cortes é definido em termos de “falhas do legislativo”. Significa dizer

²⁷⁶ ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 403.

²⁷⁷ FISS, O. **Um novo Processo Civil...**, p 107.

²⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 387.

²⁷⁹ FISS, O. **Um novo Processo Civil...**, p 107.

²⁸⁰ FISS, O. **As formas de Justiça...**, p.120.

a não ser que seja possível verificar a inadequação dos processos legislativos, o Judiciário deve se submeter ao Legislativo, trata-se de premissa em favor do majoritarismo²⁸¹.

A grande referência normativa para tal teoria seria a Nota de Rodapé 4, do caso *United States Vs. Carolene Products Co*²⁸². No texto em questão, o justice Stone afirmou ser necessário um escrutínio mais rigoroso da revisão judicial (e, portanto, uma limitação da presunção de constitucionalidade da norma com menor deferência ao legislativo), sempre que a Corte estivesse diante de duas falhas legislativas: (i) uma restrição do direito ao voto ou (ii) uma discriminação de uma minoria determinada e isolada – referente a grupo incapaz de formar coalizões e participar efetivamente de políticas majoritárias²⁸³.

A partir desse texto, considera-se que foi feita uma afirmação geral de que a atuação da Corte deveria estar sempre associada a uma falha do Legislativo. O problema decorrente disso é a insuficiência da teoria para descrever o novo papel a ser assumido pelo juiz quando diante de reformas estruturais. Isso porque a burocratização das organizações também causa distorção ao processo de produção normativa. Contudo, a predominância da teoria das falhas legislativas criava incentivos para que as práticas dos burocratas não pudessem ser alvo de investigação pública²⁸⁴.

Nesse panorama, são duas as razões da insuficiência da teoria: (i) a ausência de explicação de por qual motivo a falha de outro poder deveria ser corrigida pelo Judiciário e de como ele deveria corrigi-la; e (ii) a falta de esclarecimento do fundamento que levaria a uma supremacia das instâncias majoritárias, mesmo quando valores constitucionais estão sob ameaça. Em suma, a causa das falhas pode ser resumida à “negação do caráter especial dos valores constitucionais”²⁸⁵.

Em alguns casos, até será possível explicar a reforma estrutural: justiça racial, habitações públicas. Porém, para as reformas de muitas instituições – como polícia, universidade pública, organizações de saúde – o papel do Judiciário já não pode ser esclarecido²⁸⁶.

Em razão disso, torna-se necessário pensar em uma teoria cuja atuação do Judiciário possa ser justificada a partir da necessidade de garantia de certos valores, sobretudo a igualdade,

²⁸¹ FISS, O. **As formas de Justiça...**, p. 123.

²⁸² 304 U.S. 144, 152 n. 4, 1938.

²⁸³ FISS, *op. cit.*, p. 123.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 124-125.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 126.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 124-125.

também ameaçados pelo funcionamento de organizações, ainda que que nem sempre o grupo a invocar a ameaça esteja em desvantagem majoritária²⁸⁷.

Não se pode reduzir todos os conflitos sociais à ideia de que é a ausência de voto a justificativa para a atuação judicial. O Judiciário, quando em proteção de minorias, não atua como ente representativo (não age com base nos interesses políticos do grupo), mas deve atuar para dotar de significado concreto os valores constitucionais²⁸⁸.

Nesse âmbito, a segunda parte da Nota de Rodapé 4, pouco lembrada pela teoria das falhas legislativas, faz referência a proibições específicas da Constituição americana e que são limites à supremacia legislativa (qualificação dos registros de preferência da população). Às Cortes, caberia a interpretação dessas limitações dando aos valores implícitos significados operacionais²⁸⁹.

Em razão disso, o Judiciário possui um lugar legítimo na organização estatal independente de falhas de outra instituição²⁹⁰. As razões para que seja o Judiciário o incumbido de assumir esse dever decorrem de fatores que obrigam o juiz a ser objetivo: a obrigação de participar de um diálogo processual e a independência²⁹¹.

Da primeira razão, decorre a obrigação de fundamentação das decisões, que não pode se basear em preferências (o que difere da mera explicação), mas deve transmitir, de alguma forma, um valor que seja merecedor de um status “constitucional”, de modo a dar à moralidade pública uma coerência interna²⁹².

Da segunda razão, surge o dever de o juiz ouvir e se pronunciar, a independência depende da inexistência de identificação ou ligação pessoal com as partes (a decisão não pode ser fruto de interesse pessoal ou de preferências do povo). Tais aspectos permitem ao juiz desempenhar o papel de buscar os significados dos valores constitucionais²⁹³.

Contudo, isso não implica dizer que a eles deve caber o monopólio da atribuição de significados, pelo contrário, todos devem poder empreender essa tarefa. Afasta-se, assim, a ideia de que a Corte na implementação de reformas estruturais deve ter a última palavra, pelo contrário, o que se defende é que às Cortes seja permitido se pronunciar quanto a essas questões.

²⁸⁷ Isso não significa que qualquer grupo que perca uma luta política poderia ser abarcado em um conceito amplo de minoria determinada e isolada, seria necessário se afastar desse conceito (FISS, O. **As formas de Justiça...**, p. 124-126).

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 126.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 128.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 128.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 130.

²⁹² *Ibid.*, p. 131.

²⁹³ *Ibid.*, p. 131.

O meio para tanto é o processo, pois a partir dele, o juiz estaria predisposto a dar respostas para além das preferências, construindo decisões legítimas e pautadas na Constituição²⁹⁴.

Somente a descrença na existência de valores constitucionais, reduzindo tudo à preferência, nos levaria a duvidar sobre o papel do Judiciário nesses processos e de sua legitimidade²⁹⁵. Há, em face disso, a superação da crítica da ausência de legitimidade democrática – segundo a qual apenas os poderes eleitos poderiam intervir no controle de políticas públicas –, pois ao Judiciário cabe intervir ainda que não seja um ente representativo, dado que a legitimidade da atuação deriva da própria Constituição. Entretanto, ainda que se admita que o Judiciário pode atuar, como superar a suposta violação da separação dos poderes? Daí a necessidade da condução dialógica dos processos estruturais.

A importância do diálogo para a garantia de legitimidade decorre do fato de que ao Judiciário cabe sim interpretar e operacionalizar os valores constitucionais, entretanto, tal papel, para que seja legítimo, deve ser pautado por meio de um processo. É dizer o exercício da função é limitado pela existência desses valores²⁹⁶. Se a atuação da Corte deve ser limitada pelos valores, dois deles parecem nos interessar: (i) o princípio da separação dos poderes; e (ii) a garantia do devido processo legal.

A partir da perspectiva apresentada por Owen Fiss – de que o julgador tem o dever de pautar a sua interpretação de significados concretos dos valores constitucionais por um processo. Depreende-se duas dificuldades para a garantia de legitimidade da Corte em processos estruturais: (i) como atribuir valor concreto a uma Constituição que decidiu prever muitos direitos sociais, econômico e culturais, sem que isso implique um agir essencialmente político por parte da Corte, interferindo nas prioridades escolhidas pelos poderes representativos; (ii) como garantir o devido processo legal, na aplicação de uma técnica processual cujas regras procedimentais não estão tão claras, dado que há uma inerente flexibilidade, em razão do próprio direito material que se pretende tutelar.

Quanto à primeira das dificuldades, a tarefa de atribuição de significados constitucionais pode se tornar muito complexa quando a Constituição, diferente daquela pensada para a sociedade norte-americana, faz a escolha de prever tudo, como feito no Brasil. Oscar Vilhena descreve que a expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais em geral é tido como fenômeno mundial. Entre as razões para tanto, estaria o avanço de constituições rígidas dotadas de controle de constitucionalidade, somado a uma desconfiança exacerbada por

²⁹⁴ FISS, Owen. **As formas de Justiça...**, p. 133-134.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 134.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 134.

parte do constituinte em relação ao legislador futuro, que opta por decidir tudo, com a maximização do compromisso firmado (fenômeno da hiper-constitucionalização). Nesse âmbito, a atuação mais intensa do STF nos últimos anos seria fruto sobretudo de um desenho institucional²⁹⁷.

A inclusão de temas de alto teor político nas Constituições, com a ampliação dos direitos fundamentais, para além de direitos políticos e civis, a partir da previsão de direitos sociais, econômicos e culturais, pode ser denominada de constitucionalização abrangente. Esse elemento somado ao novo foco destinado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e ao protagonismo judicial (decorrente da ampla positivação dos direitos e de uma desconfiança em relação aos órgãos representativos) fazem parte de um fenômeno que pode ser chamado de constitucionalismo transformador²⁹⁸, também observado em outros países do Sul-Global: Índia, África do Sul e Colômbia²⁹⁹.

Armin Von Bogdandy descreve a emergência do constitucionalismo transformador na América Latina e o caracteriza como prática de interpretação e aplicação de normas constitucionais de modo a pretender uma mudança social profunda³⁰⁰. A partir dele, surge uma forma de interpretação jurídica que dedica especial atenção à transformação efetiva de estruturas profundamente arraigadas da sociedade, com vista à promoção de uma sociedade mais igualitária e democrática³⁰¹.

O conceito foi proposto por Karl Klane, a partir da análise da jurisdição constitucional sul-africana, no final dos 1990. Nesse âmbito, o autor descreve que o texto constitucional conta com um rol extenso de direitos fundamentais, com a previsão de direitos sociais, econômicos e culturais (DESCs), estabelecendo-se um constitucionalismo de transição, com o objetivo de transformar a realidade por meio das instituições, para que as relações de poder possam se tornar

²⁹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito FGV**. São Paulo. Vol. 4, n.2, p. 441-464, jul.-dez. 2008, p. 444.

²⁹⁸ O constitucionalismo transformador é objeto de estudo de vários autores da América Latina, Armin Von Bogdandy do instituto Max Planck descreve uma abordagem de estudo desse fenômeno a partir do *Ius Constitutionale Commune* in América Latina, cuja proposta é mudar realidades políticas e sociais da América Latina para a criação de quadro geral de plena realização da democracia, do Estado do direito e dos direitos humanos (VON BOGDANDY, Armin. **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 6).

²⁹⁹ CASIMIRO, Matheus. MARMELSTEIN, George. O Judiciário como fórum de protestos estruturais: revisitando Grootboom. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022, p. 142.

³⁰⁰ VON BOGDANDY, Armin.; URUEÑA, René. International transformative constitutionalism in Latin America. **American Journal of International Law**, v. 114, n. 3, p. 403-442, jul. 2020, p. 405.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 405.

mais igualitárias, participativas e democráticas³⁰². Uma vez previstos esses direitos e tornando-os juridicamente exigíveis, é permitido à Corte atuar para a sua efetivação³⁰³.

Nas constituições denominadas transformadoras, “o texto constitucional é expressão de um projeto político de mudança social por meio de mecanismos constitucionais”³⁰⁴. Isso vincula os poderes do Estado para a atuação em direção ao estado de coisas estabelecido pela Constituição.

Nesse contexto, Marcella Ferraro alerta que a “judicialização” não deriva de uma “vontade” pura por parte do Poder Judiciário de se “sobrepôr aos demais poderes ou invadir as esferas que lhe seriam privativas”. Trata-se, na verdade, de um fenômeno político-social de “difícil reversão”, dado que o Judiciário é chamado a atuar com destaque, ainda que essa não fosse a configuração dos poderes inicialmente pensada³⁰⁵.

No campo da atribuição de significados concretos, entretanto, ainda que o Judiciário seja um ente legitimado para interpretar a Constituição, parece ser inevitável pensar que ele só deve fazê-lo quando os valores implícitos estejam de alguma forma ameaçados³⁰⁶. Nesse sentido, é a previsão do art. 5º, XXXV, da CF, ao estabelecer o princípio da inafastabilidade da jurisdição – “a lei não subtrairá a apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito”.

Ante a ameaça dos valores constitucionais, deve ser permitido ao juiz cumprir o seu dever de protegê-los. Sérgio Arenhart alerta ser necessária para a resolução de problemas complexos “a revisão da ideia da ‘separação dos Poderes’, percebendo que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público”³⁰⁷. No Brasil, o STF tem jurisprudência pacífica no sentido de que sobretudo para a garantia de direitos fundamentais, é possível o controle de políticas públicas³⁰⁸.

Isso decorre da força normativa do art. 5º, §1º, da CF, ao estabelecer a aplicação imediata aos direitos fundamentais. Atribui-se ao Poder Judiciário a possibilidade de realizar o

³⁰² KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, [s.l.], v. 14, n. 1, p. 146-188, jan. 1998.

³⁰³ DAVIS, D. M. The case against the inclusion of socioeconomic demands in a bill of rights except as directive principles. **South African Journal On Human Rights**. [s.l.], v.8, n.4, p. 475-490, p. 489-490, jan. 1992.

³⁰⁴ ARGUELHES, Diego Werneck.; SÜSSEKIND, Evandro Proença. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 4, p. 2557–2594, 2022.

³⁰⁵ FERRARO, M. **Do processo bipolar**..., p. 54.

³⁰⁶ FISS, O. **As formas de Justiça**..., p. 131.

³⁰⁷ ARENHART, S. **Decisões estruturais**..., p. 393.

³⁰⁸ Nesse sentido: RE 271286 AgR, Relatoria do Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000 (intervenção em política pública de saúde); RE 594018 AgR, Relatoria do Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009 (intervenção em política pública de educação); RE 628159 AgR, Relatoria da Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013 (intervenção em política de segurança pública).

controle de políticas públicas ou de regular a iniciativa privada, quando os referidos direitos sejam ameaçados³⁰⁹. Significa dizer que, embora não se fale de atuação somente na falha e em decorrência de outro poder, é preciso considerar que ao Judiciário não cabe atuar se não for necessário, pois as políticas públicas pertencem a um campo próprio da arena política³¹⁰.

Nesse contexto, nos processos estruturais, a interferência na competência dos demais poderes, sobretudo do Executivo, não deve se pautar para a avaliação da conveniência e oportunidade das políticas públicas desenvolvidas, mas sim para assegurar a proteção de direitos fundamentais³¹¹.

Como bem observam Sérgio Arenhart e Gustavo Osna, a crítica de que processos estruturais violam a separação dos poderes, não pode ser em verdade dirigida a essa técnica. Isso porque, além de a técnica abarcar objeto mais amplo que as políticas públicas, ainda nesse campo, essa crítica deveria ser direcionada a uma premissa anterior, que hoje parece ser aceita quanto à possibilidade de o Judiciário atuar no controle das referidas políticas. Nesse âmbito, o que se discute diz respeito a se os processos estruturais são a técnica mais indicada para esse controle, logo o processo estrutural é apenas o meio ou o modo como a atuação do Judiciário deve ocorrer³¹².

Em face disso, a necessidade de emprego da técnica estruturante relaciona-se à compreensão de que o controle jurisdicional de políticas públicas já era feito e de que era um controle feito de modo insuficiente, por inexistir até aquele momento, instrumentos processuais adequados – a concepção tradicional pautava os processos individuais e coletivos não estruturais, como já visto acima³¹³.

Em razão disso, optou-se por expor, na subseção anterior, primeiro a possibilidade da produção de soluções adequadas pela via do processual estrutural, a fim de demonstrar que é o meio mais indicado para lidar com problemas complexos.

³⁰⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo (Clb). **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 5. Ed. rev. atual. E ampl. São Paulo, SP. Atlas, 2014, p.25.

³¹⁰ Nesse sentido, o voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 7300, quando à implementação de renda básica: “Em outras palavras, atenta à excepcionalidade do instituto, a Corte absteve-se de proferir decisões aditivas sempre que vislumbrou um leque de alternativas constitucionalmente admissíveis para a solução de omissão legislativa, por reconhecer que a conformação de políticas públicas compete exclusivamente aos representantes democraticamente eleitos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 7300. Relatoria do Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 27/04/2021. DJe 23/08/2021).

³¹¹ VEIGA, Catarina Araújo de Magalhães. Processo Estrutural e a separação dos poderes: Uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; VEIGA, Guilherme (orgs.). **Novos Horizontes do Processo Estrutural**. Londrina, PR: Thoth, 2024, p. 151.

³¹² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Desmitificando processos estruturais – “processos estruturais” e “separação de poderes”. **Revista de processo**. vol. 331, p. 239-259. São Paulo: Ed. RT, set. 2022, p. 245.

³¹³ *Ibid.*, p. 247.

Entende-se, entretanto, que apesar de existir uma legitimidade para a atuação do Judiciário por meio de processos estruturais, essa legitimidade como visto relaciona-se diretamente a um procedimento. Tal procedimento deve ser pautado pelo respeito às garantias processuais, daí a importância do diálogo. A legitimidade da atuação das Cortes necessita ser permanentemente preservada por meio do processo. Constitui-se, assim, uma legitimidade, a posteriori, conquistada e mantida a partir de um processo de tomada de decisão que se pauta pelo diálogo³¹⁴.

No processo estrutural democrático, a legitimidade decorre de um processo permanente “de justificação da decisão perante os interessados e afetados por ela”³¹⁵. O processo deliberativo de tomada de decisão tem por foco a comunicação (*talk-centric*³¹⁶) e o *accountability* (fundado em três elementos: articulação pública, explicação e justificação de uma política pública) é o núcleo-duro da construção de legitimidade³¹⁷.

Diante desse quadro, o princípio da separação dos poderes tem por intuito impedir o abuso de poder e garantir que as funções desempenhadas pelo Estado sejam exercidas para o benefício da população, presumindo para tanto uma convivência harmônica entre os poderes³¹⁸. Nesse âmbito, a mera atuação do Judiciário no controle de políticas públicas, desenvolvidas por outro ramo do poder não implica necessariamente uma violação da separação dos poderes, pois se pautada por uma condução dialógica, permite a preservação da harmonia entre os poderes, impedindo eventuais abusos, seja de outro ramo do poder, ou do próprio Judiciário.

Nesse contexto, as instituições em conjunto devem contribuir para a construção das decisões, a fim de se garantir a convivência harmônica entre os poderes. Felipe Dellê descreve a importância dos diálogos institucionais que possuiriam, uma dupla função: (i) técnica de decisão, quando o STF escolhe não decidir e abre determinado prazo para a atuação do Congresso Nacional ou do Poder Executivo, no intuito de permitir o debate quanto à matéria, sem deter a última palavra; e (ii) expansão do contraditório com ampliação da participação

³¹⁴ HOECKE, Mark Van. Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation. *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, p.415-423, 2001, p. 420-421.

³¹⁵ CASIMIRO, M. *Processo estrutural democrático...*, p. 95.

³¹⁶ Contrapõe-se a um modelo de democracia *voting-centric*, que via a democracia como uma arena em que as preferências dos diversos grupos competem por meio de mecanismos de agregação (CHAMBERS, S. *Deliberative democratic theory...*, p. 308).

³¹⁷ *Ibid.*, p. 308.

³¹⁸ VEIGA, C. *Processo Estrutural e a separação dos poderes...*, p. 464.

social de forma a influir na atuação decisória da Corte, sobretudo por meio da realização de audiência pública e *amici curiae*³¹⁹.

A construção de decisões legítimas perpassa a necessidade de diálogo, também em razão da garantia do devido processo legal, pois, como visto, há uma ressignificação do direito ao contraditório no modelo cooperativo de processo

A participação processual surge como elemento de compensação do caráter representativo e preserva a legitimidade da atuação do Judiciário de forma contínua nessas demandas, funcionando como controle de eventual abuso de poder. Cássio Scarpinella afirma que a “manifestação do Estado será tanto mais legítima quanto maior a possibilidade de os destinatários de seus atos” poderem se manifestar para “influenciar a autoridade competente antes de sua decisão”³²⁰.

Tal consideração deve pautar também o momento da apreciação dos fatos pela Corte. Nesse âmbito, Luiz Guilherme Marinoni descreve a importância da análise dos fatos constitucionais, especialmente quando a Corte Constitucional ao partir de valores indeterminados, extrai da norma um direito que não estava expressamente previsto no texto da Constituição³²¹.

Nessa ocasião, sobretudo quando diante de fatos gerais ou “legislative facts”, que vão além da relação desenvolvida entre as partes, a função do juiz se aproxima em muito da do legislador. Isso porque no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, ou no momento da criação de precedentes judiciais, são estabelecidas diretrizes de atuação para o futuro. Tem-se, por vezes, a criação de hipóteses de incidência e previsão de consequências jurídicas, que não derivam automaticamente da lei³²².

Nesse âmbito, o exercício do diálogo e do contraditório torna-se ainda mais fundamental para a garantia de legitimidade e respeito ao devido processo, pois se suprimido, pode implicar a subversão do sistema democrático, ao permitir que o Tribunal impusesse uma norma, que deveria ter sido submetida ao procedimento próprio do sistema representativo. “Quanto mais

³¹⁹ DELLÊ, Felipe. O objeto do processo constitucional: estudos sobre os princípios da demanda, dispositivo e congruência no controle de constitucionalidade. **Revista de Processo**. Vol. 323/2023, p. 393-424, set. 2023, p. 404.

³²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006, p.55.

³²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Fatos Constitucionais?: a (des) coberta de uma outra realidade do processo**. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2024, p. 58.

³²² VIOLIN, J. **Processos estruturais em perspectiva comparada...**, p. 85.

ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que delas devam participar”³²³

Nesse sentido, o cuidado que se deve ter diz respeito à consideração do que deve ser tido como um fato evidenciado e o que pode ser tido como fato interpretativo, a fim de que o Judiciário não incorra no equívoco de decidir com base em supostos fatos que na verdade não passam de juízos valorativos de convicção pessoal³²⁴.

Dentro de processos estruturais, que por vezes são analisados fatos demasiadamente complexos, ou de difícil aferição, a incapacidade inicial da Corte de aferição desses pode conduzir a uma atuação irrefletida por parte dos julgadores³²⁵. É imprescindível que, nesse cenário, haja um maior cuidado por parte da Corte na análise dos fatos que lhe são apresentados, tanto no que concerne ao momento inicial do processo com a definição dos limites dos litígios estruturais, quanto na fase de monitoramento das decisões, com a apresentação de relatórios dos resultados alcançados. O alerta recai para a necessidade de que esses dados sejam submetidos ao contraditório das partes e dos afetados, pois a partir de sua manifestação, será possível garantir que a visão da Corte tenha respaldo na realidade fática que se encontra o grupo afetado.

Nesse contexto, é possível mencionar a condução da ADPF 635, já citada no subtópico anterior, em que o relator Ministro Edson Fachin abriu a possibilidade de manifestação das partes quanto ao relatório de atividades produzido pelo NUPEC, durante o prazo de 15 dias. Aconselha-se, entretanto, a possibilidade de que, para além da abertura de prazo de manifestação, sejam realizadas audiências públicas, para monitoramento, a fim de que o julgador possa ter um acesso direto à visão dos grupos afetados, contestando os fatos que lhes são apresentados.

A garantia do devido processo legal em processos estruturais – possibilidade de limitar o poder de atuação da Corte – também enfrenta outra dificuldade relativa à inerente flexibilidade desses processos, manifesta sobretudo pela necessidade de se flexibilizar o princípio da demanda. Quanto ao pedido realizado na ação estrutural, Hermes Zaneti descreve que ele deve ser “o projeto de decisão estrutural e que a causa de pedir deve ser o projeto de fundamentação dessa decisão”³²⁶. Assim, a recomendação é de que se opte por um objeto mais

³²³ HÄBERLE, P. **Hermenêutica Constitucional...**, p. 37.

³²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Fatos Constitucionais?...**, p. 50.

³²⁵ *Ibid.*, p. 62.

³²⁶ ZANETI JR., H.; ALVES, G.; NITZ, J. **Uma proposta de modelo de pedido...**, p. 316.

determinado possível desde a causa de pedir, bem como que se diga o estado de coisas tido por desejado por meio do processo³²⁷.

Contudo, apesar de justa recomendação³²⁸, por vezes a identificação específica de problemas estruturais só é possível no decorrer do processo, casos em que é necessária a flexibilização da estabilização objetiva³²⁹. Sobre isso, afirma Antônio Cabral que há uma plasticidade própria ao processo estrutural, de modo que o princípio da demanda não tem aplicabilidade no processo coletivo-estrutural, ao impor delimitação prévia e estabilidade, bem como o imperativo da correlação entre a demanda e a sentença³³⁰.

Essa perspectiva é complementada por Sérgio Arenhart, que afirma ser necessário um sistema de direito processual que possua certa atenuação do princípio da demanda, para a condução de processos estruturais. Isso porque pelas condições fluídas e mutáveis que envolvem os litígios tratados, nem sempre será possível, como já visto, definir inicialmente a forma que o direito deverá ser tutelado³³¹.

É a partir do exercício do contraditório, que se possui a exata dimensão do litígio³³². E a partir de um sistema de tentativa-erro-acerto, que se poderá selecionar a melhor medida para tutelar o direito pretendido³³³.

A ampliação do objeto processual, entretanto, por força do art. 329 do CPC, deve ocorrer mediante o respeito ao contraditório. Na medida do possível, em razão da complexidade e da multipolaridade (multiplicidade de grupos e interesses envolvidos), o objetivo do processo estrutural deve ser construído com a participação social³³⁴, que auxilia na dimensão do problema a ser enfrentado. Nesse âmbito, não se tolera que o juiz extrapole os exercícios dos limites do ilícito, pois não cabe ao magistrado atuar como gestor das políticas públicas, ele deve atuar dentro dos limites do campo de proteção do direito, no qual se pode conceber a amplitude para atividade judicial que por vezes vai além do pedido expresso³³⁵.

³²⁷ ZANETI JR., H.; ALVES, G.; NITZ, J. **Uma proposta de modelo de pedido...**, p.316.

³²⁸ O próprio Superior Tribunal de Justiça faz igual recomendação. Na ocasião do julgamento do REsp n. 1.733.412/SP, o Relator Ministro Og Fernandes tratando de uma demanda que versava acerca de falha de prestação de serviços públicos de saúde afirmou que a existência de “longa lista de pedidos, ao contrário de prejudicar o pleito, serve de indicação de ter o autor buscado diagnosticar bem os problemas, (...), de modo não apenas condenar o Poder Público pelo descumprimento de obrigações”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.733.412/SP, Relatoria do Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17/9/2019, DJe de 20/9/2019).

³²⁹ ZANETI JR.; ALVES; NITZ. *op. cit.*, p. 318.

³³⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 4ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 512-515.

³³¹ ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 394.

³³² *Ibid.*, p. 396.

³³³ *Ibid.*, p. 396.

³³⁴ SARAIVA, C. **Condução dialógica dos processos...**, p.273-275.

³³⁵ ARENHART, S. *op. cit.*, p. 396.

O limite será definido pela justificação da decisão, pois é o que afere legitimidade, razoabilidade e proporcionalidade à atuação do Poder estatal³³⁶. Disso resulta a necessidade de um maior ônus de fundamentação e argumentação das decisões, também como importante elemento de controle, pois é necessária a garantia do devido “processo para que essa legitimidade seja conferida ao tribunal constitucional brasileiro”³³⁷.

Desse modo, a manifestação do respeito ao contraditório ocorre por meio de uma condução dialógica que enseje uma fundamentação de decisões baseada na deliberação do julgador com os argumentos apresentados pelas partes e pelos interessados. Isso permite o controle pelas partes das razões apresentadas, de modo a evitar decisões-surpresas³³⁸. Tudo isso para que se garanta de algum modo o respeito aos valores constitucionais, que devem também limitar o exercício do Judiciário no momento da atribuição de significado realizada pelos juízes, pois é a sua vinculação ao procedimento que os torna mais propensos a tomar a decisão correta, ou ao menos aquela que transpareça o verdadeiro significado da Constituição³³⁹.

Em face do exposto, buscou-se demonstrar que a legitimidade da atuação do Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, em processos estruturais está intimamente relacionada ao respeito às garantias constitucionais. Nessa perspectiva, um processo estrutural democrático permite que a atividade do Judiciário na atribuição de significados não viole a separação dos poderes e garanta o respeito ao devido processo legal, preservando a legitimidade judicial.

III.3. O EXPERIMENTALISMO COMO MODELO DE ATUAÇÃO JUDICIAL COMPATÍVEL COM O PROCESSO ESTRUTURAL DEMOCRÁTICO

Examinadas as razões das quais decorre a necessidade de uma condução dialógica de processos estruturais, apresenta-se o modelo do experimentalismo como o compatível com o processo estrutural democrático.

Ao refletir sobre a evolução dos remédios estruturais no Estados Unidos, desde a concepção de *public law litigation* de Abram Chayes e a nova lógica inaugurada para a resolução de problemas complexos, Charles Sabel e William Simon descrevem que apesar das críticas, os juízes continuaram a desenvolver reformas institucionais. Tendo sido possível notar

³³⁶ ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 396.

³³⁷ DELLÊ, F. **O objeto do processo constitucional...**, p. 403.

³³⁸ ARENHART, S. *op. cit.*, p. 396.

³³⁹ FISS, Owen. To make the constitution a living truth: four lectures on the structural injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 31-55.

uma evolução no modelo de atuação judicial de processos estruturais, a partir de um sistema de comando e controle, para uma forma intervenção que se pode denominar experimentalista³⁴⁰.

A regulação pelo comando e controle faz referência a um regime de intervenção que se pauta por regras fixas e específicas impostas por uma autoridade central. Essas regras prescrevem os procedimentos por meio dos quais a instituição deverá ser reestruturada³⁴¹.

O referido modelo remonta ao período após o caso *Brown*. Sobretudo, depois da revisitação do julgamento pela Suprema Corte – *Brown II* – e após a ordem de que os estados implementassem as modificações na maior velocidade possível, as medidas genéricas pós-*Brown I* passaram a ser substituídas por decisões mais detalhadas, com a indicação do modo de como deveria ser produzida a reforma estrutural³⁴².

No comando e controle, o juiz impõe ao Poder Público uma série de medidas estruturantes detalhadas e unilaterais, a partir das quais há um forte papel diretivo por parte do julgador, que regula “a questão de cima para baixo”³⁴³. Há, em razão disso, decisões rígidas, que tentam solucionar o problema a partir da avaliação do cumprimento daquilo que foi determinado pelo juiz, por meio de uma ou poucas decisões³⁴⁴.

Esse modelo, entretanto, foi amplamente criticado pela ausência de cooperação dos demais atores envolvidos, o que inviabiliza a produção de bons resultados do processo estrutural. Trata-se de modelo de forte atuação judicial (*strong-form review*), em que os juízes acabam adentrando campos que vão para além de sua expertise, sem devido auxílio da sociedade ou de experts no referido tema³⁴⁵.

Remete-se à figura do juiz Hércules³⁴⁶ que acredita ser capaz de “detalhar as etapas de uma reforma estrutural” determinando inclusive “medidas que impactam o orçamento público de formas imprevisíveis”³⁴⁷.

Tal modelo de atuação jurisdicional não só não produz resultados satisfatórios para as demandas estruturais, mas em consonância com a crítica produzida por Robert Nagel, atrai um

³⁴⁰ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Simon, Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, v.117, p. 1016-1101. **Harvard Law Review**, 2004, p. 1021.

³⁴¹ *Ibid.*, p.1021.

³⁴² CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, p. 77.

³⁴³ NAVARRO, T.; CASIMIRO, M. **Consensualidade em processos estruturais...**, p. 457-458.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 457-458.

³⁴⁵ FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A importância do experimentalismo democrático na resolução de litígios estruturais pela via judicial: flexibilidade e participação no controle de políticas públicas. **Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas** (UNIFAFIBE), Bebedouro – SP, v. 9, n.2, p.210-238, 2021, p. 227.

³⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 287.

³⁴⁷ NAVARRO; CASIMIRO, *op. cit.*, p. 457-458.

papel para o juiz que não se encaixa nos moldes da Constituição, e viola frontalmente o princípio da separação de poderes, o que deslegitima a atuação do Poder Judiciário³⁴⁸.

Nessa situação, o Judiciário em vez de atuar como guardião da Constituição, incumbese em verdade da função de gestor de políticas públicas – a título exemplificativo, cita-se decisões norte-americanas que chegavam a determinar a cor das paredes das prisões. Nesse contexto, o uso do poder das reformas estruturais pelo Judiciário federal deixou de ser uma resposta a específicas e limitadas situações de necessidade ou emergência³⁴⁹.

Para além de questionável legitimidade, abre-se perguntas quanto à capacidade institucional do Judiciário para regular tudo. Surge ainda um grande problema de enfraquecimento da democracia, sobretudo a nível local, na medida em que a população deixa de poder influenciar as decisões que impactam a sua vida diariamente³⁵⁰.

Por outro lado, por meio da alternativa a partir da abordagem experimentalista, acredita-se que a atuação do Judiciário em processos estruturais, além de poder oferecer soluções adequadas aos litígios em questão a partir da construção de decisões legítimas, ainda pode contribuir para aperfeiçoar a democracia, afastando-se a ideia de que isso caberia somente aos outros poderes.

O experimentalismo combina regras mais flexíveis, de natureza provisória, que prezam pela participação dos interessados e pelo *accountability*. As normas ao invés de específicas fixam parâmetros que refletem o objetivo que as partes esperam atingir por meio do processo estrutural. Às partes, cabe a decisão de como atingir os objetivos. Decisões que por estarem sujeitas à constante revisão, com ampla participação dos envolvidos, apresentam natureza provisória³⁵¹.

No experimentalismo, há uma busca pelo diálogo entre os afetados. A grande inovação desse modelo é “a transformação do processo judicial em um *locus* de deliberação”³⁵². O juiz não é o centro da reforma, mas apenas fixa parâmetros gerais e determina medidas emergenciais para a proteção de grupos. Há uma preocupação grande com a transparência e a criação de um ambiente deliberativo, com a democratização do processo de tomada de decisão³⁵³.

³⁴⁸ NAGEL, Robert F. Controlling the Structural Injunction. **Havard Journal of Law and Public Policy**, v.7. p. 395-411, 1984, p. 399.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 396.

³⁵⁰ *Ibid.*, p.396.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 1021.

³⁵²FRANÇA, E.; NÓBREGA, F. **A importância do experimentalismo...**, p. 227.

³⁵³ NAVARRO, T.; CASIMIRO, M. **Consensualidade em processos estruturais...**, p. 459.

Prioriza-se a utilização de técnicas de monitoramento que revelam um “modelo de gerenciamento judicial (*managerial model*) com aplicação de técnicas cooperativas, persuasivas e dialógica-deliberativas”³⁵⁴. As mais usualmente empregadas podem ser exemplificadas por formulação do plano, realização de audiência de monitoramento, criação de comitês de composição entre os afetados e os atores institucionais, previsão de aplicação de *standards*³⁵⁵.

O que não significa a completa impossibilidade de complementação com a aplicação de técnicas de cumprimento ou execução – relacionadas a um *enforcement model* com aplicação de técnicas sancionatórias e coercitivas – com o objetivo de, diante do inadimplemento voluntário do réu, possibilitar ou acelerar o cumprimento de decisões. Como exemplo, temos a fixação de prazos, intervenção judicial, aplicação de multas³⁵⁶.

As características do experimentalismo foram bem elencadas por Eduarda Cunha: (i) participação dos interessados e negociação com eles – o processo estrutural é transformado em um *locus* deliberativo, não hierarquizado ou fechado; (ii) fixação de objetivos gerais e de critérios avaliativos – ao juiz cabe priorizar medidas mais genéricas e o estabelecimento de *standards* que guiam ao objetivo a ser atingido, no lugar de regras unilaterais e específicas; (iii) flexibilidade e revisão contínua – a delimitação de metas de avaliação não podem ser fixas e devem ser pautadas pela experiência e prática; e (iv) transparência – a garantia do *accountability*, ao determinar que as normas e atos sejam publicizados³⁵⁷.

Em suma, enquanto o comando e controle se pauta por uma intervenção centralizada da Corte, que atua em único momento, o experimentalismo pressupõe um processo permanente de construção de soluções participativas e descentralizadas, submetidas à constante revisão. Nessa perspectiva, o experimentalismo lida “com problemas cuja dimensão não pode ser aferida precisamente sem que testes e avaliações sejam realizados” e a provisoriedade serve “tanto para as medidas que são acordadas” quanto para os parâmetros que se destinam a medir “o (in) sucesso dessas medidas”³⁵⁸.

³⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro. Metodologia de implementação das decisões estruturais e seu impacto transformador. **Revista de Processo**. Vol. 353/2024. P. 293-322. Jul/2024. P. 298.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 299.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 298-299.

³⁵⁷ FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Decisões estruturais na jurisprudência argentina: Notas sobre a importância do experimentalismo democrático a partir do caso Mendoza. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022, p. 218.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 216.

Defende-se o experimentalismo por ser um modelo de atuação que comporta a flexibilidade necessária à condução de litígios estruturais, que por constituírem situações que exigem constante revisão e responsividade, seriam inadequadamente tratadas por procedimentos rígidos³⁵⁹.

Essa abordagem tende a ser alvo de menos críticas em relação: (i) à capacidade institucional do Judiciário para atuação nas demandas; e (ii) à legitimidade para intervir nesses conflitos, por se pautar em um processo colaborativo³⁶⁰. Nesse cenário, a construção de um processo estrutural democrático perpassa a adoção de uma abordagem experimentalista³⁶¹.

Até esse momento, apontou-se o valor instrumental e intrínseco da participação, isto é, da condução dialógica, a fim de demonstrar que normativamente, há uma razão para a necessidade do diálogo. Porém, a condução dialógica também traz benefícios numa lógica mais pragmática de análise, dado que contribui para aperfeiçoar a democracia. A fim de aprofundar os pontos positivos do experimentalismo, apresenta-se de que forma os efeitos produzidos por essa abordagem podem superar ou no mínimo reduzir desafios que se colocam ao processo estrutural.

Ana Paula de Barcellos elenca três desafios que necessitam ser superados quando se fala em processos estruturais: (i) o da palavra x realidade; (ii) o da invisibilidade dos mais pobres; e (iii) o do diálogo e cooperação com as instâncias majoritárias³⁶².

O primeiro deles diz respeito ao desafio de concretizar na realidade a tutela pretendida pela decisão judicial, partindo-se da ideia de que a Constituição tem o compromisso de promover no mundo dos fatos os direitos fundamentais e a dignidade humana³⁶³. Há uma dificuldade inerente à implementação de políticas públicas que é enfrentada pelo próprio Legislativo, no que se relaciona à demora da aferição dos resultados – por políticas públicas exigirem inevitavelmente um longo tempo para o seu desenvolvimento – fenômeno que também ocorreria com decisões estruturais, motivo pelo qual não se poderia imaginar que o proferimento de uma decisão judicial por si só seria capaz de promover os direitos que se pretende tutelar³⁶⁴.

³⁵⁹ FRANÇA, E.; NÓBREGA, F. **A importância do experimentalismo democrático...**, p. 231.

³⁶⁰ SABEL, C.; SIMON, W. **Destabilization Rights...**, p.1021.

³⁶¹ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, *passim*.

³⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. Processos estruturais: três desafios a enfrentar. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022, v. 1. P.307-321. P. 308-312.

³⁶³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais. **Revista Direito Constitucional e Internacional**. V. 54, p. 28-39, 2006, p. 29.

³⁶⁴ BARCELLOS, *op. cit.*, p.308-312.

O referido desafio como visto pode ser de algum modo atenuado por um procedimento que possibilite o proferimento de decisões pelo Judiciário que tenham verdadeiro potencial de aderência à realidade (subtópico III. 1). Ademais, o experimentalismo como abordagem de atuação da Corte, permite a constante produção de informações quanto aos efeitos concretos de sua decisão. Significa dizer que a retenção da jurisdição pela Corte, pressupondo a provisoriedade das medidas e a aplicação de técnicas dialógicas, garante uma abertura do Tribunal aos anseios do grupo afetado e às dificuldades vivenciadas pelos órgãos responsáveis não somente no momento do reconhecimento do direito, mas também e sobretudo na sua concretização. Ao proferir uma decisão concretizável e ao assumir o dever de implementá-la, a partir de um procedimento que se pautar pelo diálogo, podemos atenuar o desafio de promover efeitos materiais para a decisão estrutural.

Entretanto, ainda assim, cabe fazer importante ressalva de que o desafio da aferição dos resultados de processos estruturais é de fato uma tarefa muito complexa. Primeiro, em razão da necessidade de um longo tempo – evidentemente maior do que o de um processo individual.

Segundo, porque inevitavelmente alguém sairá insatisfeito. Em processos estruturais, há uma grande probabilidade de que o problema nunca seja solucionado completamente, mas sim que as medidas adotadas “mitiguem – em maior ou menor escala – as violações de direitos fundamentais do litígio estrutural”³⁶⁵. Entretanto, ainda nesse cenário, o tratamento pelo processo estrutural pode ser a melhor alternativa, ao permitir uma solução entre os extremos, “uma medida negociada, nem a quebra, nem a negligência”³⁶⁶.

Acredita-se que assumir que o processo é capaz de garantir o máximo de realização do direito é uma visão idealizada da técnica e que tende a atribuir ao Judiciário uma tarefa de resolução de todos os problemas sociais, favorecendo a ideia de que a ele cabe a última palavra. A visão aqui defendida de processo estrutural é a de que é mais um instrumento e não o único, de caráter excepcional, para a realização de direitos fundamentais e que garante o enfrentamento do problema como um todo, a partir de suas causas, e não em versões atomizadas dos processos

³⁶⁵ FRANÇA, Eduardo Peixoto da Cunha. O Judiciário como amplificador de vozes marginalizadas: Ativismo dialógico e transformações sociais pelo processo estrutural. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022, p. 379.

³⁶⁶ OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 486.

individuais, nos quais se combatem meramente os efeitos³⁶⁷. Nesse contexto, o Judiciário é um agente entre os poderes que pode e deve contribuir para a realização da Constituição.

Terceiro, porque os resultados do processo estrutural necessitam ser enxergados em uma perspectiva mais ampla. A conceituação quanto aos efeitos das decisões estruturais é feita por César Garavito que afirma a existência de: (i) efeitos materiais – decorrentes da ordem dada pela Corte – que podem ser diretos, quando relacionados aos atores do processo, ou indiretos, quando alcancem outros sujeitos sociais; e (ii) efeitos simbólicos – relativos a uma mudança de percepção social ou modificação cultural – que também podem ser diretos, se relativos aos participantes do processo, ou indiretos se afetam outros sujeitos³⁶⁸.

Nesse âmbito, o desafio da palavra e da realidade é um fato em processos estruturais e diz respeito aos efeitos materiais e diretos esperados da decisão. Contudo, como se vê, o valor dos processos estruturais, caso reduzido a uma avaliação somente a partir da aferição desses efeitos, pode ignorar os benefícios da técnica para uma dimensão além da processual: a dimensão material indireta e a simbólica direta e indireta.

Tabela 1: Classificação dos efeitos de processos estruturais

Efeitos	Diretos	Indiretos
Materiais	Desenho de políticas públicas	Formação de coalizões ativistas para influenciar a questão
Simbólicos	Definição do problema como violação de direitos	Transformar a opinião pública sobre a urgência e a gravidade do problema

Fonte: GARAVITO, 2017³⁶⁹.

A análise do segundo desafio relativo à invisibilidade dos mais pobres, exige a compreensão dessa distinção de efeitos. Mesmo que o primeiro desafio seja vencido, como garantir que os direitos serão promovidos a todos os afetados pelo litígio e não somente determinado grupo? Esse desafio (comum às políticas públicas que tendem a reproduzir uma estrutura de desigualdade) nos remete à necessidade de intervenções específicas por parte do

³⁶⁷ FRANÇA, Eduardo Peixoto da Cunha. O Judiciário como amplificador de vozes marginalizadas: Ativismo dialógico e transformações sociais pelo processo estrutural. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022, v. 1. P.307-321. P. 379.

³⁶⁸ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto. **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.P. 225.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 219.

Judiciário³⁷⁰, que devem ser privilegiadas no lugar de políticas gerais e que tenham por diretriz a noção de promoção equitativa de direitos, é dizer os esforços estatais devem ser para garantir aos necessitados: o mínimo existencial³⁷¹.

O desafio da invisibilidade dos mais pobres pode ser atenuado por uma condução dialógica de processos estruturais ao possibilitar além dos efeitos materiais e diretos, também efeitos simbólicos que permitem uma nova percepção social quanto a um grupo que tenha sido historicamente marginalizado, sobretudo ao permitir que esses grupos tenham voz no enfrentamento do problema.

Nesse sentido, o valor da participação em processos estruturais decorre também “da inclusão de grupos historicamente marginalizados” e que passam a poder ter “expressão política” para influenciar no processo de tomada de decisão, ainda que em um *locus* diferente do Congresso Nacional. Há, por isso, uma dimensão simbólica da decisão estrutural, em que o Judiciário funciona como fórum de protestos³⁷².

Os defensores desse novo papel a ser atribuído ao juiz, para além de árbitro e de administrador, sustentam que “o objetivo de uma demanda judicial não é só a vitória no tribunal, mas usar o processo como caminho para promover a escuta e o debate público, conseguindo apoio público sobre questões relevantes para os litigantes”³⁷³.

Nesse contexto, a atuação do STF em processos estruturais, ao funcionar como última *ratio*, pode contribuir de forma significativa para o aperfeiçoamento de pontos cegos do sistema representativo, e, portanto, para o desenvolvimento da democracia³⁷⁴.

Rosalind Dixon aponta dois principais pontos cegos do processo legislativo na confecção de políticas públicas: (i) os de aplicação, referentes àqueles relacionados às consequências da política inicialmente formulada; e (ii) os de perspectiva, relativos às

³⁷⁰ Ana Paula de Barcellos apresenta como decorrente do segundo desafio a reflexão acerca do momento anterior à propositura da demanda, problematizando a discricionariedade da escolha dos legitimados extraordinários quanto a quais grupos merecem a prioridade e a utilização da técnica dos processos estruturais (BARCELLOS, A. **Processos estruturais...**, p. 313).

³⁷¹ “A promoção equitativa de direitos significa de forma simples, uma diretriz política no sentido de priorizar as ações – inclusive a propositura de ação judiciais – que atendam os mais necessitados no esforço de garantir respeito, proteção e promoção de seus direitos, sobretudo nas suas dimensões mais básicas relacionadas com a superação permanente da extrema pobreza” (*Ibid.*, p. 315).

³⁷² CASIMIRO, M. MARMELSTEIN, G. O Judiciário como fórum de protestos estruturais: revisitando Grootboom. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022, p. 152.

³⁷³ *Ibid.*, p. 154.

³⁷⁴ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, p. 103.

considerações e contribuições de grupos vulneráveis, que por não serem fortes no cenário político, não conseguem participar do debate com o Poder Legislativo³⁷⁵.

A consideração desses grupos no debate a ser desenvolvido na Corte permite a superação ou atenuação dos pontos cegos de perspectiva e dá voz a grupos que não teriam força política em outro *locus*³⁷⁶. Com efeito, “os tribunais não são os principais vetores de mudança social, na verdade, são um fórum onde a luta por mudanças sociais acontece”³⁷⁷. Daí a importância de que a Corte seja acessível às demandas da população, garantindo meios diretos de participação. O diálogo com os grupos vulneráveis é inclusive importante para pressionar o Poder Público a tratar de forma adequada de seus interesses e contribui para transformar a realidade que estão inseridos³⁷⁸.

Nas palavras de Roberto Barroso, a Corte Constitucional deve “resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit dos demais Poderes, quando seja o caso”³⁷⁹. Nesse âmbito, é preciso considerar como importantes também os efeitos positivos à democracia pelo reconhecimento da luta desses grupos, que se relacionam muito mais a “mudanças de ideias, nas percepções e nas concepções sociais e coletivas relativas à matéria objeto do litígio”³⁸⁰ – efeitos simbólicos –, que por contribuírem para a proteção de direitos fundamentais, também auxiliam no desenvolvimento da democracia.

O terceiro desafio que se coloca diz respeito à cooperação com as instâncias majoritárias (Executivo e Legislativo). Os processos estruturais pressupõem a colaboração dos demais poderes, para o cumprimento de suas decisões, pois deles é a responsabilidade da iniciativa e das providências a serem implementadas, o que os atribui protagonismo³⁸¹.

Em razão da escassez dos recursos públicos em face da multiplicidade de pretensões fundadas em direitos fundamentais, será necessário constante negociação (em alguns momentos diante de determinadas circunstâncias políticas e econômicas não será possível vedar de maneira absoluta o retrocesso³⁸² em matéria de direitos sociais)³⁸³. Assim como a maioria das

³⁷⁵ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n.3, p. 391-418, 2007, p. 402-403.

³⁷⁶ CASIMIRO, Matheus. **Processo estrutural democrático...**, p. 103.

³⁷⁷ LOBEL, Jules. Courts as fórum for protest. *UCLA Law Review*. V. 52, p. 477-561. 2004, p. 480.

³⁷⁸ VITORELLI, Edilson. BARROS, José Ourismar. **Processo Coletivo e direito à participação: técnicas de atuação interativa em litígios complexos**. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 80-82.

³⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 437.

³⁸⁰ FRANÇA, E. **O Judiciário como amplificador...**, p. 377.

³⁸¹ BARCELLOS, A. **Processos estruturais...**, p. P.320.

³⁸² Sobre isso ver SARLET, Ingo Wolfgnag. Proibição do Retrocesso. In: Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka e Flávio Galdino (Org.) *Silvia Faber Torres (Sup.) Dicionário de princípios judiciais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 1055-1056.

³⁸³ BARCELLOS, A. **Processos estruturais...**, p. 320.

normas, as decisões estruturais “exigirão negociação, diálogo, participação e construção contínuas”³⁸⁴.

A cooperação dos outros poderes pode ser estimulada por meio de uma condução dialógica de processos estruturais. César Garavito, ao analisar a sentença T-025, da Corte Colombiana no caso dos *deplazados*, argumenta ser mais provável que os efeitos de decisões estruturais sejam maiores quando os Tribunais se pautam por um ativismo dialógico³⁸⁵. Nesse tipo de atuação, as sentenças dialógicas fixam objetivos gerais e processos de execução claros, exigindo a prestação de informação quanto à execução da decisão, mas delegam aos organismos administrativos as decisões substantivas e os resultados detalhados do processo. Trata-se de atuação compatível com o princípio da separação dos poderes e que incentiva a eficácia das decisões³⁸⁶.

Como se pode ver o conceito de ativismo dialógico pelo autor desenvolvido se assemelha em muito com a abordagem experimentalista aqui defendida. A compreensão contínua das dificuldades de implementação e das limitações orçamentárias dos entes, bem como a atribuição da responsabilidade para que eles próprios sugiram as medidas a serem aplicadas, garantem um grau de autonomia entre as instituições. A condução dialógica contaria com maior probabilidade de produzir efeitos por se preocupar em superar dois obstáculos: a resistência política e a capacidade institucional³⁸⁷. Reduzindo com isso eventual *backlash* que pudesse retroceder os ganhos obtidos por esses processos³⁸⁸.

Nesse âmbito, os processos estruturais tendem a gerar um efeito de desbloqueio institucional³⁸⁹. Sobre isso, Charles Sabel e William Simon conceituam os *destabilization rights*, referentes a direitos de desbloquear uma instituição que falhou sistematicamente no cumprimento de suas obrigações e que por não ser não alvo de *accountability*, ocasionou uma situação violadora de direitos³⁹⁰. Em processos estruturais, os direitos sociais, econômicos e culturais, por permitirem que se exija uma prestação social do Estado, funcionam como direitos desestabilizadores – pontos de apoio que permitem “romper a inércia institucional e impulsionar a ação governamental”³⁹¹.

³⁸⁴ BARCELLOS, A. **Processos estruturais...**, p. 317.

³⁸⁵ GARAVITO, C. **El activismo dialógico...**, p. 216.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 216.

³⁸⁷ *Ibid.*, p.236.

³⁸⁸ SABEL, C.; SIMON, W. **Destabilization Rights...**, p.1037.

³⁸⁹ CASIMIRO, M. **Proceso estructural democrático...**, *passim*.

³⁹⁰ SABEL; SIMON, *op. cit.*, p. 1021.

³⁹¹ GARAVITO, *op. cit.*, p. 224.

Desse modo, o efeito mais imediato da decisão estrutural pode ser tido como deslegitimar as burocracias estatais e a realidade de violação de direitos por elas geradas³⁹².

Entretanto, apesar de esse ser o efeito mais imediato, interessa-nos igualmente pensar em um efeito de coordenação. Em litígios estruturais, não é somente a inércia que gera a violação dos direitos, mas na maior parte dos casos a ausência de coordenação entre os poderes e as instituições³⁹³. A atuação dialógica permite mais do que a deslegitimação da realidade tida por inconstitucional, a possibilidade efetiva de ensejar uma coordenação entre as instituições. Nesse caso, o Judiciário não está preocupado em cumprir com os deveres de outros poderes, mas em garantir que haja condições para que os responsáveis desempenhem sua função de modo adequado.

Nesse contexto, há uma maior deliberação entre o Judiciário e sociedade civil, e entre Judiciário e os demais poderes (diálogos institucionais), mas existe também um desejo de promoção de deliberação dentro da própria estrutura que se pretende reconfigurar. Pretende-se não solucionar apenas a causa do problema naquele momento, mas permitir a reorganização do mecanismo a longo prazo, coordenando os entes e suas atividades para isso. A condução dialógica permite o aprimoramento da Administração Pública para casos futuros, ao contribuir para uma abertura aos novos influxos sociais, possibilitando, até mesmo, a resolução extrajudicial dos casos³⁹⁴.

Nessa perspectiva, a Corte Constitucional atua como catalizador deliberativo, ao menos em relação às questões constitucionais fundamentais. O controle de constitucionalidade não assume mero papel de contenção de poder, mas um mecanismo que possibilita a existência de uma melhor e maior deliberação³⁹⁵.

Os juízes não são chamados a atuar em processos estruturais, por serem mestres da argumentação, conhecedores de saberes especiais ou por serem representantes do povo³⁹⁶. O processo estrutural democrático pauta-se pela ideia de que o Judiciário pode atuar para o desenvolvimento democrático, pela visibilidade agregada aos grupos marginalizados, pela proteção dos direitos fundamentais, pelo monitoramento e conseqüente publicidade às ações governamentais e pela deslegitimação de ações que violem gravemente a Constituição³⁹⁷.

³⁹² GARAVITO, C. *El activismo dialógico...*, p. 224.

³⁹³ *Ibid.*, p.225.

³⁹⁴ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 161.

³⁹⁵ MENDES, C. *Una división de poderes deliberativa...*, p.183.

³⁹⁶ CASIMIRO, M. *Proceso estrutural democrático...*, p.99.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 99.

Atribui-se um dever de justificação das escolhas e de *accountability* da atuação do Legislativo e Executivo perante os grupos afetados³⁹⁸.

Esse modelo tende a ser compatível com o constitucionalismo dialógico, ao contribuir para a promoção de uma deliberação possível entre os envolvidos que deve se pautar pelo diálogo constitucional. Desse modo, não cabe ao Judiciário a interpretação isolada dos valores constitucionais, mas a atribuição de significado concreto deve ser feita em colaboração com as partes e os envolvidos, em um modelo cooperativo de processo, no qual todos devem ter a capacidade de influenciar verdadeiramente a decisão. O reflexo da existência da deliberação deve ser a fundamentação das decisões judiciais, ao considerarem os diferentes argumentos possíveis e as diversas visões acerca do mesmo problema, em um processo de justificação perante os interessados³⁹⁹.

Se por um lado o caminho para o processo estrutural democrático parece ser promissor, o alerta feito por Roberto Gargarella quanto à qualidade do diálogo a ser promovido e a crítica quanto ao fato de que as práticas dialógicas têm sido uma discricionariedade por parte do julgador e não a regra⁴⁰⁰, é relevante de ser aqui analisada e será tratada no próximo capítulo.

Nesse contexto, a última parte do trabalho destina-se à investigação das dificuldades existentes para a condução dialógica até aqui defendida, sobretudo quando a busca incessante por diálogo com o Poder Público pode vir a esvaziar direitos fundamentais dos grupos vulneráveis.

³⁹⁸ CASIMIRO, M. *Processo estrutural democrático...*, p. 99.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 99.

⁴⁰⁰ GARGARELLA, R. *Why Do We Care about Dialogue?...*, p. 212–232.

IV. O PROCESSO ESTRUTURAL DEMOCRÁTICO PRESSUPÕE UMA BUSCA INCESSANTE PELO DIÁLOGO?

[A]t some point the remedy is so different that it does not address the wrong that has not been committed at all. When that point is reached, the remedy that exceeds the defendant's wrong or the plaintiff's right becomes unacceptable, partly because it is too intrusive, partly because it opens up too much discretion, and partly perhaps because it is unacceptable in principle to force a defendant to do more than rectify his wrong⁴⁰¹

Este capítulo busca demonstrar que, apesar de a regra em processos estruturais ser a de que cabe ao juiz a fixação do objetivo a ser atingido, deixando ao Poder Público a escolha dos meios, por vezes, a proteção dos direitos fundamentais e a garantia do mínimo existencial, pode exigir a determinação de ações imediatas por parte do Judiciário. A legitimidade ou não dessa atuação perpassa a análise da fundamentação apresentada pelas decisões.

Na primeira parte, são apresentados os graus de diálogo desejados em um processo estrutural. Bem como, descreve-se como a busca incessante por diálogo pode vir a esvaziar direitos fundamentais em alguns casos. Em seguida, discorre-se acerca das chamadas medidas profiláticas da doutrina americana e a sua compatibilidade com um modelo experimentalista de processo.

Na segunda parte, apresenta-se o estudo de caso realizado, a fim de demonstrar se o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado aberto à utilização dessas medidas, bem como, em caso afirmativo, o modo como tem sido feita a escolha pelas medidas específicas a serem adotadas.

Na terceira parte, algumas considerações são feitas a partir do estudo de caso realizado, com o intuito de descrever um quadro geral da aplicação dessas medidas pelo Supremo Tribunal, bem como ressaltar a importância da oitiva dos grupos vulneráveis para que as medidas impostas guardem aderência com a realidade.

O objetivo do capítulo é demonstrar que o processo estrutural democrático não implica necessariamente uma postura passiva e excessivamente deferente por parte do Judiciário em face do Poder Público. A proteção do grupo vulnerável pode exigir a determinação de medidas específicas por parte do Supremo Tribunal Federal. O desafio reside em saber identificar quais são esses momentos.

⁴⁰¹ DOBBS, Dan. Law of remedies. 2ª ed. 1996, p. 643.

IV.1. A NECESSIDADE DE DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO MÍNIMO DO DIREITO E AS MEDIDAS PROFILÁTICAS

Uma vez compreendida a importância do diálogo em processos estruturais, um questionamento que surge é: o diálogo é sempre desejável? Para viabilizar uma condução dialógica, a Corte só está autorizada a proferir comandos genéricos segundo a abordagem experimentalista? A resposta para essas questões perpassa a compreensão do grau de diálogo possível e desejável em processos estruturais.

O caráter de maior ou menor diálogo em um processo estrutural pode ser aferido a partir da análise de três elementos da decisão: (i) o conteúdo substantivo; (ii) as medidas judiciais; e (iii) os mecanismos de monitoramento – “seguimento” na linguagem adotada por César Garavito. O autor congrega a esses elementos uma qualificação de força descrita por Mark Tushnet de acordo com a amplitude das ordens e seu caráter obrigatório⁴⁰².

O primeiro deles diz respeito ao momento de declaração da existência ou não de violação a direitos econômicos, sociais ou culturais (DESC) e até que ponto teria ocorrido a violação, determinando qual o alcance dos direitos. Independente da atuação dialógica ou não, em processos estruturais, está-se diante de direitos fortes⁴⁰³.

O segundo refere-se à determinação das medidas necessárias para alcançar o estado de coisas tido por desejado, em conformidade com conteúdo mínimo do direito. Em uma atuação tida por monológica, as ordens serão específicas e orientadas para o resultado – atuação forte. Já em um processo dialógico, há o estabelecimento de linhas gerais e a determinação dos fins pretendidos. Com vistas a proteger o princípio da separação dos poderes, são atribuídos aos órgãos administrativos do Poder Público, a tarefa de desenhar a política pública que atenda a esses fins – atuação tida como fraca⁴⁰⁴.

O terceiro refere-se ao seguimento, que pode ser descrito como o monitoramento e a revisão das decisões por parte da Corte e relaciona-se à decisão de conservar a jurisdição ou não na execução do processo estrutural. Quanto a esse elemento, pode ser estimulado um processo de monitoramento a partir do debate sobre as alternativas possíveis à garantia do

⁴⁰² TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**, Princeton, Princeton University Press. 2008.

⁴⁰³ GARAVITO, C. **El activismo dialógico...**, p. 232. Em uma perspectiva distinta, Rosalín Dixon descreve que a fórmula de controle judicial que lidem com os DESCs seria fraco/forte ou forte/fraco, adotando uma concepção de variância de força entre os direitos e as medidas adotadas (DIXON, Rosalín. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes e débiles. In: GARGARELLA, Roberto. **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 91).

⁴⁰⁴ GARAVITO, *op. cit.*, p.233.

direito. A condução dialógica se distingue sobretudo em razão de os detalhes das políticas, as regras específicas, surgirem no decorrer do monitoramento das medidas e não na decisão judicial, mediante ampla participação dos interessados. O seguimento é forte quando há envolvimento ativo por parte da Corte, com a retenção da jurisdição na execução da ordem judicial dada. E fraco quando essas características não se verificam⁴⁰⁵.

Nesse contexto, atuações dialógicas pautam-se: (i) pelo reconhecimento da extensão dos DESCs violados (direitos fortes); (ii) com a implementação de medidas a serem propostas pelos órgãos administrativos a partir de orientações definidas pelo Judiciário e com a criação de mecanismos para aferir o progresso – como o plano – (medidas moderadas); e (iii) por um acompanhamento ativo por parte da Corte no momento do monitoramento, a partir do qual será possível escolher entre as medidas propostas a mais adequada (seguimento forte). Essa condução parece ser a mais provável de gerar efeitos positivos nos processos estruturais na visão de César Garavito⁴⁰⁶.

Nesse âmbito, o momento do reconhecimento da violação ao DESC é tido como um momento de forte atuação da Corte. Nessa ocasião, é quando se define o conteúdo mínimo dos direitos violados e se determinam as obrigações constitucionais disso decorrentes. Essa delimitação do escopo e alcance dos DESCs exige uma interpretação de direitos fundamentais com base no *minimum core*, atribuindo-se ao Estado obrigações positivas⁴⁰⁷.

A definição do conteúdo mínimo relaciona-se à concepção de que o Estado é obrigado a garantir prestações materiais mínimas, a partir da constitucionalização dos direitos sociais, econômicos e culturais. O Estado deixa de possuir o papel de mera proteção e repressão de violações de direitos do indivíduo, atribuindo-se a ele, também uma tarefa de promoção dos novos direitos, o que implica “num compromisso do Estado, no sentido de fazer, operar e intervir”⁴⁰⁸. O mínimo existencial corresponde ao “conteúdo mínimo dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, que permite a justiciabilidade imediata”⁴⁰⁹.

Rosalin Dixon faz um alerta quanto à dificuldade na definição do conteúdo mínimo. A autora chama atenção para a concorrência entre os direitos fundamentais que podem estar

⁴⁰⁵ GARAVITO, C. **El activismo dialógico...**, p.233.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p.233.

⁴⁰⁷ ARRUDA, Paula Uematsu. Remédios sem direitos? A essencialidade da interpretação substancial dos direitos econômicos e sociais para o sucesso dos compromissos significativos. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022, p.120.

⁴⁰⁸ CAPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Elício de Cresci Sobrinho (trad.) Porto Alegre. 2008, p. 384.

⁴⁰⁹COSTA, Susana Henrique. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: Relação Direito e Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.400.

ameaçados. No âmbito de problemas complexos, dificilmente apenas um direito fundamental estará em jogo. Por vezes, há um conglomerado de diferentes direitos, como direito à vida, à saúde, à dignidade humana. Nesse contexto, o núcleo mínimo a ser almejado pelo processo tende a ser de difícil aferição, dado que a própria prevalência dada a um ou a outro direito, pode modificar o seu conteúdo⁴¹⁰.

Em face disso, o conteúdo mínimo deverá ser aferido no caso concreto⁴¹¹, não sendo possível determiná-lo aprioristicamente. O conteúdo dos direitos nem sempre será o mesmo, no que reside a importância da participação dos envolvidos⁴¹², sobretudo no que concerne à produção de informações para a Corte. Como visto, nesses processos, há um acesso limitado às informações necessárias para a tomada de decisões informadas⁴¹³.

Nesse ponto, destaca-se que o conteúdo mínimo dos direitos não deve ser livremente delineado pelo Poder Público⁴¹⁴. Isso porque uma atuação excessivamente deferente para com os demais poderes e uma preocupação exacerbada com a separação dos poderes pode ensejar um esvaziamento dos direitos violados. Torna-se essencial que a Corte estabeleça o conteúdo mínimo, fixando um parâmetro norteador para posteriores soluções consensuais e negociações próprias desse tipo de processo⁴¹⁵.

Como forma de desenvolver o argumento, apresenta-se o caso *Mamba* da Corte sul-africana, no qual é possível verificar o esvaziamento de direitos fundamentais⁴¹⁶.

Na ocasião, a Corte Constitucional Sul-africana (CCSA) enfrentou litígio referente a deslocados internos decorrentes de ataques violentos, de caráter xenofóbico, que ocorreram na África do Sul. Entre as províncias afetadas, estava *Gauteng*, cujo governo criou campos internos provisórios para abrigo das vítimas. Cessados os atos de violência, o governo procedeu com o fechamento desses campos, o que levou ao ajuizamento de uma ação judicial por parte de uma organização civil que atuava em defesa desses refugiados, requerendo que o fechamento dos campos fosse atrasado até que fosse desenvolvido plano de reintegração dos deslocados⁴¹⁷.

⁴¹⁰ DIXON, R. **Para fomentar el diálogo...**, p.63.

⁴¹¹ Esse entendimento se alinha a uma teoria relativa ou no mínimo mista da aferição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que se contrapõe a uma teoria absoluta, segundo a qual haveria um conteúdo mínimo previamente determinado, sem a necessidade de sua aferição em cada caso concreto (COSTA, S. **A imediata judicialização...**, p. 400). Nesse sentido: “O ponto central de toda a teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definidos a priori para cada direito fundamental” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p.196).

⁴¹² COSTA, *op. cit.*, p.401.

⁴¹³ DIXON, *op. cit.*, p.83.

⁴¹⁴ CASIMIRO, Matheus. **Processo estrutural democrático...**, p.258.

⁴¹⁵ ARRUDA, P. **Remédios sem direitos?...**, p.130.

⁴¹⁶ CASIMIRO, M. **O caso Mamba...**, p.72.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p.72.

O caso chegou à Corte, após uma derrota no Tribunal Regional por parte dos refugiados, tendo sido emitida uma ordem direta para o governo, em que se determinou: a proibição de fechamento dos campos e a determinação de realização de um Compromisso Significativo⁴¹⁸. O Compromisso Significativo, remédio estrutural já utilizado em momentos anteriores pela Corte, pode ser descrito como um modelo processual para lidar com litígios estruturais que envolve o “engajamento obrigatório entre as partes afetadas para uma determinada política social”⁴¹⁹.

O governo, entretanto, interpretou a ordem de forma restritiva ao entender que o seu dever seria de apenas informar os grupos quanto ao fechamento dos campos. Mesmo tendo sido determinado novo compromisso posteriormente pela Corte, o governo fechou os campos, sem elaboração do plano e a associação desistiu da ação proposta⁴²⁰.

Como se pode ver, a falta da delimitação clara da substância dos direitos pode resultar em um desequilíbrio deliberativo para as comunidades pobres e marginalizadas, que se encontram em posição de desvantagem em relação ao Poder Público por não terem clareza sobre quais são as obrigações do Estado decorrentes das violações dos direitos⁴²¹.

Uma crítica possível à condução dialógica diz respeito à fraqueza normativa dos direitos, que podem vir a ser esvaziados durante a negociação, de modo que as lutas sociais e ganhos históricos venham a ser revertidos, em razão de uma experiência experimentalista por parte da Corte⁴²².

Daí a importância de se estabelecer uma interpretação substancial dos direitos fundamentais, que especifique as exigências mínimas decorrentes do direito que está sendo violado, de modo que os grupos afetados não dependam exclusivamente da arbitrariedade do ente estatal⁴²³. Cabe à Corte neutralizar ou atenuar a desigualdade deliberativa existente entre o grupo vulnerável e o poder Público⁴²⁴.

Nesse âmbito, o caso *Mamba* também é ilustrativo para compreender que, além de definir o conteúdo mínimo, com a fixação de parâmetros normativos para orientar a elaboração do plano – ou compromisso significativo no caso da CCAS –, a Corte precisa estar autorizada

⁴¹⁸ CASIMIRO, M. **O caso Mamba...**, p.72.

⁴¹⁹ ARRUDA, P. **Remédios sem direitos?...**, p.124.

⁴²⁰ CASIMIRO, *op. cit.*, p..72.

⁴²¹ ARRUDA, P. **Remédios sem direitos?...**, p.130.

⁴²² LIEBENBERG, S.; YOUNG, K. **Adjudication social and economic rights...**, p. 249.

⁴²³ CASIMIRO, *op. cit.*, p.83.

⁴²⁴ LIEBENBERG; YOUNG, *op. cit.*, p. 241.

a ter uma atuação mais forte, sobretudo quando o Poder Público não se mostra aberto ao diálogo⁴²⁵.

Assim, por vezes será exigida uma atuação mais incisiva, com a aplicação de sanções ante a recusa do diálogo, ou com a determinação de medidas emergenciais para que os grupos afetados possam ter um mínimo de dignidade até a resolução do conflito⁴²⁶.

Essas últimas recebem o nome de medidas profiláticas e são compatíveis mesmo com uma condução dialógica, pois necessárias para que os remédios estruturais possam ter potencial de efetividade. Tais medidas de caráter temporário são prolatadas enquanto não há uma solução definitiva, com vista a proteger o grupo vulnerável⁴²⁷.

Como visto no capítulo anterior, a regra geral é que os juízes, nas decisões estruturais, não analisem analiticamente e de modo antecipado todas as atividades a serem desenvolvidas pelo demandado, para satisfazer a pretensão reconhecida na decisão. A eles cabe indicar os resultados que a execução deve produzir e estabelecer critérios gerais para avaliar os efeitos, cabendo ao demandado a escolha do modo de cumprimento. Nesse cenário, o Judiciário assume certo nível de supervisão sobre políticas e práticas institucionais.⁴²⁸

Contudo, Michel Dorf e Charles Sabel descrevem ser possível à Corte adotar uma regra profilática quando identifica uma situação que ameaça valores constitucionais sem que necessariamente seja possível especificar a cadeia causal daquela ameaça, momento em que a Corte pode fixar medidas gerais de prevenção, convidando outros sujeitos com um conhecimento maior da situação, para melhorá-las em momento posterior⁴²⁹.

O termo profilático tem relação com a profilaxia médica e conota o uso de medidas adicionais para preventivamente evitar um prejuízo maior ao indivíduo. O remédio profilático tem relação direta com a função desempenhada pela Corte de equalizar as desigualdades existentes entre o grupo vulnerável e o ente estatal ou particular, a referida finalidade justifica que seja determinado apenas quando se mostrar benéfico ao grupo demandante⁴³⁰

Nesse âmbito, a omissão da Corte quanto a essas medidas pode comprometer de modo significativo o potencial do modelo experimentalista. Tal abordagem não significa a busca incessante pelo diálogo, mas admite também a adoção de medidas imediatas quando se verificar

⁴²⁵ CASIMIRO, M. **O caso Mamba...**, p.72.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 72.

⁴²⁷ *Ibid.*, p.72.

⁴²⁸ VERBIC, F. **Ejecución de sentencias em litigios...**, p. 70-71.

⁴²⁹ DORF, Michel C.; SABEL, Charles F. A constitution of democratic experimentalismo. *Columbia Law Review*, p. 267-473, 1998, p. 453.

⁴³⁰ THOMAS, Tracy A. The continued vitality of prophylactic relief. **The Review of Litigation**, v. 27, p.112-128, 2007, p. 125.

uma séria ameaça a direitos fundamentais que exija uma intervenção urgente, em que a não atuação provoca efeitos irreversíveis. Nessas ocasiões, as Cortes podem adotar medidas profiláticas como preventivas ou protetivas⁴³¹. É preciso reconhecer-se, entretanto, o caráter de último recurso dessas determinações⁴³².

As medidas profiláticas também podem englobar determinações para a prevenção do abuso, a exemplo de ordens para que a Corte se mantenha informada ou tenha condições de monitorar adequadamente o processo estrutural, em uma antecipação de problemas. Tais medidas podem perquirir diferentes objetivos, como por exemplo: (i) informação, a partir do dever de permitir o acesso à investigação ou implementação de supervisão contínua; (ii) educação, com a determinação para criação de treinamentos ou programas de informação; e (iii) estabelecimento de procedimento, como criação de mecanismos de denúncia, redes de comunicação⁴³³.

A título exemplificativo Tracy Thomas cita o caso *Women Prisoners of the D.C. Department of Corrections v. District of Columbia*⁴³⁴, no qual o Distrito de Columbia foi condenado pelo abuso sexual e assédio das presidiárias por agentes penitenciários. Na ocasião, entre os alívios profiláticos sugeridos estavam a criação de sistema de reclamações, mecanismos de denúncia e a promoção de treinamento pessoal, que tinham por objetivo evitar a perpetuação do abuso⁴³⁵.

São alternativas apresentadas pelos grupos vulneráveis para comandos vazios do magistrado sobre a interrupção de determinado comportamento. Os sujeitos afetados por estarem mais próximos às especificidades do caso, indicam à Corte tipos de medidas preventivas que poderiam conter os indesejados abusos⁴³⁶.

É evidente a correlação guardada entre as medidas profiláticas e a tutela de urgência. Nesse âmbito da tutela provisória, contrapõem-se duas possibilidades, como descreve Ovídio Batista, a cautelaridade (baseada no perigo de dano) e a satisfatividade (baseada no perigo da demora), a última que se traduz em forma de antecipação da tutela com base no perigo que a

⁴³¹ LIEBENBERG, S.; YOUNG, K. **Adjudication social and economic rights...**, p. 241.

⁴³² THOMAS, T. **The continued vitality...**, p. 127.

⁴³³ *Ibid.*, p. 115.

⁴³⁴ *Women Prisoners v. District of Columbia*, 93 F.3d 910 (D.C. Cir. 1996).

⁴³⁵ THOMAS, *op. cit.*, p. 119.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 118.

demora do processo pode acarretar⁴³⁷, natureza das medidas profiláticas aqui referidas. A sua pretensão é a satisfação do direito material⁴³⁸ em face do perigo na demora.

Sobre a tutela provisória, descreve José Bedaque não ser admissível a eliminação completa da tutela provisória em face do Poder Público por violação à Constituição. “Não fosse assim sucumbiria o particular diante do Poder Público sempre que, não obstante o reconhecimento do seu direito, a demora acabasse por tornar inútil seu resultado definitivo”⁴³⁹.

Na doutrina brasileira são vários os autores que destacam a sua possibilidade em processos estruturais. A título exemplificativo, Fredie Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira descrevem que no momento do reconhecimento do litígio estrutural – ou estado de desconformidade como preferem os autores – é dado ao juiz definir para além da meta a ser atingida, os meios para a reestruturação se tiver condições de defini-los nesse momento⁴⁴⁰. Apesar de o processo estrutural ser um processo de mais longa duração em razão da complexidade do tema a ser enfrentado, nada impede que medidas mais urgentes, de caráter paliativo, sejam implementadas imediatamente, de modo provisório⁴⁴¹.

Nesse âmbito, em face da possibilidade de aplicação das medidas emergenciais em processos estruturais, interessa analisar se essas medidas têm sido implementadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O entendimento de que a regra é que o ente público fixe as medidas a serem implementadas em processos de controles de políticas públicas – tipos de processos estruturais – foi reconhecida pelo STF no julgamento do RE 684.612, tema 698 RG, cuja tese estabelecia: “A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado”⁴⁴².

Na ocasião, o redator do acórdão Ministro Roberto Barroso destacou a importância da construção de parâmetros para que se permita a “atuação efetiva e organizada do Poder

⁴³⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia – O Paradigma Racionalista**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 106.

⁴³⁸ Nesse sentido, ensina Luiz Guilherme Marinoni: “Realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipada; art. 300 do CPC)” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2017, p. 13).

⁴³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória: analisada à luz das garantias constitucionais da ação e do processo*. 6.^a ed. rev. São Paulo, Malheiros. 2021, p. 86.

⁴⁴⁰ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. 17 ed. – São Paulo: Ed. Juspodivm, v.2. 2022. P. 828.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 830.

⁴⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 684612. Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 03/07/2023. DJe 07/08/2023.

Judiciário, com vistas à concretização de direitos fundamentais”⁴⁴³. De mesmo modo, alertou-se que decisões judiciais que adotam uma série de medidas pontuais construídas de uma maneira aleatória contribuem para a desorganização da Administração Pública. Ao Judiciário caberia então questionar se é razoável e faticamente viável que a obrigação seja universalizada pelo ente público devedor.

Ademais, entendeu-se que “cabe ao órgão julgador determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada”⁴⁴⁴. E ainda que se estaria diante de “um modelo fraco de intervenção judicial em políticas públicas, no qual, apesar de indicar o resultado a ser produzido, o Judiciário não fixa analiticamente todos os atos que devem ser praticados pelo Poder Público”⁴⁴⁵, de modo a preservar o espaço de discricionariedade do mérito do ato administrativo.

Isso se justificaria também pela “ausência de expertise e capacidade institucional”⁴⁴⁶. Baseando-se na concepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas públicas e, que, por isso, a decisão judicial deve estar apoiada em documentos ou manifestações dos órgãos técnicos.

A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em 03/07/2023 parece elucidar bem a necessidade de adoção de um processo estrutural democrático aqui defendida e a importância da condução dialógica. Apesar disso, a possibilidade ou não de aplicação de medidas emergenciais para a proteção do grupo vulnerável não foi enfrentada nessa ocasião pelo Supremo Tribunal.

Nesse âmbito, o estudo de caso buscou compreender se a Corte é receptiva às medidas profiláticas. Nos casos em que as medidas foram proferidas, buscou-se compreender qual a fundamentação foi adotada.

⁴⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 684612. Acórdão. Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 03/07/2023. DJe 07/08/2023. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>>. Acesso em: 20 de julho de 2024. P. 78.

⁴⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 684612. Acórdão. Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 03/07/2023. DJe 07/08/2023. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>>. Acesso em: 20 de julho de 2024. P. 79.

⁴⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 684612. Acórdão. Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 03/07/2023. DJe 07/08/2023. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>>. Acesso em: 20 de julho de 2024. P. 79.

⁴⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 684612. Acórdão. Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 03/07/2023. DJe 07/08/2023. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>>. Acesso em: 20 de julho de 2024. P. 81.

IV.2. O RECONHECIMENTO DA VIOLAÇÃO DO DIREITO E AS MEDIDAS EMERGENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Realizou-se estudo de caso das demandas reconhecidas como estruturais e que foram apresentadas no subtópico II.2 do presente trabalho: ADPF 347; ADPF 682; ADPF 760 e ADO 54; ADPF 786; ADPF 822; ADPF 866; ADPF 973; ADPF 976; ADPF 635; ADPF 709; ADPF 742; APDF 991.

Optou-se pelos casos acima elencados como campo de análise tendo em vista que ou havia referência à técnica do estado de coisas inconstitucional ou há a etiqueta de “litígio estrutural” na consulta dos referidos processos no site do Supremo Tribunal Federal. Abaixo o quadro com o panorama que foi descrito no subtópico II.2.

Tabela 2. Panorama das ADPFs e a técnica estrutural					
ADPFs	Relatoria	Temática	Propositura	Situação	Decisão liminar
347	Ministro Marco Aurélio, atualmente Ministro Roberto Barroso	Estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro	27/05/2015	Proferimento de decisão em 06/08/2024, que ampliou o prazo inicial de 6 meses para oferecimento do plano Pena Justa, por mais 30 dias	Sim, com determinação da elaboração de plano
635	Ministro Edson Fachin	Omissão inconstitucional do Estado do Rio de Janeiro no que concerne à política de segurança pública, anteriormente reconhecida em sentença da Corte Interamericana	19/11/2019	Aguardando julgamento definitivo do mérito	Sim, com determinação da elaboração de plano
682	Ministro Ricardo Lewandowski	Estado de coisas inconstitucional referente à situação do ensino jurídico, em decorrência da violação sistemática ao preceito constitucional que garante a qualidade do ensino superior	08/05/2020	Negativa de seguimento, por não atendimento do requisito da subsidiariedade	Não. Julgou prejudicado o pedido liminar
709	Ministro Roberto Barroso	Falhas e omissões no combate à pandemia da Covid-19 entre os povos indígenas	01/07/2020	Fase de execução dos planos apresentados	Sim, com determinação da elaboração de plano

742	Ministro Marco Aurélio, atualmente Ministro Edson Fachin	Omissão e falha do Poder Público quanto às políticas de combate à Covid-19 nas comunidades quilombolas.	10/09/2020	Liminar que determinou a elaboração do plano, foi convertida em julgamento final e referendada em plenário em 24/02/2021	Sim, com a determinação de elaboração de plano. Converteu a liminar em julgamento final.
760 (em conjunto com a ADO 54)	Ministra Cármen Lúcia	Estado de coisas inconstitucional referente à política pública para combate ao desmatamento na Amazônia Legal.	12/11/2020	Não caracterização de estado de coisas inconstitucional, determinação para a assunção pelo governo federal de um compromisso significativo referente ao desmatamento ilegal. Acórdão transitado em julgado. Monitoramento a cargo do NUPEC	Sim, com a determinação de elaboração de plano.
786	Ministro Alexandre de Moraes	Estado de coisas inconstitucional referente ao sistema tributário brasileiro, em razão da tributação regressiva, ao privilegiar os mais ricos	25/01/2021	Negativa de seguimento, por não atendimento do requisito da subsidiariedade	Não. Prejudicado o pedido liminar
822	Ministro Marco Aurélio	Estado de coisas inconstitucional na condução de políticas públicas destinadas à realização dos direitos à vida e à saúde, considerada a pandemia da Covid-19.	08/04/2021	Foi julgada prejudicada. Em 03/08/2021, a liminar foi convertida em julgamento final por voto do relator. Houve pedido de vista. Em 27/03/2023, o processo foi extinto por perda de objeto.	Sim, com o reconhecimento do tratamento estrutural, mas não houve determinação para a elaboração de plano
866	Ministro Alexandre de Moraes	Estado de coisas inconstitucional na política pública de saúde brasileira, preexistente à pandemia da Covid-19 e que estava sendo por ela agravado	08/07/2021	Extinção do processo sem resolução do mérito por ausência de legitimidade ativa da Associação Nacional do Ministério Público de Contas - AMPCON, por ausência de relação direta com interesses típicos da classe profissional	Não. Prejudicado o pedido liminar

973	Ministra Rosa Weber, atualmente Ministro Luiz Fux	Estado de coisas inconstitucional fundado no racismo estrutural e racismo institucional	12/05/2022	Julgamento iniciado em 23/11/2023, foram ouvidas as sustentações orais e foi feita a leitura do relatório. Pendente de agendamento o início da votação	Não houve pedido liminar na inicial, bem como não foi reconhecido o estado de coisas inconstitucional
976	Ministro Alexandre de Moraes	Estado de coisas inconstitucional das pessoas em situação de rua	22/05/2022	Referendo da liminar concedida pelo plenário em 22/08/2023	Sim, com determinação da elaboração de plano
991	Ministro Edson Fachin	Falhas e omissões no que concerne à proteção e à garantia dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato	29/06/2022	Dilação de prazo para apresentação do plano. Medida cautelar já foi referendada em plenário.	Sim, com a determinação de elaboração de plano

Fonte: elaboração do autor.

Nessa seara, interessa investigar apenas os processos em que houve decisão que determinou a elaboração de plano para reestruturação de políticas públicas. No intuito de aferir se houve estabelecimento de medidas emergenciais em face da proteção do grupo vulnerável, e em caso afirmativo, como foi feito.

Nesse campo de análise, exclui-se a apreciação dos processos ADPF 682, ADPF 786, ADPF 866, ADPF 822, ADPF 973, por não cumprirem com os requisitos acima elencados.

Exclui-se ainda da apreciação o caso da ADPF 760, por se tratar de matéria ambiental, a especificidade do direito material perquirido não diz respeito a um grupo vulnerável específico. Tampouco o processo objetivo em questão indica um grupo ou mesmo subgrupos titulares do direito, mas sim faz a menção à sociedade como um todo. O risco do dano irreparável é ao meio ambiente, à saúde humana, à fauna e flora da Amazônia. Apesar de se poder pensar em um caráter especial a ser atribuído aos povos indígenas e às comunidades tradicionais, pela forma como conduzido o processo, esse não foi o foco dado pela Corte.

Procede-se com a análise dos casos: ADPF 347, ADPF 635, ADPF 709, ADPF 742, ADPF 976 e ADPF 991.

No âmbito desses processos, considerou-se o estudo dos acórdãos proferidos. Ademais, optou-se por examinar apenas as medidas específicas voltadas para a proteção do grupo vulnerável, em um âmbito de urgência ou de alívio para o grupo no curso do processo, excluindo-se desse modo a apreciação de medidas profiláticas que tivessem outras finalidades já elencadas em tópico anterior. Optou-se por analisar especificamente medidas emergenciais e, restringindo-se às medidas que garantissem o direito material de forma satisfativa em caráter antecipado. A seguir o quadro do que foi encontrado:

Tabela 3. ADPFs e as medidas emergenciais				
ADPFs	Problema estrutural	Remédio profilático/medida emergencial	Pedido constante da petição inicial	Data do acórdão
347	Superlotação do sistema carcerário	(i) realização de audiência de custódias, até 24 horas, depois do momento da prisão; (ii) fundamentação das decisões para não aplicação de medidas alternativas à prisão; (iii) determinação ao CNJ de realização de estudo para a criação de varas de execução penal proporcional ao número das varas criminais.	Não havia previsão expressa no pedido inicial de criação de varas de execução penal. Pedido de tutela provisória incidental foi negado.	04/10/2023
635	Letalidade da política de segurança pública do rio de janeiro e redução dos danos potenciais à população	(i) instalação de GPS e câmeras de áudio e vídeo nas fardas e viaturas; (ii) determinar que o emprego e a fiscalização da legalidade do uso da força sejam feitos à luz dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, com todos os desdobramentos daí derivados, em especial, em relação à excepcionalidade da realização de operações policiais, a serem avaliadas, quando do emprego concreto, pelas próprias forças, cabendo aos órgãos de controle e ao Judiciário, avaliar as justificativas apresentadas quando necessário; (iii) reconhecer haver prioridade absoluta nas investigações de incidentes que tenham como vítimas quer crianças, quer adolescentes (iv) determinar que, no caso de buscas domiciliares por parte das forças de segurança sejam observadas as seguintes diretrizes constitucionais, sob pena de responsabilidade: (a) a diligência, no caso de mandado judicial, deve ser realizada somente durante o dia; (b) a diligência, quando feita sem mandado judicial, pode ter por base denúncia anônima; (c) a diligência deve ser justificada e detalhada por meio da elaboração de auto circunstanciado, que deverá instruir eventual auto de prisão em flagrante ou de apreensão de adolescente por ato infracional e ser remetido ao juízo da audiência de custódia para viabilizar o controle judicial posterior; e (d) a diligência deve ser realizada nos estritos limites dos fins excepcionais a que se destinam; (v) a obrigatoriedade de disponibilização de ambulâncias em operações policiais previamente planejadas em que haja a possibilidade de confrontos armados, sem prejuízo da atuação dos agentes públicos e das operações; (vi) restrição da utilização de helicópteros apenas nos casos de estrita necessidade;	A maior parte dos pedidos constava da inicial, mas foi deferido pedido de tutela provisória incidental	03/02/2022

		(vii) preservação dos vestígios de crimes cometidos em operações policiais.		
709	Contenção da circulação de terceiros não indígenas em terras indígenas para evitar a disseminação da Covid-19 e assegurar o acesso a políticas públicas de saúde	(i) extensão dos serviços do Subsistema de Atenção à Saúde aos povos indígenas de terras não homologadas e (ii) criação de barreiras sanitárias em favor de povos indígenas isolados e de recente contato, a partir da elaboração de plano em 10 dias; (iii) suspensão imediata dos efeitos do Ofício Circular Nº 18/2021/CGMT/DPT/FUNAI e o parecer n. 00013/2021/COAF-CONS/PFEFUNAI/PGF/AGU; (iv) a implementação de atividade de proteção territorial nas terras indígenas pela FUNAI, independentemente de homologação; (v) determinação de adoção imediata de todas as medidas necessárias à proteção da vida, da saúde e da segurança da população indígena que habita as TIs Yanomami e Munduruku (determinações específicas que deverão ser observadas constaram da decisão, não transcritas em razão do espaço); (vi) extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados , exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral	A maior parte dos pedidos constava da inicial, mas foi deferido pedido de tutela provisória incidental com referência a fatos posteriores	05/08/2020
742	Assegurar a manutenção das moradias durante a crise	(i) suspender os “processos judiciais, notadamente ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse, anulatórias de processos administrativos de titulação, bem como os recursos	Sim	24/02/2021

	sanitária e condições mínimas para os povos quilombolas	vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais das comunidades quilombola” até o término da pandemia		
976	Assegurar às pessoas em situações de rua o acesso a políticas públicas	<p>(i) determinação aos poderes Municipais e distrital, que no âmbito de suas zeladoras urbanas e nos abrigos de suas responsabilidades: i.a) efetuem medidas de segurança pessoal e dos bens das pessoas em situação de rua dentro dos abrigos institucionais existentes; i.b) disponibilização de apoio das vigilâncias sanitárias para garantir abrigo aos animais de pessoas em situação de rua; i.c) proibição do recolhimento forçado dos bens e pertences, assim como a remoção e o transporte compulsório de pessoas em situação de rua; i.d) vedação do emprego de técnicas de arquitetura hostil contra as populações em situação de rua, bem como efetivem o levantamento das barreiras e equipamentos que dificultam o acesso a políticas e serviços públicos, assim como mecanismos para superá-las;</p> <p>(i.e) No âmbito das zeladorias urbanas: (a) Divulguem previamente o dia, o horário e o local das ações de zeladoria urbana nos seus respectivos sites, nos abrigos, e outros meios em atendimento ao princípio da transparência dos atos da administração pública permitindo assim que a pessoa em situação de rua recolha seus pertences e que haja a limpeza do espaço sem conflitos; (b) Prestem informações claras sobre a destinação de bens porventura apreendidos, o local de armazenamento dos itens e o procedimento de recuperação do bem; (c) Promovam a capacitação dos agentes com vistas ao tratamento digno da população em situação de rua, informando-os sobre as instâncias de responsabilização penal e administrativa; (d) Garantam a existência de bagageiros para as pessoas em situação de rua guardarem seus pertences; (e) Determinem a participação de agentes de serviço social e saúde em ações de grande porte; (f) Disponibilizem bebedouros, banheiros públicos e lavanderias sociais de fácil acesso para população em situação de rua; (g) Realizem de inspeção periódica dos centros de acolhimento para garantir, entre outros, sua salubridade e sua segurança; (i.f) Realização periódica de mutirões da cidadania para a regularização de documentação, inscrição em cadastros governamentais e inclusão em políticas públicas existentes; (i.g) Criação de um programa de enfrentamento e prevenção à violência que atinge a população em situação de rua; (i.h) Formulação de um protocolo intersetorial de atendimento na rede pública de saúde para a população em situação de rua; (i.i) Ampla disponibilização e divulgação de alertas meteorológicos, por parte das Defesas Civis de todos os entes federativos, para que se possam prever as ondas de frio com a máxima antecedência e prevenir os seus impactos na população em situação de rua; (i.j) Disponibilização imediata: (a)</p>		22/08/2023
			Sim	

		Pela defesa civil, de barracas para pessoas em situação de rua com estrutura mínima compatível com a dignidade da pessoa humana, nos locais nos quais não há número de vagas em número compatível com a necessidade; (b) A disponibilização de itens de higiene básica à população em situação de rua;		
991	Contenção de invasores em terras indígenas de povos isolados e de recente contato e sucateamento das entidades estatais responsáveis pela proteção desses povos	(i) determinação de que a União Federal adote todas as medidas necessárias para garantir a proteção integral dos territórios com presença de povos indígenas isolados e de recente contato, garantindo-se que as portarias de restrição de uso sejam renovadas antes do término de sua vigência até a conclusão definitiva do processo demarcatório ou até a publicação de estudo fundamentado que descarte a existência de indígenas isolados em determinada área; (ii) Determinar à União Federal, no prazo de até 60 dias, a emissão de Portarias de Restrição de Uso para as referências de povos indígenas isolados que se encontram fora ou parcialmente fora de terras indígenas, bem como planos de proteção das referidas áreas, sob pena de, em não se cumprindo o prazo, que o STF determine a Restrição de Uso por decisão judicial dessas áreas; (iii) Determinar à União e à FUNAI a manutenção da Portaria de Restrição de Uso nº 1.040, de 16 de outubro de 2015, do Grupo Indígena Tanaru, até o final julgamento de mérito da presente arguição.	Sim	08/08/2023

Fonte: elaboração do autor.

Do estudo de caso realizado, constatou-se que as principais razões apresentadas para que a Corte deferisse medidas específicas foram: (i) existência de dispositivo normativo que já previa a referida medida; (ii) entendimentos anteriores da Corte no sentido de autorizar a medida; (iii) existência de regulamento do CNJ quanto à medida; (iv) alegação do perigo na demora e da urgência da situação; (v) oitiva dos envolvidos quanto à importância das medidas; (vi) menção a estudos acadêmicos que revelam a eficiência da conduta; (vii) impossibilidade de cumprimento de outras decisões anteriores, caso a medida não fosse implementada; (viii) tentativa de esvaziamento de medida cautelar já proferida; (ix) proferimento de medidas cautelares pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como dispositivos normativos, fez-se referência aos seguintes:

Art. 5º, §3º, da Lei 9.882:

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

Art. 21, V, do RISTF:

V- determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, submetendo-as imediatamente ao Plenário ou à respectiva Turma para referendo, preferencialmente em ambiente virtual;

Para a compreensão do inciso anterior a que se refere o dispositivo:

IV- submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos de competência respectiva, medidas cautelares de natureza cível ou penal necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa;

Art. 10, §3º, da Lei 9.868/1999:

Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Como argumentos contrários mais recorrentes: (i) violação à separação dos poderes; (ii) ausência de capacidade técnica para aferir os resultados; (iii) inviabilização das atividades estatais; (iv) existência de previsão normativa específica, sendo desnecessária a atuação da Corte; (v) sobrecarga excessiva do sistema público; (vi) caráter genérico das informações apresentadas bem como inexistência de dados concretos; (vii) conflito de ações com o Poder Público que já promove ações emergenciais.

Tabela 4. Fundamentação para as medidas emergenciais	
ADPFs	Fundamentação
347	Previsão na legislação, recomendação do CNJ, entendimentos anteriores do Supremo
635	Urgência e possibilidade de aplicação do art. 5º, §3º, da Lei 9.882, previsão legal, oitiva dos grupos afetados em audiência pública, estudos acadêmicos
709	Verossimilhança do direito e perigo na demora, tentativa de esvaziamento de cautelar já deferida, proferimento de medidas cautelares pela CIDH, princípio da precaução e da prevenção que autorizam medidas específicas, caráter incontroverso de não adoção das medidas determinadas, urgência como excecionalidade no cenário crônico das violações de direitos, violação direta à Constituição caso a medida não fosse implementada, recomendação da ONU
742	Condição de extrema vulnerabilidade do grupo social, emergência sanitária, assegurar condições mínimas de saúde e higiene ao grupo, princípio da precaução
976	Existência de previsão normativa, flexibilização dos requisitos da probabilidade do direito e da urgência, mínimo existencial, orientação do CNMP, oitiva do grupo afetado em audiência pública, art. 10, §3º, da Lei 9.868/1999 e art. 21, V, do RISTF
991	Princípio da precaução e da prevenção

Fonte: elaboração do autor.

Inicialmente, um caso que gostaríamos de destacar é a ADPF 347. O julgamento pelo plenário da primeira medida cautelar ocorreu em 09/09/2015. Nessa ocasião, o plenário deferiu os seguintes pedidos cautelares: (i) determinação aos juízes e tribunais de realização, em até 90 dias, de audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade no prazo de 24 horas, contados do momento da prisão; e (ii) liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, com abstenção de novos contingenciamentos.

Em 04/10/2023, julgando o mérito, preocupando-se em delimitar melhor o conteúdo mínimo do direito, o Tribunal entendeu por fixar os objetivos: (i) o controle da superlotação dos presídios, a melhoria da qualidade e o aumento das vagas; (ii) o fomento às medidas alternativas à prisão e (iii) o aprimoramento dos controles de saída e progressão de regime. Determinou-se a elaboração de plano para o cumprimento desses objetivos, que deveria conter indicadores de monitoramento, avaliação e efetividade, bem como os recursos necessários e disponíveis para execução e os riscos positivos e negativos associados. Ademais, que caberia ao Tribunal a homologação dos planos apresentados, a serem apresentados no prazo de 6 meses.

A partir desse conteúdo, o Tribunal concluiu que como medidas específicas, mesmo antes da elaboração do plano: (i) fossem mantidas as audiências de custódias presenciais, no prazo de 24 horas, após a prisão; (ii) bem como que seria necessária fundamentação por partes dos juízes para a não aplicação de medidas cautelares e penas alternativas à prisão; (iii) fossem estabelecidas quando possível penas alternativas; (iv) realização de estudo pelo CNJ de regulação da criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo dos presos. Tudo isso com vistas à proteção do grupo vulnerável, com o intuito específico de lidar com o problema da superlotação, tal preocupação foi amplamente apontada pelos *amici curiae* e pelo próprio PSOL, partido que havia ajuizado a demanda – que alegou a urgência da adoção de medidas em benefício da segurança geral da sociedade.

A motivação adotada restringiu-se a: (i) entendimentos anteriores da Corte; (ii) previsão legal do dever de motivação; (iii) previsão normativa feita em tratados internacionais. Bem como justificou-se a utilização dos recursos do fundo, com base na alegação de que as políticas públicas anteriores teriam fracassado por ausência de recursos.

Os pedidos que de fato envolveriam a criação de normas por parte da Corte – diminuição dos requisitos temporais e abatimento do tempo de prisão pelas condições desumanas do sistema carcerário – não foram julgados procedentes, por entender-se, no que tange ao primeiro, pela existência de disciplina legal que não poderia ser flexibilizada e quanto ao segundo, a inexistência de previsão legal.

Várias sugestões de alívios profiláticos foram feitas pelo Ministro Luís Roberto Barroso, apenas para exemplificar: a organização de mutirões para exame dos processos de execução de pena, a fim de viabilizar saídas de presos já devidas, mas não efetivadas por má-gestão do

Estado; necessidade de compensação do tempo de prisão; programas de ensino à distância no presídio; e a criação de centrais de regulação de vagas⁴⁴⁷.

Entretanto, o ministro fez menção ao caráter não vinculante das medidas, que teriam sido fruto do debate público realizado, com os *amici curiae* e autor da ação, afirmando serem pontos para serem considerados no plano apresentado. Quando questionado pelo Ministro Alexandre de Moraes e pelo Ministro Luiz Fux⁴⁴⁸ disse se tratar de *obter dictum*. Posicionamento semelhante foi assumido pelo Ministro Edson Fachin que também fez referência a medidas de computação da pena, mas fez o destaque para a natureza *obter dicta*. No mesmo sentido, a ministra Cármen Lúcia que sugeriu a regularização de um sistema de denúncias, também com natureza *obter dictum*.

O Ministro Alexandre de Moraes indicou a necessidade de criação de mais varas de execução, alegando que isso precisava ser considerado para o plano e que por isso deveria entrar no dispositivo, tratando-se de determinação ao CNJ, o que foi acrescentado ao dispositivo.

Para a elaboração do plano, no dispositivo constou o seguinte enunciado: “12. estipular que os planos devem prever, entre outras, as medidas examinadas neste voto, observadas as diretrizes gerais dele constantes, sendo exequíveis aquelas que vierem a ser objeto de homologação final pelo STF em segunda etapa”.

Nesse âmbito, o comando do Tribunal quanto à necessidade de os planos observarem ou não as medidas citadas para que fossem homologados não ficou claro, restando ainda dúvidas do que ocorrerá se os planos não prestigiarem as medidas citadas, tendo em vista as afirmações quanto à não vinculação que foram proferidas pelo plenário.

Apesar de ter julgado procedentes esses pedidos iniciais, é possível ver também uma contenção do Tribunal no provimento de medidas emergenciais, não tendo admitido pedido de tutela provisória incidental que requeria novas determinações para preservar a vida dos presos durante a pandemia da Covid-19 proposta pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), entre as medidas: (i) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo novo coronavírus; (ii) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira

⁴⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347. Relatoria Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min, Luís Roberto Barroso. Julgamento em 04/10/2023. DJe 19/12/2023. P. 94.

⁴⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347. Relatoria Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min, Luís Roberto Barroso. Julgamento em 04/10/2023. DJe 19/12/2023. P. 256.

Infância; (iii) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; entre outras.

A justificativa apresentada pelo plenário foi da inexistência de legitimidade do terceiro interessado e a necessidade de que o pedido inicial fosse determinado e certo, ainda que aberta a causa de pedir no controle abstrato de constitucionalidade. O pedido de tutela provisória foi reapresentado pelo requerente e por alguns *amici curiae*, tendo tido novamente seu pedido negado por ampliação do objeto da demanda.

O que chama a atenção nesse caso foi que o Tribunal adotou uma postura mais cautelosa no que concerne a proferir medidas mais específicas. Acredita-se que, temendo as críticas que viria a receber por uma atuação mais forte – preocupação constante em todos os votos –, a Corte se ateu aos pedidos iniciais, bem como mesmo instada a decidir em situações de urgência – como diante da pandemia da Covid-19 e o estado de calamidade dos presídios – adotou postura mais passiva. O Ministro Gilmar Mendes inclusive demonstrou a preocupação de que não fosse proferida medida judicial específica e fechada, com excesso de detalhes, porque isso violaria a separação de poderes.

Nesse âmbito, desde o ajuizamento da ação até a decisão que reconheceu o estado de coisas inconstitucional, passaram-se oito anos, não tendo sido apresentada versão definitiva do plano. Em 06/08/2024, foi proferida decisão que ampliou o prazo para a apresentação do plano Pena Justa por mais 30 dias. Na decisão, há menção a uma boa estruturação do plano apresentado em sua versão preliminar em julho de 2024. Bem como há referência à realização de audiências públicas, técnicas de diálogos institucionais.

Apesar do reconhecimento em decisão monocrática do êxito da União em elaborar o plano, ocasião em que se acolheu o pleito de dilação do prazo, um questionamento que surge é se o Supremo não poderia durante todo esse período ter empreendido maiores esforços em participar de um diálogo com a comunidade afetada. Não houve audiência pública nesse caso, o que poderia ter dado maior segurança ao Tribunal para proferir medidas para aliviar o sofrimento do grupo vulnerável no curso do processo.

Como se pôde perceber dos dados trazidos nas sustentações orais do julgamento virtual da medida cautelar, os dados do sistema prisional pioraram com o passar do tempo, apesar de ter sido reconhecido o sucesso das duas medidas emergenciais deferidas ainda pelo então relator Ministro Marco Aurélio. É dizer, anos depois poderia ter a Corte fixado mais medidas se tivesse maior segurança de dados e informações apresentadas ao STF. Pela deliberação constante do acórdão, percebe-se que os ministros não apresentavam segurança do que se passava no cenário

fático e que as sugestões de medidas feitas foram mais relacionadas às suas experiências pessoais com processos de temática semelhante. Isso pode ter limitado de modo demasiado a atuação da Corte na fixação de medidas mais específicas.

O ponto não é dizer como deveria o Tribunal resolver tema tão complexo, mas sim suscitar que a ausência de um diálogo maior na fase anterior ao reconhecimento do tratamento estrutural e da determinação da elaboração do plano, pode ter prejudicado uma atuação mais efetiva do Tribunal na proteção de direitos fundamentais durante esses oito anos. Apesar disso, reconhece-se a utilização de medidas profiláticas, nesse caso, sobretudo, a realização de audiências de custódia, a necessidade de maior fundamentação das decisões para afastar penas alternativas, bem como a determinação ao CNJ da realização de estudo e criação de varas de execução penal.

Apesar de mais restritiva a atuação da Corte, é unânime entre os que realizaram sustentação a menção à importância das medidas proferidas.

Exemplificativo da questão aqui posta foram as medidas deferidas no caso da ADPF 635. Em primeiro, chama atenção a postura do Ministro Edson Fachin de não decidir monocraticamente sobre os pedidos iniciais, submetendo o julgamento ao plenário virtual. Com pendência de pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, o Ministro Fachin monocraticamente veio a deferir tutela provisória incidental, ante a urgência da demanda.

Em face do aumento de mortes caudadas pela polícia do estado do Rio de Janeiro e do número de operações policiais (aumento de 43%), durante a pandemia da Covid-19, foi feito pedido de tutela provisória incidental do PSB, alegando fato novo e posterior ao ajuizamento da ação, pedido que foi deferido pelo ministro relator. Na ocasião se deferiu: (i) não realização de operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

Para o deferimento das medidas, o ministro relator teria verificado a urgência em face do relato trazido à Corte quanto à chacina ocorrida no Complexo do Alemão, que resultou em 13 mortes, bem como episódio de morte de adolescente de 14 anos vítima de tiro de fuzil.

Posteriormente à decisão monocrática, aos autos foi juntado estudo “Operações Policiais e Violência Letal no Rio de Janeiro: os impactos da ADPF 635 na defesa da vida”, citado no

voto do relator, que indica redução das mortes causadas em 34% em razão da decisão cautelar, “estimando-se que tenha sido responsável pela evitação de ao menos 288 vidas em 2020”⁴⁴⁹, descrevendo a medida como a mais importante dos últimos 14 anos do Estado do Rio de Janeiro.

Tal decisão monocrática foi referendada, ao que se seguiu o término do julgamento da análise da primeira decisão cautelar, após o pedido de vista do Ministro Alexandre. Nessa ocasião, foram indeferidos várias das medidas específicas apontadas na inicial, a exemplo da elaboração do plano, da obrigatoriedade das ambulâncias, entre outros. Tendo o Tribunal acolhido outras poucas medidas específicas como a restrição do uso de helicópteros nas operações policiais e a observância de algumas diretrizes para a realização de operações policiais em perímetros próximos a escolas, creches, hospitais, como elaboração de protocolos específicos e a excepcionalidade das medidas.

Mesmo tendo inicialmente indeferido vários dos pedidos, esse entendimento foi revisitado em julgamento de embargos de declaração opostos, no qual a Corte entendeu por rever seu entendimento anterior e deferir várias medidas emergenciais, o que foi registrado na tabela acima descrita.

É muito clara a relação entre a mudança de postura e a audiência pública realizada após o referendo da medida cautelar da tutela provisória incidental, na qual foram ouvidos os afetados. O voto do relator Ministro Edson Fachin no julgamento dos embargos de declaração opostos traz trecho quanto ao depoimento prestado por Paulo Henrique de Oliveira, do Movimento Parem de nos Matar. Nessa ocasião, foram justificadas as medidas específicas que foram suscitadas na inicial – a exemplo do pedido de proibição de helicópteros, da especificidade dos mandados de busca e apreensão, da presença obrigatória das ambulâncias – de modo que o Tribunal em face das informações apresentadas pode analisar de forma mais efetiva as demandas postas pelo grupo vulnerável. Isso possibilitou que mais medidas emergenciais fossem determinadas antes da elaboração do plano pelo ente estatal, ainda que nem todos os pedidos tenham sido deferidos.

A análise desse caso demonstra uma posição mais aberta da Corte às demandas pelo grupo vulnerável, não somente com foco nos efeitos prospectivos do plano a ser apresentado, mas também de tentar atender demandas mais urgentes ainda no curso do processo. O amplo

⁴⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 635. Acórdão. Relatoria do Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgamento em 18/08/2020. DJe 02/06/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=5816502>, Acesso em 18 de julho de 2024. P. 46.

diálogo realizado com a comunidade legitimou uma atuação mais incisiva da Corte, para a proteção de direitos fundamentais.

Elucidativo dessa preocupação é o seguinte trecho do voto do Ministro Edson Fachin: “é preciso que o Tribunal se mantenha atento às alterações das circunstâncias fáticas, assim como às dificuldades de cumprimento das ordens que foram inicialmente proferidas, a fim de ajustar o alcance de suas decisões ao objetivo da ação”⁴⁵⁰.

E ainda destacou o relator quanto à importância dos embargos de declaração para a garantia da comunicação constante com o Tribunal: “Em ações estruturais, os embargos de declaração servem para adequar a ordem do Tribunal às mudanças da realidade fática causada pela decisão ou ocorridas a partir dela”⁴⁵¹.

Nesse ponto, cabe destacar ainda passagem do voto acerca do perigo da demora que justificaria o proferimento das medidas:

A dificuldade de implementação da medida incidental, tal como manifestada pelo Estado do Rio de Janeiro, empresta plausibilidade à alegação de perigo na demora trazida pela Parte requerente e bem indicada pelo voto da divergência. Isso porque a elaboração de um plano para a redução da letalidade policial é o próprio marco estatal de legalidade do desenvolvimento de ações que envolvam o emprego da força letal. A ausência de um plano impõe até mesmo dificuldades práticas para o provimento de medida urgentes externadas por esta Corte. A urgência, portanto, recomenda não apenas a determinação de uma ordem específica e imediata, como também a determinação de medidas cautelares incidentais, a fim de garantir e preservar os direitos das pessoas⁴⁵².

E também sobre o fundamento normativo que autorizaria considerou-se:

Como disciplina a Lei 9.882, de 1999, o Supremo Tribunal Federal poderá, nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, adotar outras medidas cautelares que se façam necessárias e que tenham pertinência com o objeto da ação (art. 5º, § 3º, da Lei 9.882). O preceito deve ser aplicado nesta arguição a fim de acolher, cautelarmente, os pedidos constantes dos itens “d” (determinar que as buscas domiciliares obedecem as diretrizes constitucionais), “e” (determinar a presença obrigatória de ambulâncias e de equipes de saúde em operações policiais), e “j” (determinação de instalação de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas e nas fardas dos policiais).

⁴⁵⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 635. Acórdão. Relatoria do Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgamento em 18/08/2020. DJe 02/06/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=5816502>, Acesso em 18 de julho de 2024. P. 46.

⁴⁵¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 635. Acórdão. Relatoria do Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgamento em 18/08/2020. DJe 02/06/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=5816502>, Acesso em 18 de julho de 2024. P. 57.

⁴⁵² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 635. Acórdão. Relatoria do Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgamento em 18/08/2020. DJe 02/06/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=5816502>, Acesso em 18 de julho de 2024. P. 63.

Nesse âmbito, algumas medidas específicas – a exemplo da obrigatoriedade do uso de câmaras – foram deferidas para que se pudesse dar cumprimento à ordem do Tribunal. Significa dizer que ante o risco da inefetividade da determinação da realização de perícias nos locais em que ocorreram as mortes, o Tribunal viu-se obrigado a deferir o uso obrigatório de câmaras, o que reflete uma preocupação da Corte em dar soluções que fossem aderentes à realidade, de alguma forma concretizáveis.

Nesse caso, as preocupações quanto a decisões rígidas por parte da Corte foram externadas principalmente pelo Ministro André Mendonça e pelo Ministro Alexandre de Moraes, sobretudo se utilizando do argumento da violação à separação dos poderes, ainda quando a medida específica tinha base legal autorizando, como a determinação de instalação de equipamentos de GPS e câmaras. Sobre isso foi colocada questão de fato pelo advogado Daniel Sarmento que esclareceu a necessidade de que a medida constasse do dispositivo:

Outra matéria de fato, muito rapidamente, é que Sua Excelência disse que o Estado do Rio de Janeiro já teria adquirido as câmaras corporais, o que tornaria desnecessária a atuação do SUPREMO. O Estado do Rio ainda não adquiriu e já publicamente disse que vai priorizar, no uso dessas câmaras corporais, o policiamento da orla, inclusive mencionou a praia de Copacabana. Sua Excelência o governador do Estado, inclusive, disse explicitamente que não usaria, pelo menos nesse momento inicial, essas câmaras corporais nas operações em favela⁴⁵³.

A colocação feita demonstra o papel do Supremo Tribunal Federal não só em oferecer soluções aos problemas enfrentados, mas em reforçar a obrigatoriedade de soluções já existentes, atuando o Tribunal para tirar da inércia os entes estatais, ao deslegitimar o *status quo*.

No caso da ADPF 709, destaca-se a justificativa de “evidente urgência” da situação, a partir da análise dos fatos narrados na inicial. Nesse âmbito, o deferimento das medidas específicas perpassou o entendimento de que a inexistência de barreiras sanitárias não foi um fato rebatido pelo ente estatal, bem como a exclusão dos povos indígenas aldeados, cujas terras ainda estavam em processo de homologação. O caráter incontroverso justificaria a determinação de medidas específicas, dada a emergência sanitária.

Para os povos em isolamento ou de contato recente, entendeu-se ser necessária a determinação da criação de barreiras sanitárias. Ainda que se trate de medida emergencial, vale a ressalva de que se determinou a sua implementação, por meio de plano a ser apresentado pela

⁴⁵³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 635. Acórdão. Relatoria do Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgamento em 18/08/2020. DJe 02/06/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=5816502>, Acesso em 18 de julho de 2024. P. 383

União, em razão de argumento da incapacidade institucional da União em ditar como isso deveria ser feito.

Para os povos indígenas em geral, entendeu-se que não seria possível determinar em sede cautelar e monocraticamente a retirada dos invasores, dado que não guardava contexto específico associado à pandemia da Covid-19. Foi considerado inclusive o fator de agravamento dos conflitos e de contaminação com a entrada de forças policiais nas terras indígenas (*periculum in mora* inverso). Nesse âmbito, considerou-se a necessidade de uma implementação progressiva, estabelecendo-se o dever de elaboração de plano para a desintrusão. E que no plano do enfrentamento à Covid-19, constasse medida emergencial para contenção e isolamento dos invasores. O relator Ministro Roberto Barroso demonstrou preocupação de que a questão não poderia ser resolvida apenas com “caneta e tinta”.

No âmbito dessa primeira cautelar referendada merece destaque o fracionamento feito pelo Ministro Roberto Barroso em relação aos subgrupos dos povos indígenas que eram afetados de modo distintos pela política de saúde e pelas omissões do Poder Público. Revelou-se com isso uma preocupação do Tribunal para com os anseios específicos de cada um deles.

Vale pontuar que ao analisar outros pedidos de tutela incidental, o Tribunal entendeu por não conhecer de pedidos realizados por *amici curiae*, por ausência de legitimidade. Concomitantemente à tramitação sigilosa do plano, a Corte pareceu continuar aberta às necessidades relatadas pelo grupo vulnerável, ao deferir o pedido de tutela incidental provisória, entendendo configurado o perigo de dano e a verossimilhança das alegações.

Para isso, compreendeu demonstrados os indícios de ameaça à vida e à saúde, por nota técnica apresentada pelo Grupo de Trabalho em Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva. Baseou-se a decisão nos princípios constitucionais da prevenção e da precaução, que seriam suficientes para autorizar medidas concretas para a proteção de tais povos. O risco também se justificaria pela resistência apresentada pela União. Quanto ao perigo da demora houve menção ao seu caráter evidente, pois qualquer tempo transcorrido poderia ser fatal. Abaixo o trecho com a determinação das medidas específicas para a intervenção:

Quanto à sistemática da intervenção da União em tais terras determino, ainda, que: (i) está vedada à União a atribuição de qualquer publicidade às suas ações, devendo abster-se de divulgar datas e outros elementos, que, ainda que genéricos, possam comprometer o sigilo da operação, de modo a assegurar sua efetividade; (ii) eventuais providências que demandem a atuação deste Juízo quanto a tais ações deverão ser processadas nos autos sigilosos em que tramita o Plano Sete Terras Indígenas; (iii) a União deverá entrar em contato com o representante da PGR, conforme orientado nos aludidos autos, para acompanhamento da operação, assegurada a cadeia de custódia da informação; (iv) a União deverá apresentar relatório sobre a situação das aludidas TIs e sobre a operação realizada, tal como ali determinado; (v) de forma a evitar a reiteração do ilícito, está desde logo autorizado pelo Juízo que as medidas de

intervenção sejam acompanhadas da destruição ou inutilização dos produtos, subprodutos e instrumentos da infração, inclusive dos equipamentos nela utilizados, pelos fiscais ambientais, no local do flagrante, sem necessidade de autorização de autoridade administrativa hierarquicamente superior, providência cautelar amparada pelos arts. 25 e 72, V, da Lei nº 9.605/1998 e pelos arts. 101, I, e 111 do Decreto nº 6.514/2008. Nesse sentido, a Polícia Federal deverá dar ciência desta decisão aos servidores que participarem da operação para que destruam os equipamentos⁴⁵⁴.

Também se destaca o acórdão referente à segunda medida cautelar proferida, que entendeu ser possível, ante clara não cooperação por parte da FUNAI, ao tentar esvaziar o conteúdo de liminares anteriores, impor medida de garantia da proteção de povos indígenas de terras não homologadas, bem como sustar ato normativo. Isso, sobretudo, porque a FUNAI queria se eximir da obrigação reconhecida pela Corte em decisões anteriores, alegando que teria um dever apenas em proteger terras homologadas.

Já na ADPF 742, o que pode ser destacado referente ao deferimento do pedido de suspensão dos processos de reintegração de posse é a fundamentação apresentada de que as ordens executivas desses processos comprometeriam as medidas de saúde, higiene e isolamento social. Nesse âmbito, por a comunidade quilombola ser grupo de extrema vulnerabilidade, o reconhecimento da condição demandaria medidas proporcionais como a suspensão dos processos no momento de emergência sanitária.

Aqui também foi invocado o princípio da precaução. Segundo tal princípio a prevenção se justifica em situação em que há certeza do dano ambiental, mas também em “caso de dúvida ou de incerteza”, “se deve agir prevenindo”⁴⁵⁵. Novamente, o Ministro Edson Fachin invocou a fundamentação normativa do art. 5º, §3º, da Lei n. 9.882/99, com a complementação de ser possível a adoção de medida estruturante também pela aplicação do art. 10, da mesma lei.

Outro ponto levantado seria que o isolamento social necessário à comunidade quilombola comprometeria o seu exercício do contraditório nesses processos, razão que justificaria ante o risco sanitário exacerbado a suspensão dos processos.

Na ADPF 976, destaca-se a menção a dispositivos normativos diversos que autorizariam a medida cautelar monocrática: (i) art. 21, V, do RISTF; e (ii) art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999.

Para a fundamentação dos requisitos, considerou o Ministro relator Alexandre de Moraes: “A análise dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para sua

⁴⁵⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 709. Acórdão. Referendo da tutela provisória incidental. Relatoria do Min. Luís Roberto Barros. Tribunal Pleno. Julgamento em 05/08/2020. DJe 07/10/2020. Disponível em: <
<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5952986>>. Acesso em: 18 de julho de 2024. P. 20.

⁴⁵⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 103.

concessão, admite maior discricionariedade por parte do Supremo Tribunal Federal, com a realização de verdadeiro juízo de conveniência política da suspensão da eficácia”⁴⁵⁶. Complementando ser permitido uma maior subjetividade na análise da relevância do tema, como em juízo de conveniência, conforme a gravidade da discussão. Ainda sobre a tutela provisória estrutural acrescentou:

A tutela provisória estrutural, embora precária, não se mostra incompatível com a dimensão das medidas pleiteadas, que almejam, em certa medida, operar uma reestruturação institucional diante de um quadro grave e urgente de desrespeito a Direitos Humanos Fundamentais, conforme já decidido por esta SUPREMA CORTE ao acolher medidas cautelares de igual natureza em outras oportunidades: ADPF 347-MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 19/2/2016; ADPF 709-MC-Ref, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 7/10/2020; ADPF 756-TPI-Ref, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 30/3/2021; ADPF 635-MC, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe de 2/6/2022⁴⁵⁷.

Nesse âmbito, concluiu o relator: “encontram-se presentes, ao menos em sede de cognição sumária, fundada em mero juízo de probabilidade, os necessários *fumus boni juris* e *periculum in mora*”⁴⁵⁸.

Determinou primeiro a obrigatoriedade de adesão dos entes subnacionais ao Decreto Federal 7.053/2009, que instituía política nacional para a população em situação de rua e segundo o qual se compreendia que a implementação da política dependeria de adesão formal.

Em face da necessidade de garantir o mínimo existencial ao grupo vulnerável, entendeu o ministro ser necessária a determinação de medidas paliativas, utilizando-se para isso como precedente da Corte o caso da ADPF 635. Foram descritas medidas emergenciais que deveriam ser observadas imediatamente, com uma ampla lista de especificações voltadas à garantia do mínimo. Entretanto, não houve descrição específica da motivação que levaria à aplicação daquelas medidas e não de outras. Do conjunto de solicitações feitas na inicial, observa-se que algumas não foram acolhidas pelo ministro, mesmo sem maior fundamentação quanto à razão para a escolha feita.

⁴⁵⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 976. Relatoria do Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgamento em 22/08/2023. DJe 21/09/2023. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770954718&prcID=6410647#>>. Acesso em: 18 de julho de 2024. P. 25.

⁴⁵⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 976. Relatoria do Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgamento em 22/08/2023. DJe 21/09/2023. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770954718&prcID=6410647#>>. Acesso em: 18 de julho de 2024. P. 26.

⁴⁵⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 976. Relatoria do Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgamento em 22/08/2023. DJe 21/09/2023. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770954718&prcID=6410647#>>. Acesso em: 18 de julho de 2024. P. 26.

Diferente dos outros casos em que as medidas foram sistematicamente enfrentadas por todos os ministros, ensejando ampla deliberação do que cabia à Corte ou não fazer, no caso da ADPF 976, houve apenas o voto-vogal do Ministro André Mendonça, no qual externou preocupação quanto ao caráter imediato das medidas e sua especificação. A seguir o que consignou o ministro:

6. Em consonância com a apontada diretriz, verifico que a par das determinações contidas no item (II) da parte dispositiva da decisão monocrática de Sua Excelência, os comandos consubstanciados nos itens (I) e (III) do dispositivo ora analisado impuseram ao “poder executivo federal” e aos “poderes executivos municipais e distrital” a elaboração de um “plano de ação e monitoramento para a efetiva implementação da política nacional para a população em situação de rua” e a “realização de diagnóstico pormenorizado da situação nos respectivos territórios”, respectivamente. Ou seja, são medidas que tem o objetivo de impingir o poder público competente a buscar soluções para o problema apresentado, sem pré-indicar no que consistiriam tais soluções, deixando assim substancial margem de deliberação ao gestor responsável pela elaboração e execução da política pública.

7. Já que no concerne às determinações elencadas no item (II), tem-se, aí sim, a imposição de uma série de providências, de natureza concreta, a serem tomadas pelos poderes públicos das três esferas de governo, no âmbito das suas respectivas zeladorias urbanas e dos abrigos de suas responsabilidades, com a inquestionável intenção de assegurar, desde logo, que a prestação de tutela estatal em prol da população em situação de rua esteja balizada em standards mínimos de concretização.

8. Especificamente em relação ao ponto, comungando da fundamental importância e senso de urgência na resolução desse complicadíssimo problema — compreendo igualmente restar indene de dúvidas a necessidade de que sejam adotadas, de forma imediata, inclusive independente de qualquer determinação judicial cogente, algumas das medidas ali apontadas — não posso deixar de registrar ressalva em razão da compreensão que tenho quanto à real eficácia de soluções homogeneizantes, impostas a todos os entes da Federação – União, 27 Estados/Distrito Federal e 5.568 Municípios –, os quais possuem realidades (e capacidades de atendimento) assaz distintas. Na linha do que já anteriormente mencionado, em razão das particularidades conformadoras dos múltiplos contextos, uma mesma medida pode ser eficaz numa situação e absolutamente inadequada em outra conjuntura.

9. Nada obstante, tais aspectos, considerando o estágio atual em que se encontra o feito, a natureza da cognição inerente às medidas cautelares, a concordância em relação à parcela substancial do teor da decisão e a possibilidade de melhor exame da controvérsia em momento processual mais oportuno, acompanho o eminente Ministro Relator, para referendar a medida cautelar, com as ressalvas acima explicitadas.

Chama atenção que o relator destacou a inexistência de dados quanto à população em situação de rua, bem como optou por utilizar um censo realizado no município de São Paulo, para diagnosticar um problema nacional. Apesar de ter sido realizada audiência pública, na qual foi possível a oitiva de representantes do grupo vulnerável – Movimento Nacional da População de Rua e Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua –, surge um questionamento quanto à sua efetividade no diagnóstico de um problema nacional de tão ampla dimensão, considerando que teve duração de apenas dois dias. Seria o diálogo existente suficiente para fazer um diagnóstico tão específico de medidas quanto o que foi adotado?

A crítica que se coloca concerne à exequibilidade daquilo que foi determinado. Como acima explicitado, é inegável a importância de medidas que assegurem de algum modo o mínimo existencial do grupo no curso do processo. Mas de que adianta a previsão específica pela Corte se não for assegurado um mínimo de retenção jurisdicional por parte do Tribunal para verificar a sua aplicabilidade? Aí reside o desafio da palavra x realidade. Não houve menção à necessidade de homologação do plano pela Corte, ou de mecanismos que assegurassem um acompanhamento atento do caso, como foi feito nas ADPFs anteriores.

Nesse âmbito, surge o questionamento se o Tribunal não teria sido muito ambicioso, fazendo promessas ao grupo vulnerável sem a garantia de que poderia fornecer uma supervisão adequada. É o único processo aqui analisado que não está sendo acompanhado pelo NUPEC, restando muitas dúvidas quanto ao comprometimento do Supremo em efetivar aquilo que foi determinado. A ausência de previsão quanto ao monitoramento dos planos adotados indica que o Supremo não se preocupou tanto com os efeitos reais da decisão.

No caso da ADPF 991, apesar de haver menção à demonstração da verossimilhança do direito alegado e do perigo da demora, da verificação da fundamentação apresentada para o proferimento dos pedidos cautelares, observa-se que o fundamento de fato utilizado foi o princípio da precaução e prevenção para o proferimento de medidas específicas. O voto-vogal do Ministro André Mendonça inclusive faz menção à necessidade de exame menos rigoroso do *periculum in mora*, o que poderia indicar uma preocupação não tão grande por parte da Corte em fundamentar o aspecto do perigo em face do caso concreto.

Diante da análise realizada, apresentam-se algumas considerações quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal.

IV.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTUDO DE CASO REALIZADO

O estudo de caso abordou a determinação de medidas emergenciais pelo Supremo Tribunal Federal para a proteção dos grupos vulneráveis. Com o intuito de compreender a fundamentação adotada pelo Tribunal para a sua determinação, bem como a motivação para a escolha das medidas.

Do estudo de caso realizado, elencam-se as seguintes conclusões: (i) a menção à necessidade de implementação de diálogo com o Poder Público foi constante nos acórdãos; (ii) reconheceu-se a importância do papel contramajoritário do Tribunal na defesa de grupos vulneráveis; (iii) há uma preocupação dos ministros em relação ao não proferimento de decisões rígidas; (iv) em todos os casos considerados houve a determinação de ao menos uma medida

para tentar aliviar o problema vivenciado pelo grupo vulnerável e que teria caráter imediato. Nesse sentido, conclui-se pela abertura do Tribunal a essas medidas.

Quanto à determinação e escolha das medidas, o estudo de caso teve por foco a fundamentação. *Prima facie*, os requisitos que autorizam a tutela de urgência no processo tradicional, bipolar, o perigo de dano ou de demora e a probabilidade do direito parecem ser insuficientes para orientar as situações que se colocam nos litígios estruturais. Isso porque o perigo da demora parece, ser na maior parte dos casos, evidente em processos estruturais, que buscam no âmbito do Supremo Tribunal Federal: a proteção de direitos fundamentais, com base no mínimo existencial.

Tampouco o requisito oferecido pela Lei nº 9882/1999, que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental, estabelece parâmetros claros para parametrizar uma situação de urgência em um processo estrutural. O referido diploma normativo prevê em seu art. 5º, *caput*, que o STF, por decisão de maioria absoluta de seus membros poderá deferir pedido de medida liminar. E em seu artigo 5º, §1º, que o relator, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, poderá conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

Trata-se, em uma primeira análise, de conceitos que não orientam o magistrado quanto ao que deve ser considerado como urgente dentro desses processos, e, portanto, do que ele poderia determinar como ação imediata a ser cumprida pelo Poder Público.

A partir do estudo, observou-se que nos casos em que a urgência foi alegada, verificou-se de fato que não houve uma preocupação da Corte, em demonstrar como a situação seria excepcional, em face da violação sistemática de direitos fundamentais. Com exceção da ADPF 709, em que fica expressa essa preocupação.

Ademais, constatou-se que para além da urgência (requisito da medida liminar pela lei Lei nº 9.882), foram apresentadas diversas outras razões que autorizariam o deferimento das medidas em tutela provisória: (i) existência de dispositivo normativo que já previa a referida medida; (ii) entendimentos anteriores da Corte no sentido de autorizar a medida; (iii) existência de regulamento do CNJ quanto à medida; (iv) oitiva dos envolvidos quanto à importância das medidas; (v) menção a estudos acadêmicos que revelam a eficiência da conduta; (vi) impossibilidade de cumprimento de outras decisões anteriores, caso a medida não fosse implementada; (vii) tentativa de esvaziamento de medida cautelar já proferida; (viii) proferimento de medidas cautelares pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Desse modo, foi possível observar certa dispensa do requisito da urgência para o proferimento de algumas determinações, conclusão que também foi feita por Renan Meira, ao realizar estudo de caso sobre processos estruturais no Supremo Tribunal Federal⁴⁵⁹.

Em processos estruturais, nos quais o diálogo se torna necessário para o procedimento, a determinação dos meios de cumprimento específicos ao Poder Público merece especial cautela, buscando evitar decisões rígidas, mas também e sobretudo decisões aleatórias. Daí recai a importância da fundamentação. Como visto, o processo estrutural democrático pauta-se por uma busca de legitimidade a partir da justificação das decisões, em face dos interessados⁴⁶⁰.

Nos casos analisados, houve a preocupação em se congregarem à fundamentação elementos normativos.

Ademais, na maioria dos acórdãos, foi possível depreender deliberação entre os ministros acerca das medidas a serem implementadas. O ônus argumentativo reduziu a aleatoriedade das medidas escolhidas, fazendo-se a ressalva quanto à ADPF 976, que apresentou margem bem menor de deliberação.

Quanto ao modo como se decidiu pela implementação das medidas, apesar do reconhecimento da necessidade de uma condução dialógica de processos estruturais e da menção ao papel que caberia ao Tribunal nesses processos, pouca referência foi feita à necessidade de diálogo com os grupos vulneráveis para o proferimento das medidas específicas.

Algumas experiências como a realização de audiências públicas, no caso da ADPF 635 e no da ADPF 976, podem ser destacadas. Bem como o deferimento de tutela provisória incidental no caso da ADPF 709. Tais eventos apontariam para uma abertura do Tribunal, que pode potencialmente melhorar muito o modo como a Corte exerce a proteção de direitos fundamentais, mesmo que ainda o exerça, neste momento, de modo precário.

Dentro desse quadro, se no momento da implementação das medidas emergenciais, deve o Supremo determinar formas específicas do cumprimento da obrigação, retirando em algum grau a discricionariedade do administrador, como garantir que ele faça isso da melhor forma, menos propensa a erros? Como evitar decisões aleatórias?

Em face do estudo realizado, é possível sugerir que a maior fundamentação das decisões e o diálogo com os grupos vulneráveis contribuem para a atenuação de decisões aleatórias.

⁴⁵⁹ MEIRA, Renan Sales de. **A construção de capacidades estatais por intermédio da jurisdição constitucional: processos estruturais no Supremo Tribunal Federal**. 2024. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2024.

⁴⁶⁰ CASIMIRO, M. **Processo estrutural democrático...**, *passim*.

Quanto ao primeiro ponto, aponta Sérgio Arenhart, ao tratar dos limites da decisão judicial em relação ao princípio da demanda e sua flexibilização em processos estruturais, que o limite é fixado pela justificação da decisão, “pois é aqui que se verifica que o Poder estatal foi atuado de maneira razoável, proporcional e legítima”⁴⁶¹.

Acredita-se que esse mesmo limite deve orientar a determinação de medidas específicas dentro de processos estruturais, sobretudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal. De modo que o remédio empregado não venha a extrapolar os limites do ilícito (situação de urgência) a ser combatida, sob pena de o juiz se tornar o próprio gestor da política pública⁴⁶².

Quanto aos limites da atuação do Supremo Tribunal Federal, na aplicação de técnicas executivas estruturantes, adverte Luiz Guilherme Marinoni: “a jurisdição não pode ir além do mínimo constitucional exigido, na medida em que o seu espaço de atuação está muito aquém do pertencente ao Legislativo”. Apesar de o autor fazer referência específica aos casos em que o direito fundamental não foi tutelado previamente por lei, parece-nos que essa concepção, na visão do autor, deveria orientar a atuação da Corte também nas diversas situações de aplicação da referida técnica processual. Pois complementa que a “supressão de prestação administrativa está circunscrita à regra da necessidade”, devendo-se considerar sempre o meio menos lesivo a outros direitos fundamentais na tutela do direito⁴⁶³.

Nesse âmbito, também no deferimento de medidas emergenciais, cabe ao Supremo Tribunal Federal um exercício de cautela, que se dê com base na necessidade real apresentada pelo caso concreto.

Quanto a isso, o maior problema tende a ser a falta de informação de que dispõe o Tribunal para tomar essas medidas. Nesse sentido, Edilson Vitorelli afirma que o principal defeito dessas decisões parece ser a falta de fundamentos fáticos, para proferi-las⁴⁶⁴.

Em tais casos, o juiz tende a laborar por “um raciocínio tipicamente legislativo, que responde às circunstâncias fáticas” para “verificar quanto de dignidade é possível de se realizar, com as condições materiais que estão disponíveis”⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ ARENHART, S. **Decisões estruturais...**, p. 396.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 394.

⁴⁶³ MARINONI, L. **Processo Constitucional...**, p. 1276.

⁴⁶⁴ VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. 3 ed. ver. E amp. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 577.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 574.

Preocupação semelhante foi externada por Rosalin Dixon. Para a autora, a falta de informações por parte da Corte deveria levar a uma atuação mais limitada na determinação dos meios de cumprimento aos administradores⁴⁶⁶.

Pelo estudo de caso realizado, foi possível aferir que a consulta aos povos vulneráveis habilita a Corte com ferramentas para conhecer a realidade desses grupos, ao fornecer informações sobre quais medidas são de fato urgentes naquele conflito. Elucidativo quanto a isso, é trecho do voto do Ministro Roberto Barroso na ADPF 709:

Não há dúvida de que existem múltiplas ações em curso. Entretanto, tais ações precisam ser coordenadas e precisam ser complementadas por medidas que não estão em curso. A criação sistemática de barreiras de proteção aos povos em isolamento e de contato recente não está em curso. A assistência à saúde dos inúmeros povos indígenas localizados nas muitas terras indígenas ainda pendentes de homologação não está em curso, o que os coloca sob risco de perecimento. Esses pontos só estão sendo percebidos porque os indígenas puderam se manifestar. **Está claro, portanto, que tais povos, desde seu ponto de vista, são capazes de identificar providências e medidas, que, se ausentes, podem constituir um obstáculo para a efetividade das ações de saúde já pensadas pela União. Não basta que as ações sejam rápidas. É preciso que sejam eficazes. Portanto, deve-se buscar maior celeridade, mas a participação indígena é indispensável**⁴⁶⁷(grifos nossos).

Nesse âmbito, a determinação de medidas emergenciais além de compatível como visto com uma condução dialógica, pode ser aperfeiçoada por práticas dialógicas desenvolvidas especificamente com os grupos vulneráveis.

O diálogo e a participação direta dos afetados torna-se importante para atenuar pontos cegos de perspectiva. Esses se relacionam à falta de previsibilidade por parte dos entes representativos, sobretudo do legislativo quanto aos impactos das leis que criam, pois não possuem acesso a todas as perspectivas e visões de mundo dos demandantes quanto a esses direitos⁴⁶⁸.

Nessa perspectiva, em processos estruturais, por vezes o Poder Público se vê diante de pontos cegos de perspectiva, que o impede de dar resposta às demandas dos grupos vulneráveis quanto a como o funcionamento da estrutura viola os direitos dos grupos. Pois mesmo o grupo

⁴⁶⁶ DIXON, R. **Para fomentar el diálogo...**, p. 83.

⁴⁶⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 709. Acórdão. Relatoria do Min. Luís Roberto Barros. Tribunal Pleno. Julgamento em 05/08/2020. DJe 07/10/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5952986>>. Acesso em: 18 de julho de 2024. P. 48.

⁴⁶⁸ DIXON, *op. cit.*, p. 68.

demandante é afetado internamente de modos distintos – trata-se do caráter irradiado próprio desses litígios⁴⁶⁹.

A título exemplificativo, a autora faz menção ao caso *Grootboom* da Corte sul-africana, no qual se entendeu que não seria possível exigir ações imediatas do Poder Público para sanar o problema da falta de moradia, tendo sido determinada a implementação de medidas progressivas a partir da criação de um plano de habitação⁴⁷⁰.

O que Rosalin Dixon chama atenção é que os pontos cegos de perspectiva nesse caso podem ter levado a Corte a dar o mesmo tratamento a subgrupos distintos dentro do grupo vulnerável. O Poder Público não foi capaz de oferecer respostas para as pessoas mais vulneráveis, aquelas que haviam perdido qualquer forma de habitação pela política de despejo empreendida, tendo sugerido o mesmo tratamento a esses indivíduos que aquele ofertado a pessoas que simplesmente viviam em habitações informais de caráter precário⁴⁷¹.

O que não implica dizer que o Poder Público desconheça a situação de maior vulnerabilidade, mas que os legisladores ou administradores não compartilhavam da mesma perspectiva das pessoas que viviam em situação de rua, o que reflete uma carência na capacidade de entender até que ponto o acesso a um padrão mínimo do direito é de vital importância para os demandantes⁴⁷².

Tais pontos cegos decorreriam de uma ausência de oitiva desses grupos, por meio da abertura às suas perspectivas de vida, diretamente mediante um relato próprio, acerca da natureza das suas experiências e da sua sensação de necessidade⁴⁷³.

Nesse âmbito, a determinação das medidas emergenciais, a partir da oitiva dos grupos vulneráveis, além de legitimar a decisão da Corte, garante igualmente menores riscos de uma decisão que não seja aderente à realidade, na medida em que a informação trazida por esses grupos dá ferramentas ao Tribunal para que possa promover uma ação imediata, identificando de fato as situações de maior urgência e vulnerabilidade.

Aumenta-se, em razão disso, a possibilidade de decidir medidas emergenciais em número menor, mas optando por medidas melhores que de fato atendam aos subgrupos mais necessitados, atenuando assim o desafio da invisibilidade dos mais pobres de Ana Paula de Barcellos elencado no tópico anterior⁴⁷⁴. Se ao Judiciário não cabe definir tudo, que o que ele

⁴⁶⁹ VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural...**, *passim*.

⁴⁷⁰ DIXON, R. **Para fomentar el diálogo...**, p. 69.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 69.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 69.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 69.

⁴⁷⁴ BARCELLOS, A. **Processos estruturais...**, p. 313.

defina seja uma melhoria do que poderia vir a ser oferecido pelo Poder Público, ressalvando-se o caráter provisório das determinações, que merecem ser alteradas, caso necessário, em razão dos efeitos produzidos.

Em suma, a importância de uma atuação não excessivamente deferente com o Poder Público decorre igualmente de que ainda que se possa conceber processos políticos majoritários como corretos, é preciso reconhecer que esses processos possuem pontos cegos e cargas de inércia⁴⁷⁵.

Nesse âmbito, a inclusão desses grupos e sua oitiva para o proferimento das medidas decorre do papel do Judiciário de atuar nesses processos para equalizar as desigualdades existentes entre o grupo vulnerável e o Poder Público, por vezes sem esse mínimo não há como os integrantes dos grupos se sentirem respeitados como membros iguais de uma comunidade de direitos⁴⁷⁶.

Nesse contexto, é o alerta feito por Roberto Gargarella de que o diálogo verdadeiro é diferente de uma conversação que toma lugar entre atores com poderes desiguais, em que há inúmeras vozes que ainda não são ouvidas, em que a decisão da Corte acaba por ganhar um caráter de “última palavra”. O diálogo não deveria ser confiado a uma elite, mas deveria envolver os grupos afetados, que merecem ter a sua perspectiva considerada⁴⁷⁷.

Somado a isso, o diálogo não deveria depender da discricionariedade de nenhum dos participantes, o grupo afetado deve poder seguir regras claras e justas que ajudem a promover o debate público. E o mais importante a conversa não pode reproduzir as desigualdades existentes entre os participantes. O diálogo verdadeiro deve ser organizado para minimizar ou transformar as desigualdades existentes⁴⁷⁸.

O diálogo democrático tem uma especial preocupação em promover a participação dos grupos afetados no processo de tomada de decisão. Por isso, o mero diálogo entre os poderes não poderia ser considerado como constitucionalismo dialógico⁴⁷⁹.

Em razão de o sistema de freios e contrapesos ter sido pensado com o objetivo de impedir a guerra social, o autor enxerga as práticas dialógicas promovidas pelo Judiciário como insuficientes para promover a democracia deliberativa a que ele se refere em suas obras. Para o autor, seria exigida uma substantiva modificação da organização e da distribuição de poder

⁴⁷⁵ DIXON, R. **Para fomentar el diálogo...**, p. 83.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 69

⁴⁷⁷ GARGARELLA, R. **Why Do We Care about Dialogue?...**, p. 214.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 217.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 215.

definida na Constituição. A crítica é endereçada sobretudo à dependência dessas práticas à discricionariedade dos agentes públicos, mais especificamente dos juízes⁴⁸⁰.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a referida discricionariedade entre os ministros na adoção das práticas de oitiva dos grupos é igualmente observada. Apesar da ampla referência à condução dialógica de processos estruturais, muitos questionamentos surgem quanto à real capacidade de diálogo que pode ser oferecida pela Corte, na medida em que o diálogo efetivo com esses grupos ainda parece distante da realidade fática.

Apesar do forte desejo de que a resposta seja positiva, a experiência prática demonstra a necessidade de um olhar de cautela, sobretudo quanto ao que pode ser prometido pelo Supremo Tribunal Federal. De nada adianta o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional, se no momento que o grupo vulnerável mais necessita, o Supremo fechar as suas portas, hipótese que poderia ser levantada no caso da ADPF 347, com a tutela provisória incidental referente à Covid-19.

Os próprios ministros demonstraram muito receio quanto à possibilidade de que o Tribunal consiga acompanhar as mudanças de circunstâncias fáticas por meio da via da ADPF e de que possa se manter aberto às demandas dos grupos vulneráveis. A seguir trecho do Ministro Nunes Marques nesse sentido:

Com todas as vênias, entendo não ser a função de uma ação de controle de constitucionalidade manter-se conectada em tempo real a problemas concretos de uma política pública. Isso, conforme acima fiz consignar, é tarefa da Administração Pública, cuja estrutura é concebida para responder rapidamente a mudanças táticas e fáticas, com vistas à adaptação de sua atividade às exigências do bem comum. Em processos deflagrados no âmbito do controle concentrado, julgam-se recortes da realidade, bem delimitados; comparam-se textos em relação a outros textos (...) Contudo, como acima mencionei, em razão da urgência e gravidade da situação, absolutamente excepcional, do Estado do Rio de Janeiro, curvo-me à posição da douta maioria quanto ao exame de tais questões, ao menos neste momento, por meio desta ADPF⁴⁸¹.

O questionamento que surge não parece ser se o Supremo Tribunal Federal pode conduzir esses processos, como buscou-se demonstrar no capítulo II.2, há uma legitimidade para a sua atuação que deriva do próprio papel atribuído ao juiz de concretizar os valores constitucionais. A pergunta que se coloca parece ser outra: Como o Supremo Tribunal Federal pode conduzir um processo estrutural democrático?

⁴⁸⁰ GARGARELLA, R. **Why Do We Care about Dialogue?**..., p. 213.

⁴⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 635. Acórdão. Relatoria do Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgamento em 18/08/2020. DJe 02/06/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=5816502>, Acesso em 18 de julho de 2024. P. 374.

O problema tem por foco a aparente carência de mecanismos efetivos de diálogo aplicados em sede judicial⁴⁸².

Dentro desse quadro, para que o processo estrutural possa produzir soluções adequadas, a abertura da Corte às demandas desses grupos no decorrer do processo é fundamental e as medidas emergenciais tornam-se necessárias. A partir do diálogo com o grupo afetado e a compreensão das necessidades que não podem esperar eventual elaboração do plano, é possível que se adote providência que congregue dentro do processo estrutural, o tratamento de demandas mais específicas do grupo ou indivíduos, o que inclusive “contribuirá para convencer o grupo de que ações individuais não são o caminho”⁴⁸³.

Por outro lado, o cenário parece ser ainda mais complexo, pois de nada adianta uma decisão legítima, que respeitou o contraditório, que promoveu o diálogo com os grupos, se não houver disposição do Tribunal em verificar também os seus efeitos. O caso da ADPF 976 chama atenção por isso, a partir de um diagnóstico precário do problema, talvez não necessariamente pela falta de diálogo, também por isso, mas sobretudo pela abrangência do problema enfrentado, foi proferida decisão que previa uma série de medidas emergenciais imediatas, sem ter a Corte se preocupado em definir mecanismos de monitoramento.

Como apresentado anteriormente no subtópico II.1 desse trabalho, o momento do diagnóstico do problema é essencial para a resolução de conflitos complexos. O perigo que se cria com uma decisão não bem pensada da Corte quanto às medidas emergenciais é sobretudo não conseguir reconhecer o caráter imediato de cada uma delas.

Novamente não se critica o que foi definido, pois careceria a presente pesquisa da capacidade de avaliar a relevância ou não das medidas implementadas, o que se contesta é se de fato aquelas medidas eram as mais urgentes e mais se eram medidas que poderiam ser supervisionadas pelo Supremo Tribunal Federal. Daí a necessidade da ampla oitiva e da participação direta dos afetados para o diagnóstico do problema, revelando-se quais as medidas mais importantes, bem como da fixação dos mecanismos de controle e monitoramento da decisão. Tudo isso deve constar da fundamentação como forma de controle das razões da Corte, situação que não se verificou nessa ADPF.

São altos os riscos de uma atuação irrefletida por parte do STF nesses processos. Edilson Vitorelli bem descreve o receio quanto ao *accountability judicial* possível para a condução de processos por Tribunais Superiores, chamando atenção para a existência de mecanismos de

⁴⁸²VERBIC, F. *Ejecución de sentencias...*, p. 76.

⁴⁸³ VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural...*, p. 312.

controle bastante reduzidos, “se o resultado for pior que o esperado, a sociedade dispõe de poucos instrumentos para responsabilizar o juiz ou alterar a decisão”⁴⁸⁴.

A experiência prática do Tribunal, entretanto, mostrou-se aberta a alterar uma decisão em face da realidade vivenciada pelo grupo vulnerável, como ocorreu no julgamento dos embargos de declaração opostos, na ADPF 635. Apesar da esperança, o universo investigado é muito pequeno, para que se possa fazer qualquer afirmação a respeito.

O que se pode afirmar é que tampouco o esquivamento completo da Corte nessas matérias parece o caminho mais adequado. A não decisão nesses casos também se torna complexa em face do cenário de omissões reiteradas que são vivenciadas por esses grupos há muito tempo. Ademais, vai em direção contrária às demais Cortes mundiais que tem trabalhado na perspectiva de abertura do tribunal aos anseios da população, experiência observada na Índia, Colômbia e África do Sul.

O cenário enfrentado, por isso, é de risco enorme, mas igualmente promissor para que se avance na defesa de direitos fundamentais. A resposta parece estar na afirmação de que o Supremo precisa adotar uma postura prudente e de cautela em face dessas demandas, para que o Tribunal possa decidir menos, mas possa decidir melhor.

De mesmo modo como a discussão da intervenção em políticas públicas, se deveria haver ou não a intervenção, parece ter sido vencida ou estar quase superada também a discussão de como deveria ocorrer a intervenção, dada a grande notoriedade dos processos estruturais e um consenso geral de que as soluções devem ser construídas a partir do diálogo. A pergunta que se coloca agora é: como deve ocorrer esse diálogo? Ele é possível no nosso ordenamento atual? Podemos afirmar que ele tem ocorrido? Como melhorá-lo?

O desafio desses processos, como em qualquer outro, é o de melhorar o sistema por meio da geração de decisões que otimizem o diálogo entre as instituições e que permitam implementar discussões, publicidade, participação e transparência⁴⁸⁵. Tais requisitos como visto são essenciais para um processo estrutural democrático.

⁴⁸⁴ VITORELLI, E. *Processo Civil Estrutural...*, p.72.

⁴⁸⁵ VERBIC, F. *Ejecución de sentencias em litigios...*, p.76.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo estrutural busca resolver conflitos complexos relacionados à violação de direitos de grupos, ocasionada pelo funcionamento de estruturas – instituições públicas ou privadas, políticas ou programas públicos⁴⁸⁶. No Supremo Tribunal Federal, a aplicação da técnica tem se dado sobretudo na via da arguição de descumprimento fundamental.

O trabalho permitiu compreender que o STF, ao se deparar com esses processos, tem entendido ser possível a aplicação de medidas emergenciais, para a proteção de grupos vulneráveis. Mesmo em face do entendimento firmado no Tema 698 de Repercussão Geral – no qual se definiu que a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas não deve se dar por medidas pontuais, cabendo ao juiz fixar as finalidades –, o Tribunal tem aplicado medidas imediatas para a reforma das instituições, seja pela urgência, seja por razões como a existência de previsão legal, consulta aos grupos afetados, eficiência da medida comprovada por estudos acadêmicos, princípio da precaução e da prevenção, entre outros. Tendo sido possível verificar em alguns casos, a dispensa do requisito da urgência para o proferimento das medidas liminares.

Apresentou-se, a partir das análises feitas, reflexões sobre os desafios e as oportunidades do processo estrutural democrático, destacando a importância de um maior ônus de fundamentação das decisões, bem como da oitiva dos grupos para que a Corte possa superar o desconhecimento fático da realidade, no intuito de evitar decisões aleatórias no estabelecimento dessas medidas.

Em face de tudo que foi analisado, destacamos que a abertura do STF para medidas emergenciais demonstra seu papel na proteção dos direitos fundamentais, mas a não determinação de mecanismos de monitoramento e a ausência de um diálogo efetivo com os grupos afetados representam desafios para o desenvolvimento de um processo estrutural democrático.

Nesse âmbito, cabe ao STF adotar uma postura prudente, garantindo que suas decisões sejam aderentes à realidade e legitimadas pelo diálogo contínuo e inclusivo com as partes envolvidas, visando a um controle de políticas públicas que se pautem por um processo estrutural democrático, no qual se garanta a participação, publicidade e a justificação das decisões⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural...**, *passim*.

⁴⁸⁷ CASIMIRO, Matheus. **Processo estrutural democrático...**, *passim*.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo. vol. 38, n.225, p. 389-410, nov. 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Desmitificando processos estruturais – “processos estruturais” e “separação de poderes”. *Revista de processo*, vol. 331, ano 47, p. 239-259. São Paulo: Ed. RT, setembro de 2022.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. “Problemas complexos” e “processo estrutural”: significado conceitual e possibilidades de efetivação. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 486.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1.072
- ARGUELHES, Diego Werneck.; SÜSSEKIND, Evandro Proença. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 4, p. 2557–2594, 2022.
- ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisons and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Columbia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Columbia**. New York: Cambridge University Press, 2013.
- ARRUDA, Paula Uematsu. Remédios sem direitos? A essencialidade da interpretação substancial dos direitos econômicos e sociais para o sucesso dos compromissos significativos. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022.
- BAKKER, Bradley. Blogs as Constitutional Dialogue: Rethinking the Dialogic Promise. **New York University Annual Survey of American Law**, v. 63, p. 215-267, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Processos estruturais: três desafios a enfrentar. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022, v. 1. P.307-321. P. 308-312.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela provisória: analisada à luz das garantias constitucionais da ação e do processo**. 6ª ed. rev. São Paulo, Malheiros. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 388**. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Gilmar Mendes, Brasília, 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4939089>. Acesso em 24 de ago. de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 97**. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Rosa Weber. Brasília, 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2390414>. Acesso em 24 de ago. de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Ação Civil Originária 2536**. Primeira Turma. Relatoria do Min. Luiz Fux. Brasília, 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4656331>. Acesso em 24 de ago. de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão com a relação dos inscritos habilitados, data, ordem dos trabalhos e metodologia. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442**. Relatoria Min. Flávio Dino. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF442habilitados.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 59**. Relatoria: Min. Rosa Weber. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO59metodologia.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33**. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2030720>. Acesso em: 24 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Relatoria: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=347>. Acesso em: 24 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de mérito. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635**. Relatoria: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Brasília, 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5816502>. Acesso em: 29 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 682**. Decisão monocrática. Relatoria: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5906412>. Acesso em: 29 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709**. Relatoria: Min. Luís Roberto Barros. Tribunal Pleno. Brasília, 2020.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5952986>. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760**. Relatoria: Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Redator do Acórdão Min. André Mendonça. Brasília, 2024. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6049993>. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 786**. Decisão Monocrática do relator. Relatoria: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6090018>. Acesso em: 29 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 822**. Relatoria: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. Brasília, 2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em: 29 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática do Relator na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 866**. Relatoria do Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6218965>. Acesso: 29 jul.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 973**. Relatoria da Min. Rosa Weber. Substituição da Relatoria Min. Luiz Fux. Brasília, 2022. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6404537>. Acesso em: 29 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 976**. Relatoria do Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Brasília, 2023.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770954718&prcID=6410647#>. Acesso em: 18 de julho de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mando de Injunção 7300**. Relatoria: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes. Brasília, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886456>. Acesso em: 18 de julho de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 271286**. Relatoria: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Brasília, 2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1820623>. Acesso em: 18 de julho de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592581**. Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Brasília, 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>. Acesso em: 18 de julho de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 594018**. Relatoria: Min. Eros Grau, Segunda Turma. Brasília, 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642704>. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 628159**. Relatoria: Min. Rosa Weber, Primeira Turma. Brasília, 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3929800>. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão. Recurso Extraordinário 684612**. Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>. Acesso em: 18 jul. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo. Saraiva. 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 4ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Processo reestruturante de família. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 338, p. 277-298, 2023

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional**. 2015. 248 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2015.

CAPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Elício de Cresci Sobrinho (trad.) Porto Alegre. 2008.

CASIMIRO, Matheus. O caso *Mamba*: Quando a busca por diálogo esvazia direitos fundamentais. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022.

CASIMIRO, Matheus. MARMELSTEIN, George. O Judiciário como fórum de protestos estruturais: revisitando Grootboom. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022.

CASIMIRO, Matheus. **Processo estrutural democrático: participação, publicidade e justificação**. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

CHAMBERS, Simone. Deliberative democratic theory. **Annual Review of Political Science**, v. 6, n.1, p. 307-326, jun. 2003. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/content/journals/10.1146/annurev.polisci.6.121901.085538>. Acesso em: 13 jul. 2024

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard law review**, vol. 89, n. 7, maio 1976, p. 1281-1282.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais. **Revista Direito Constitucional e Internacional**. V. 54, p. 28-39, 2006

COSTA, Susana Henrique. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: Relação Direito e Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

DAVIS, D. M. The case against the inclusion of socioeconomic demands in a bill of rights except as directive principles. **South African Journal On Human Rights**. [s.l], v.8, n.4, p. 475-490, p. 489-490, jan. 1992.

DELLÊ, Felipe. O objeto do processo constitucional: estudos sobre os princípios da demanda, dispositivo e congruência no controle de constitucionalidade. **Revista de Processo**. Vol. 323/2023, p. 393-424, set. 2023.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 18 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR, Freddie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo**. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

DIDIER, Freddie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. 17 ed. – São Paulo: Ed. Juspodivm, v.2. 2022.

DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 75, p. 101-136, jan./mar. 2020, p.115.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo (Cib). **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 5. Ed. rev. atual. E ampl. São Paulo, SP. Atlas, 2014.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitucional Law**, v. 5, n.3, p. 391-418, 2007.

DIXON, Rosalin. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes e débiles. In: GARGARELLA, Roberto. **Por uma justiça dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

DOBBS, Dan. Law of remedies. 2ª ed. 1996.

DORF, Michel C.; SABEL, Charles F. A constitution of democratic experimentalismo. *Columbia Law Review*, p. 267-473, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação (Mestrado)- Universidade Feral do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2015.

FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. In: _____. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: RT, 2004. Cap. 2, p. 106. (Publicado originalmente em: *Law and Human Behavior*, v. 6, p. 121, 1982).

FISS, Owen. As formas de Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

FISS, Owen. The forms of justice. **Havard law review**. Vol. 93. N.1, nov. 1979.

FISS, Owen. To make the constitution a living truth: four lectures on the structural injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 31-55.

FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale Law Journal**, v.91, n.4, p. 635-697, 1982.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A importância do experimentalismo democrático na resolução de litígios estruturais pela via judicial: flexibilidade e participação no controle de políticas públicas. **Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, Bebedouro – SP, v. 9, n.2, p.210-238, 2021.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Decisões estruturais na jurisprudência argentina: Notas sobre a importância do experimentalismo democrático a partir do caso Mendoza. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022.

FRANÇA, Eduardo Peixoto da Cunha. O Judiciário como amplificador de vozes marginalizadas: Ativismo dialógico e transformações sociais pelo processo estrutural. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1ª ed. Londrina: Thoth, 2022, p. 379

FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication. **Havard Law Review**. V. 92, p.353-409, 1978, p. 394-395.

GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto. **Por uma justiça dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Por uma justiça dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto. **Manifiesto por un derecho de izquierda**. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2023.

GARGARELLA, Roberto. Why Do We Care about Dialogue? ‘Notwithstanding Clause’, ‘Meaningful Engagement’ and Public Hearings: A Sympathetic but Critical Analysis. In: YOUNG, Katharine G. (org.). **The Future of Economic and Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

GARRETT, Brandon L. Structural Reform Prosecution. **Virginia Law Review**. v. 93, p. 853-957, 2007.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 2015. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015.

GUIMARÃES, Livia Gil. **Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso, prática e lobby**. 2017. 314 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

GUIMARÃES, Livia Gil. Participação Social no STF: repensando o papel das audiências públicas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 236–271, 2020.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. **Direito Público**, [S. l.], v. 11, n. 60, p. 25–50, 2015. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 20 jul. 2024.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva de direito e democracia**. Trad. Rúrion Melo, Felipe Gonçalves Silva. 2ª ed. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2021.

HOECKE, Mark Van. Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation. **Ratio Juris**, v. 14, n. 4, p.415-423, 2001.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes na Jurisdição Constitucional. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 3 ed. Porto Alegre, 2022.

JOBIM, Marco Félix. SARLET, Ingo Wolfgang. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Mandado de Injunção: Condições de Fixação de Técnicas Estruturantes para o Exercício de Direitos Assegurados Constitucionalmente. In: André Rufino do Vale, Fábio Lima Quintas e George Abboud (coord.). **Processo constitucional brasileiro: propostas para a reforma**. São Paulo: Almedina, 2022.

KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, [s.l.], v. 14, n. 1, p. 146-188, jan. 1998.

LIEBENBERG, Sandra; YOUNG, Katharine G. Adjudication social and economic rights. Can democratic experimentalismo help? In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.) **Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquires**. Nova York: Routledge Research in Human Rights Law, P. 237-257, 2014.

LOBEL, Jules. Courts as fórum for protest. **UCLA Law Review**. V. 52, p. 477-561. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Fatos Constitucionais?: a (des) coberta de uma outra realidade do processo**. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2017.

MEIRA, Renan Sales de. **A construção de capacidades estatais por intermédio da jurisdição constitucional: processos estruturais no Supremo Tribunal Federal**. 2024. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2024.

MENDES, Conrado Hüger. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto. **Por uma justiça dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. 2007. 146f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2007.

MITIDIEIRO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 98.

NAGEL, Robert F. Controlling the Structural Injunction. **Havard Journal of Law and Public Policy**, v.7. p. 395-411, p. 399, 1984.

NAVARRO, Trícia; CASIMIRO, Matheus. Consensualidade em processos estruturais: a experiência do Supremo Tribunal Federal. In: ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; VEIGA, Guilherme (orgs.). **Novos Horizontes do Processo Estrutural**. Londrina, PR: Thoth, 2024.

NIÑO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 5, n. 5, p. 1051-1076, 2019, p 1.059.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 486.

PAULA, Felipe Duarte Gonçalves Ventura de. A arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: VOJVODIC, Adriana et al. (Org.) **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

PIOVESAN, Flávia. HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro. Metodologia de implementação das decisões estruturais e seu impacto transformador. **Revista de Processo**. Vol. 353/2024. P. 293-322. Jul/2024.

PITKIN, Hanna. Obligation and Consent – II. **The American Political Science Review**. v. 60, n. 1, 1996.

PUGA, Mariela. **Litigio estructural**. 329 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Simon, Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, v.117, p. 1016-1101. **Harvard Law Review**, 2004.

SANTOS, Moacy Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARAIVA, Carolina Barros. Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais sociais e mínimo existencial – Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturais na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgnag. Proibição do Retrocesso. In: Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka e Flávio Galdino (Org.) Silvia Faber Torres (Sup.) **Dicionário de princípios judiciais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia – O Paradigma Racionalista**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2^a ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n.9868 e 9882)**. São Paulo: Saraiva, 2001.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 59^a ed. Rio de Janeiro; Forense, 2018.

THOMAS, Tracy A. The continued vitality of prophylactic relief. **The Review of Litigation**, v. 27, p.112-128, 2007.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**, Princeton, Princeton University Press. 2008.

VEIGA, Catarina Araújo de Magalhães. Processo Estrutural e a separação dos poderes: Uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; VEIGA, Guilherme (orgs.). **Novos Horizontes do Processo Estrutural**. Londrina, PR: Thoth, 2024.

VERBIC, Franciso. Ejecución de sentencias em litigios de reforma estructural em la República Argentina. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2^a ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito FGV**. São Paulo. Vol. 4, n.2, p. 441-464, jul.-dez. 2008.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígio policêntricos**. 2019. 256 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

VITORELLI, Edilson. Bifásico, em cascata ou em espiral? Considerações sobre o procedimento no processo estrutural e metodologia para a sua implementação prática. In: Matheus Casimiro, Eduarda Cunha. (Org.) **Processos estruturais no Sul Global**. 1^a ed. Londrina: Thoth, 2022.

VITORELLI, Edilson. BARROS, José Ourismar. **Processo Coletivo e direito à participação: técnicas de atuação interativa em litígios complexos**. São Paulo: Juspodivm, 2024.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**. 3 ed. ver. E amp. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. Vol. 284, 2018, p.333-369.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

VITORELLI, Edilson; GARCIA, Thaísa Carraro. Um diálogo entre as audiências brasileiras e a perspectiva do processo como town meeting: reflexões sobre o processo estrutural como ampla arena de debate. **Revista de Processo**. Vol. 353 /2024. P. 269-291. Jul/2024.

VON BOGDANDY, Armin. **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

VON BOGDANDY, Armin.; URUEÑA, René. International transformative constitutionalism in Latin America. **American Journal of International Law**, v. 114, n. 3, p. 403-442, jul. 2020.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: A commentary on the Los Angeles School case. **UCLA Law Review**, v. 25, p. 244, p. 256-260, 1977.

ZANETI JR., Hermes. Uma proposta de modelo de pedido no processo estrutural. Alberto Bastos Balazeiro, In: ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; VEIGA, Guilherme (orgs.). **Novos Horizontes do Processo Estrutural**. Londrina, PR: Thoth, 2024.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.