

Mônia Clarissa Hennig Leal* (Brasil)
Eliziane Fardin de Vargas** (Brasil)

Jurisdição Constitucional transformadora na perspectiva do *Ius Constitutionale Commune* Latino- americano: litigância estrutural e proteção de grupos em situação de vulnerabilidade via controle jurisdicional de políticas públicas***

RESUMO

O artigo tem a pretensão de averiguar a forma como a atuação jurisdicional transformadora, ínsita ao lccal, pode desempenhar um papel significativo na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade, especialmente em casos de litigância estrutural que busquem a correção de políticas públicas que desempenhem uma proteção insuficiente desses grupos. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem

* Com Pós-Doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628165246247243> / <https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>. moniah@unisc.br

** Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista Prosuc/Capes, modalidade I. Mestre (2022) e graduada (2020) em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, com bolsa PRO-SUC/Capes modalidade II e bolsa Prouni, respectivamente. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculados ao CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7125626353321424> / <http://orcid.org/0000-0002-3192-659X>. elizianefardin@hotmail.com / elizianefvargas@mx2.unisc.br

*** Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do

dedutivo e o método de procedimento analítico para, em um primeiro momento, perpassar-se pelo potencial transformador das Cortes Constitucionais, impulsionado pela perspectiva do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, levantado as principais críticas à atuação jurisdiccional transformadora e buscando superá-las a partir dos pressupostos do ativismo judicial dialógico. Na sequência, expõem-se a interligação necessária entre Cortes Constitucionais transformadoras e a litigância estrutural diante de situações de afronta aos direitos de grupos em situação de vulnerabilidade em razão da prestação insuficiente de políticas públicas.

Palavras-chave: *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano; litígios estruturais; Supremo Tribunal Federal.

Jurisdicción Constitucional Transformadora desde la perspectiva del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano: litigio estructural y protección de grupos vulnerables a través del control jurisdiccional de las políticas públicas

RESUMEN

El artículo tiene como objetivo investigar cómo la acción jurisdiccional transformadora, inherente a la lccal, puede jugar un papel significativo en la protección de grupos en situación de vulnerabilidad, especialmente en casos de litigios estructurales que buscan la corrección de políticas públicas que juegan un papel de protección insuficiente de estos grupos. Para ello, se utiliza el método del enfoque deductivo y el método del procedimiento analítico para, en un primer momento, recorrer el potencial transformador de los Tribunales Constitucionales, impulsado por la perspectiva del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano, planteando las principales críticas al sistema judicial transformador buscando superarlos a partir de los supuestos del activismo judicial dialógico. A continuación, se expone la necesaria interconexión entre Tribunales Constitucionales transformadores y el litigio estructural en situaciones de vulneración de derechos de grupos en situación de vulnerabilidad por la insuficiente provisión de políticas públicas.

Palabras clave: *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano; disputas estructurales; Tribunal Supremo Federal.

projeto de pesquisa “‘Fórmulas’ de aferição da ‘margem de apreciação do legislador’ (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-o) e pela Fapergs (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – Cieppp (financiado pelo Finep) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo Finep), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc.

Transformative Constitutional Jurisdiction from the Perspective of Latin American *Ius Constitutionale Commune*: Structural Litigation and Protection of Vulnerable Groups through the Judicial Review of Public Policy

ABSTRACT

The article investigates how transformative judicial action, inherent to *Iccal*, can play a significant role in protecting vulnerable groups, particularly in cases involving structural litigation that seeks to correct public policies that provide insufficient protection to these groups. To this end, this article uses the methods of deductive approach and analytical procedure to, firstly, examine the transformative potential of Constitutional Courts, driven by the perspective of *Ius Constitutionale Commune* in Latin America, presenting the main criticisms to the transformative judicial system and aiming to overcome such criticisms through the assumptions of dialogic judicial activism. Subsequently, the article discusses the required interconnection between transformative Constitutional Courts and structural litigation in situations where the rights of vulnerable groups are infringed when the provisions of public policies fall short.

Keywords: *Ius Constitutionale Commune* in Latin America; structural disputes; Federal Supreme Court.

Das Verfassungsrecht als transformatives Recht aus der Perspektive des *Ius Constitutionale Commune* in Lateinamerika: strukturbazogene Streitfälle und Schutz gefährdeter Gruppen durch die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Politik

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag geht der Frage nach, inwiefern die dem *Ius Constitutionale Commune* in Lateinamerika (span. *Iccal*) inhärente transformative Rechtsprechung einen signifikanten Beitrag zum Schutz gefährdeter Gruppen spielen kann, vor allem bei strukturbazogenen Rechtsstreitigkeiten, die eine Korrektur öffentlicher Politikansätze zum Ziel haben, deren Beitrag zum Schutz solcher Gruppen ungenügend ist. Mithilfe eines deduktiven Methodenansatzes und eines analytischen Verfahrens erfolgt zunächst eine Betrachtung des transformativen Potenzials der Verfassungsgerichte aus der Perspektive des *Ius Constitutionale Commune* in Lateinamerika, wobei die Hauptkritikpunkte am transformativen Rechtssystem in der Absicht dargelegt werden, sie ausgehend vom dialogischen Rechtsaktivismus zu überwinden. Anschließend wird auf die Notwendigkeit der Vernetzung von transformativen Verfassungsgerichten bei strukturbazogenen Rechtsstreitigkeiten im Falle der Verletzung von Rechten gefährdeter Personengruppen durch unzulängliche öffentliche Politikmaßnahmen eingegangen.

Schlagwörter: *Ius Constitutionale Commune* in Lateinamerika; strukturbazogene Streitfälle; Bundesverfassungsgericht.

Introdução

O movimento do novo constitucionalismo Latino-Americano, denominado como *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano (Iccal), busca promover mudanças substanciais nas realidades desiguais e discriminatórias dos países do Sul global. Essa renovada vertente constitucional tem como base não só uma postura ativa e forte dos magistrados das Cortes Constitucionais, como exige uma ampla abertura à participação e escuta da sociedade civil, empoderando as pessoas afetadas pela ação ou omissão que leva à violação sistêmica de direitos.

Nessa via, os litígios estruturais, compreendidos como sendo aqueles que são judicializados em face de um problema ou demanda com o objetivo de obter-se uma alteração da realidade social, por meio da determinação de medidas de caráter estruturante, demonstram ser *um locus* para promover o empoderamento e a participação ativa no processo jurisdicional, uma vez que a integração das partes e o diálogo são pressupostos para a construção dessa modalidade de decisão.

Perante esse cenário constitucional proposto pelo Iccal, tem-se como problema de pesquisa o seguinte questionamento: de que forma a postura transformadora da jurisdição constitucional, no contexto do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, pode contribuir para a correção dos fatores que levam à discriminação estrutural de grupos em situação de vulnerabilidade, bem como corrigir défices na prestação de políticas públicas relacionadas à proteção desses grupos quando da judicialização desses casos através de litígios estruturais?

Para o desenvolvimento da pesquisa é utilizado o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica. A fim de responder ao problema de pesquisa proposto, têm-se como objetivos específicos: 1º Analisar o papel transformador da jurisdição constitucional e regional rumo à concretização do *Ius Constitutionale Commune* Latino-americano, também elucidar os argumentos que levam à superação das objeções traçadas contra a atuação transformadora da jurisdição em casos estruturais, considerando-se que constitucionalismo transformador latino-americano requer a ampliação da participação cidadã junto aos processos estruturais e uma postura jurisdicional pautada em um ativismo judicial dialógico. 2º Na sequência, explorar as especificidades da litigância estrutural – especialmente naqueles casos em que a jurisdição constitucional é demandada com o intuito de prover, face à inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, a proteção dos direitos de grupos em situação de vulnerabilidade – destacando-se a sua contribuição para o empoderamento da sociedade para buscar, junto à jurisdição constitucional, as profundas e necessárias mudanças dos padrões institucionais e sociais estigmatizantes que levam à discriminação estrutural.

1. Atuação da jurisdição constitucional transformadora na perspectiva do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano e do ativismo dialógico

No ano de 1998 Karl E. Klare cunhava, em um de seus artigos científicos,¹ o termo “constitucionalismo transformador”, utilizando-o para definir as inclinações transformadoras da Constituição da África do Sul, de 1996, no período posterior ao *Apartheid*. Klare denomina como constitucionalismo transformador o influxo rumo à persecução de uma aplicação e interpretação dos ditames constitucionais que pretenda transformar aquelas instituições políticas e sociais que não operam sob uma lógica igualitária, democrática e participativa. Sendo assim, a partir dessas ideias, busca-se gerar a indução de mudanças sociais profundas, a partir de processos políticos não violentos, calcados no respeito ao Direito.²

O constitucionalismo transformador se compromete, portanto, a dar concretude às principais promessas elencadas constitucionalmente, concedendo enfoque, principalmente, à proteção do Estado de Direito, em garantir a implementação da democracia e promover a ampla proteção dos direitos humanos e fundamentais.³

Observa-se que os ideais do constitucionalismo transformador não permaneceram restritos à África do Sul, tendo, igualmente, lançado seus ecos em direção à realidade da América Latina, possibilitando acrescer as contribuições do constitucionalismo transformador ao cenário jurídico da região, uma vez que as suas Constituições muito se assemelham com o caráter transformador da Constituição sul-africana, configurando verdadeiros documentos transformadores.⁴

Mas, para que ocorra uma segura importação desse instituto denominado constitucionalismo transformador, bem como para que seja possível uma “migração constitucional” de experiências judiciais estrangeiras, faz-se necessário estar ciente dos riscos provenientes do mero transplante acrítico de procedimentos jurisdicionais estrangeiros para a resolução de litígios estruturais, pois, sem uma adequada tradução jurídico-cultural, esse influxo poderá causar, inclusive, um agravamento do problema que se busca combater.⁵

¹ Karl E. Klare, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights* 14, n.º 1 (1998): 146-188.

² *Ibid.*, 150.

³ Patrícia Perrone Campos Mello, “El papel del juez transformador en Brasil: *Ius Constitutionale Commune*, avance y resiliencia”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n.º 05 (2020): 01-32, 04.

⁴ Ana Carolina Lopes Olsen e Bianca M. Schneider van der Broocke, “Litígios estruturais e a proteção dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19: contribuições do ICCAL”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 11, n.º 3 (2021): 549-580, 557.

⁵ Francisco Gérson Marques de Lima e Matheus Casimiro Gomes Serafim, “Direito comparado e processos estruturais: é possível transplantar sentenças estrangeiras para o Brasil?”, *Revista Quaestio Iuris* 14, n.º 01 (2021): 193-216, 194.

A análise comparada das experiências de Cortes Constitucionais estrangeiras na resolução de litígios estruturais é de estimado valor para que se possa aprender com os erros e acertos dos demais países, especialmente diante do movimento Latino-Americano rumo ao constitucionalismo transformador. Para a aplicação desses modelos decisórios é necessário um elaborado processo de tradução jurídico-cultural dos procedimentos a serem importados, que considere o contexto de origem dessa decisão e/ou procedimentos em relação à realidade para a qual estão sendo transladados. Portanto, esse processo deve observar as diretrizes metodológicas da similaridade, da contextualização e da justificação.⁶

Atento à questão dos riscos do transplante acrítico de modelos estrangeiros e pretendendo realizar essa adequada tradução jurídico-cultural, transportando a dimensão do constitucionalismo transformador para a América Latina, tal perspectiva é integrada ao projeto do *Ius Constitutionale Commune* (Iccal), reinterpretando-o conforme as particularidades regionais. O Iccal almeja – considerando as similaridades históricas e culturais compartilhadas pelos países da região – o desenvolvimento de um direito comum que promova a sobreposição das dificuldades comuns (violência, desigualdade, exclusão, concentração de riqueza, corrupção, dificuldade no acesso a serviços públicos básicos e déficits institucionais) e que se comprometa em conceder a máxima efetivação da proteção aos direitos humanos.⁷

A proposta do Iccal é, portanto, promover uma integração entre o Sistema Regional de Proteção aos Direitos Humanos (formado pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos) e seus Estados-membros, para que, através da concretização de um diálogo judicial cooperativo, possam, de maneira conjunta, elaborar padrões de proteção mínimos em matéria de proteção aos direitos humanos, atentos às especificidades regionais.⁸

Sendo assim, agregados dessa dimensão cooperativa, os diálogos judiciais servem ao sistema constitucional multinível idealizado pelo *Ius Constitutionale Commune*, “ao mesmo tempo em que preserva margens de deferência para as particularidades locais, sem implicar discursos unificadores que prejudiquem o pluralismo”.⁹

Nesse diapasão, importa ressaltar que a responsabilidade pelo desenvolvimento de *standards* comuns de direitos humanos recai sobre as funções jurisdicionais nacionais e regional, sendo que ambas acabam contribuindo para a criação desses padrões de proteção, de modo não hierarquizado e dentro de um processo dialógico constante, aberto para acolher as particularidades existentes em cada ordenamento

⁶ Lima e Serafim, “Direito comparado e processos estruturais”, 211.

⁷ Mello, “El papel del Juez Transformador en Brasil”, 04-05.

⁸ Ana Carolina Lopes Olsen, *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021), 216.

⁹ Ana Carolina Lopes Olsen e Melina Girardi Fachin, “Diálogo judicial cooperativo: oportunidade para o Supremo Tribunal Federal ingressar no *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano”, em *Direitos humanos: filosofia, teologia e direito*, ed. por Itamar Luís Gelain e André Phillippe Pereira (Pelotas: NEPFIL Online, 2022), 166-187, 174.

jurídico. Nesse processo, nota-se como um diálogo judicial cooperativo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e Cortes Constitucionais, baseado no *Ius Constitutionale Commune*, pode representar uma estratégia para frear processos políticos dirigidos ao retrocesso. Isto porque, através do diálogo, podem ser discutidos os *cases* de sucesso no que condiz à proteção de direitos humanos, formando uma articulação jurisdicional regional disposta a impedir que leis e/ou políticas públicas inadequadas afrontem direitos humanos.¹⁰

Nessa tarefa de desenvolver *standards* normativos aos direitos humanos para a região, a Corte Interamericana de Direitos Humanos desempenha um papel de destaque, considerando que, a partir de suas decisões contenciosas e opiniões consultivas, emite diretrizes e padrões mínimos de proteção, os quais devem ser considerados como basilares e norteadores das atuações dos juízes constitucionais e dos demais órgãos de poder estatal, devendo ser incorporados, de ofício, pelos Estados, via controle de convencionalidade.¹¹ Embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos ocupe esse lugar de destaque no processo de fixação de padrões protetivos em matéria de direitos humanos, salienta-se que essa também é uma posição que pode e deve ser ocupada pelas Cortes Constitucionais nacionais, sendo elas igualmente capazes de evoluir e de criar padrões protetivos. Portanto, conforme demarcam Olsen e Fachin,¹² por meio desse movimento de interação recíproca que define os diálogos judiciais, é possível observar que os princípios jurídicos do *Ius Constitutionale Commune* podem emergir a partir de contribuições regionais ou nacionais, por meio de um intensivo intercâmbio argumentativo. Nesse contexto, a construção de normas comuns, característica distintiva do diálogo judicial cooperativo, deve

¹⁰ Olsen e Fachin, “Diálogo judicial cooperativo”, 167.

¹¹ Esse dever fica reconhecido pela Corte IDH na decisão do Caso Almonacid Arellano vs. Chile: “A Corte está ciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, têm a obrigação de aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ele. Isso os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam reduzidos pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, as quais, desde o início, carecem de efeitos jurídicos.

Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas em casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em consideração não apenas o tratado, mas também a interpretação que dele tem sido feita pela Corte Interamericana, intérprete final da Convenção Americana (Tradução própria). Corte IDH, Caso Almonacid-Arellano y otros vs. Chile, decisão de 26 de setembro de 2006, 53. Veja também Mônia Clarissa Hennig Leal e Eliziane Fardin de Vargas, “Os desafios da consolidação do *Ius Constitutionale Commune* Latino-americano: a noção de “categoria suspeita” de discriminação no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a sua incorporação pelo Supremo Tribunal Federal como instrumento para a superação da desigualdade estrutural”, em *Diálogos Constitucionais Transformadores*, ed. por Ana Carolina Lopes Olsen, Melina Girardi Fachin e Patrícia Perrone Campos (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022), 115-136, 121.

¹² Olsen e Fachin, “Diálogo judicial cooperativo”, 172.

ser desprovida de inclinações autoritárias. Isso significa que nem a predominância exclusiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nem a defesa incondicional da soberania nacional como justificativa para todas as práticas são adequadas. A viabilização desse diálogo judicial cooperativo requer, por sua vez, a simultânea abertura, tanto dos Estados quanto da Corte Interamericana.¹³

Percebe-se, portanto, que os diálogos judiciais entre Cortes Constitucionais e a Corte Interamericana são marcados pela reciprocidade, não sendo suficiente que somente os juízes nacionais incorporem na elaboração de suas decisões os padrões determinados “pelas normas convencionais e jurisprudência da Corte Interamericana, como também convém aos juízes interamericanos atentarem-se aos julgados nacionais”.¹⁴

É possível observar que a jurisdição interna dos Estados igualmente executa importante missão transformadora, pois, muito embora as Constituições da região sejam munidas de um viés transformador, por conta da previsão de um amplo rol de direitos fundamentais, sociais, coletivos, dentre tantos outros, essa previsão não implica, de pronto, na imediata prestação e respeito a tais direitos fundamentais, carecendo de concretização pela via jurisdicional. As características simbólicas e não instrumentais que são a tônica desse amplo rol de direitos não asseguram a sua concretização, o que pode desaguar em prejuízos na efetivação dos direitos fundamentais, de onde surgem as omissões políticas que conformam o epicentro dos processos estruturais.¹⁵

Face à afronta aos direitos fundamentais gerada pela omissão ou insuficiência da atuação do Poder Público em articular e implementar as políticas públicas aptas a garantirem o gozo dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, os indivíduos ou grupos afetados recorrem ao Poder Judiciário, a fim de buscar uma solução para a falta de atuação estatal, surgindo, assim, “os processos estruturais, demandas complexas que envolvem múltiplos interesses e intentam modificar a estrutura de determinadas instituições, geralmente públicas”.¹⁶

No entanto, apesar de a concretização e efetivação desses direitos depender de amplas ações coordenadas entre as instituições que integram o Poder Público do Estado, essas mesmas Constituições que abarcam um amplo rol de direitos, em contraposição, têm mantido “um modelo de distribuição de poder que não é coerente nem funcional com o objetivo de tornar efetivas ou transformar em realidade as grandiosas promessas constitucionais”.¹⁷

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibid.*, 170.

¹⁵ Lima e Serafim, “Direito comparado e processos estruturais”, 196.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Jorge Ernesto Roa Roa, “La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 49 (2021): 35-58, 39.

Assim, Gargarella¹⁸ define que as Constituições latino-americanas contêm declarações de direitos “progressistas”, mas que, por outro lado, conservam estruturas de gestão que detêm o monopólio do poder. O autor ainda define essa situação como “el problema de la sala de máquinas” das novas Constituições latino-americanas.

Diante dessa realidade é que o constitucionalismo transformador confia às Cortes Constitucionais a tarefa de revisar – a partir de decisões judiciais imbuídas de elevadas cargas de justificação racional, fundamentadas nos precedentes e normas legais e nos valores morais da nova ordem constitucional – aquelas estruturas que minam a realização dos compromissos constitucionais, abrindo espaço para um ativismo judicial dialógico, direcionado a conceder uma interpretação às normas constitucionais que opere como fundamento à promoção da máxima da inclusão.¹⁹

Ainda, diante de possíveis insuficiências e/ou inércia na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo na prestação dos direitos fundamentais, é que a atuação jurisdicional (nacional e internacional), se converte em verdadeira concretizadora de mudanças sociais, através da incorporação de uma postura jurisdicional ativa, na linha do constitucionalismo transformador. Nessa situação, a jurisdição constitucional deve ser ativista no sentido material de desbloquear as vias que possibilitam a promoção de mudanças rumo à democracia social, de modo que “as cortes constitucionais podem assumir o papel de representantes argumentativos dos grupos sociais negligenciados pelos processos políticos tradicionais”.²⁰

Esse pensamento se alinha, em certa medida, aos posicionamentos traçados por Ely,²¹ quando defende que a jurisdição constitucional permanece encarregada pela garantia da observância das regras do jogo democrático e pela constante manutenção da abertura dos canais de participação e de mudança política, principalmente quando se trata de “minorias insulares”.

Pretendendo afastar eventuais críticas antidemocráticas traçadas contra essa atuação judicial transformadora, Garavito e Franco²² reforçam que, diante dos frequentes casos de “bloqueio” institucional – os quais refletem na frustração da realização dos direitos constitucionais e na falta de políticas públicas suficientes para tratar dos problemas sociais urgentes –, desde uma perspectiva democrática, as Cortes Constitucionais configuram um instrumento de desobstrução do funcionamento

¹⁸ Roberto Gargarella, “La revisión judicial en democracias defectuosas”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 9, n.º 2 (2019): 153-169, 154.

¹⁹ Ana Carolina Lopes Olsen e Katya Kozicki, “O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF”, *Suprema: revista de estudos constitucionais* 1, n.º 1 (2021): 82-118, 95.

²⁰ *Ibid.*, 96.

²¹ John Hart Ely, *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade* (São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010), 136-137.

²² César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia* (Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010), 17.

do Estado e auxiliam na proteção dos direitos e na aproximação daqueles que têm dificuldade de ingressar nos ambientes democráticos.

Em defesa dessa renovada concepção de atuação ativa das Cortes Constitucionais e afastando a crítica antidemocrática das decisões de cunho transformador, Garavito e Franco afirmam que:

O novo ativismo judicial, portanto, parte da constatação de situações recorrentes de bloqueio institucional ou político que impedem a realização dos direitos. Nesses casos, frequentes nas democracias contemporâneas, o Judiciário, embora não seja a instância ideal ou esteja dotado de todas as ferramentas para cumprir a tarefa, aparece como o único órgão do Estado com a independência e o poder para agitar tal estagnação. Em suma, se o ativismo judicial opera nas circunstâncias e por meio dos mecanismos adequados, seus efeitos, em vez de serem antidemocráticos, são dinamizadores e promotores da democracia.²³ (Tradução própria)

Assim, o constitucionalismo transformador defende, principalmente diante de cenários de presidencialismo acentuado ou de hiperpresidencialismo (usualmente presentes em democracias em fase de consolidação, típicas dos países da América Latina), que aos tribunais constitucionais seja atribuída a tarefa de reestabelecer o equilíbrio entre os Poderes, não permitindo que a última palavra a respeito da interpretação Constitucional permaneça sob a incumbência de um Poder Legislativo pouco independente do Executivo ou nas mãos de um Poder Executivo demasiadamente influente e poderoso.²⁴

O diálogo é outro ponto de desmantelamento da crítica a respeito dos riscos da centralidade do Poder Judiciário no constitucionalismo transformador latino-americano (Iccal), já que esse é um dos principais pressupostos desse modelo. A indispensabilidade do diálogo nas decisões estruturais que visam à transformação social decorre do fato de que, para que sejam adequadas e efetivas, a natureza dessas decisões exige complexas ações coordenadas entre atores institucionais e a sociedade civil, não podendo ser dispensadas, durante esse processo, as interações dialógicas entre sociedade, poder público e órgão jurisdicional. Em vista disso, o modelo dialógico serve bem à tarefa de facilitar a cooperação entre os mais diversos atores.²⁵

Interligando-se a isso, além das críticas antidemocrática e ativistas direcionadas às atuações judiciais estruturais, igualmente é questionada a capacidade das Cortes

²³ *Ibid.*, 39.

²⁴ Jorge Ernesto Roa Roa, “O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano”, em *Diálogos Constitucionais Transformadores*, ed. por Ana Carolina Lopes Olsen, Melina Girardi Fachin e Patrícia Perrone Campos (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022), 99-114, 104.

²⁵ Olsen e Kozicki, “O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural”, 96.

de promoverem transformações estruturais, uma vez que, na maioria dos casos, decidem casos individuais, não possuindo conhecimentos suficientes sobre políticas públicas e, ademais, dependem da atuação colaborativa dos demais ramos do Poder Público para que suas decisões sejam efetivadas. Em resumo, a crítica é calcada na alegação de que as Cortes “carecen de la visión de conjunto, la planeación a largo plazo, la información técnica y el poder coercitivo para resolver problemas colectivos”.²⁶

Desse ponto de vista crítico ignora-se o fato de que o ativismo dialógico, característico dos casos estruturais e pressuposto do Iccal, implica no constante diálogo entre Poder Judiciário, órgãos públicos, organizações da sociedade civil, cidadãos e os Poderes Executivo e Legislativo, para que, a partir dessa interlocução, possam articular salutar resposta para o problema estrutural.

Nesse sentido, explorando os reflexos do ativismo judicial dialógico sobre os direitos econômicos sociais e culturais, Garavito destaca que:

As sentenças dialógicas estabelecem fins gerais e processos de execução claros, com prazos firmes e exigência de relatórios de progressos na execução, ao mesmo tempo em que deixam as decisões substanciais e os resultados detalhados para os órgãos administrativos. As ordens dessa natureza não só são compatíveis com o princípio da separação de poderes, como também podem promover a eficácia geral de uma determinada decisão. Em segundo lugar, uma abordagem dialógica dos casos de DESC (Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) fomenta os mecanismos participativos de acompanhamento, como as audiências públicas, as comissões de fiscalização nomeadas pelo tribunal e os convites à sociedade civil e aos órgãos administrativos para que apresentem informações relevantes e participem de debates promovidos pelo tribunal. Esses mecanismos promovem a deliberação democrática e melhoram os efeitos das intervenções dos tribunais.²⁷ (Tradução própria)

Ou seja, a prática do ativismo judicial dialógico possibilita ao magistrado buscar suplantiar os obstáculos estruturais, superar a ausência de condições de concretização de um diálogo entre os atores que fazem parte da situação e, ainda, exige dos órgãos públicos a adequação dos procedimentos que ocasionaram a violação, ao mesmo tempo que envolvam e dialoguem com os demais atores nesse processo de planejamento da mudança, seja através de mecanismos como as audiências públicas, *amicus curiae*, entre outros.²⁸

²⁶ Garavito e Franco, *Cortes y cambio social*, 36.

²⁷ César Rodríguez Garavito, “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 2, n.º 14 (2013): 1-27, 07.

²⁸ Alfonso Renato Vargas Murillo, “Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidade”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 49 (2020): 01-34, 16.

Sendo assim, os juízes constitucionais, no constitucionalismo judicial dialógico, operam como garantidores das condições mínimas de diálogo entre os atores, pretendendo, com isso, afastar as objeções antidemocráticas, diante da garantia de mecanismos de participação discursiva dos cidadãos no processo de construção da decisão jurisdicional.²⁹

Ainda, segundo Franco e Garavito, as próprias características do ativismo dialógico podem mitigar as críticas relacionadas a possível “juristocracia” e incapacidade das Corte Constitucionais de promoverem transformações significativas, pois

As sentenças da jurisprudência dialógica tendem a abrir um processo de acompanhamento que incentiva a discussão de alternativas de políticas públicas para solucionar o problema estrutural detectado na sentença. Os detalhes das políticas, portanto, tendem a surgir ao longo do processo de acompanhamento, não na própria sentença. Com frequência, além disso, as ordens das sentenças não implicam obrigações de resultado muito precisas, mas sim o dever das autoridades públicas de projetar e implementar políticas que avancem na proteção dos direitos violados.

Em segundo lugar, a implementação das sentenças ocorre por meio de mecanismos de acompanhamento periódicos e públicos. Ao manter sua competência sobre o caso após a sentença, os tribunais dialógicos costumam proferir novas decisões à luz dos avanços e retrocessos do processo, e incentivar a discussão entre os atores do caso em audiências públicas e deliberativas.

Em terceiro lugar, por essa razão, as sentenças dialógicas tendem a envolver um espectro mais amplo de atores sociais nesse processo de acompanhamento. Além do próprio tribunal e das entidades públicas destinatárias das ordens, a implementação envolve todos aqueles que, direta ou indiretamente, são afetados ou têm interesse legítimo no resultado do caso estrutural. Isso inclui as vítimas cujos direitos foram violados, as organizações da sociedade civil relevantes, os organismos internacionais de direitos humanos e outros atores cuja participação seja útil para a proteção dos direitos objeto do caso, desde organizações de base até centros acadêmicos.³⁰ (Tradução própria)

Dessa forma, essa renovada visão do constitucionalismo exige que os magistrados permaneçam comprometidos com os valores constitucionais, para que possam produzir impactos transformadores e empoderar os movimentos sociais a partir de suas decisões, objetivando facilitar a inclusão, no processo democrático, de grupos que enfrentam barreiras significativas na realização de suas demandas junto às

²⁹ Murillo, “Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidade”, 17.

³⁰ Garavito e Franco, *Cortes y cambio social*, 55-56.

autoridades detentoras de poder, com o propósito de fomentar o fortalecimento da participação da sociedade civil.³¹

Como visto até então, quando as Cortes Constitucionais desempenham um esforço transformador em suas decisões, para que adquiram efetividade, necessariamente devem contar com o apoio de aliados sociais e institucionais, tais como os cidadãos, as organizações da sociedade civil e os demais órgãos e Poderes do Estado.³² Assim, observa-se que só há espaço para o constitucionalismo transformador dentro daqueles contextos sociais em que o Estado, como um todo, valendo-se da sua Constituição como instrumento e pretendendo dar-lhe efetividade, esteja comprometido em promover transformações sociais.³³

No entanto, quando não há uma nítida convergência entre todos os Poderes do Estado em aceitar o mandado transformador, os juízes constitucionais devem adequar sua atuação, a depender da natureza da agenda contraposta, se conservadora ou regressiva, pois, diante da primeira, deverão limitar-se a promover as mudanças, identificando pontos cegos e cargas de inércia; já no caso da segunda, devem optar por preservar os avanços galgados em épocas de progresso social, pretendendo evitar retrocessos por intermédio de sua atividade jurisdicional.³⁴

A respeito da possibilidade de ocorrerem, durante o processo legislativo, “pontos cegos” ou de “inércia” na fase de criação legislativa ou de implementação das normas constitucionais, tais fatores comprometem em demasia a ordem constitucional, o que justifica a adoção de medidas pelos demais atores (como as Cortes Constitucionais), “a fim de realizar um desbloqueio tanto pelo aspecto discursivo e racional de seus processos quanto pela coercitividade de suas decisões”.³⁵

Não obstante ao fato de que a Corte IDH e os juízes constitucionais dos Estados desempenhem um papel central no desenvolvimento de mudanças sociais importantes através de suas decisões, importa salientar que outro pilar do projeto do constitucionalismo transformador latino-americano é o de reconhecer e empoderar os atores não institucionais (como as organizações não-governamentais e a sociedade civil) para que desempenhem, conjuntamente com os demais órgãos do Estado, a proteção dos direitos humanos.³⁶

³¹ Olsen, *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano*, 240.

³² Roa Roa, “O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano”, 107.

³³ Olsen e Broocke, “Litígios estruturais e a proteção dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19”, 556.

³⁴ Roa Roa, “O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano”, 108.

³⁵ Olsen e Kozicki, “O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural”, 98.

³⁶ Roa Roa, “O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano”, 111.

Esse incentivo à participação social decorre do fato de que um dos princípios fundantes do Iccal é promover a inclusão, garantindo e promovendo uma maior inserção e acesso dos cidadãos junto aos sistemas nacionais e internacionais de justiça. Com isso, essa expansão do acesso dos cidadãos aos Tribunais acresce não só o potencial transformador – por possibilitar a oitiva daqueles que estão expostos diretamente à situação violadora –, bem como incorpora dimensões legitimadoras às decisões judiciais, mitigando a visão das instituições públicas com instâncias distantes e ineficazes. Essa ampliação dos espaços de participação e acesso do cidadão aos tribunais não lança efeitos apenas na legitimidade da decisão e no aumento da confiabilidade em relação às instituições públicas, possibilita uma maior aproximação dos juízes com os problemas sociais, viabiliza um maior controle da sociedade civil sobre a agenda judicial e reaproxima as instituições dos compromissos constitucionais.³⁷

Essa aproximação e maior espaço para a escuta dos cidadãos igualmente promove efeitos positivos quando se trata de casos envolvendo situações de violações sistêmicas de direitos humanos decorrentes de discriminação estrutural,³⁸ considerando-se o habitual silenciamento desses grupos dentro dos espaços de deliberação democrática. Sendo assim, com o empoderamento social e a abertura das Cortes Constitucionais, os grupos em situação de vulnerabilidade, que sofrem os efeitos da discriminação estrutural, são encorajados a levar ao Poder Judiciário as suas demandas através da propositura de litígios estruturais e, por meio desses, requerer medidas transformativas, capazes de cessar a situação violadora.

Levando-se em consideração que os litígios estruturais atuam como mecanismos capazes de levar as demandas de grupos em situação de violação estrutural ao Poder Judicial, requerendo decisões transformadoras, integradas por medidas estruturantes, na sequência serão abordadas as suas particularidades.

³⁷ *Ibid.*, 112-113.

³⁸ “Com esta expressão, podemos nos referir a situações de desigualdade social, subordinação ou dominação em que não é possível individualizar uma conduta específica ou identificar um tratamento ao qual se possa imputar a proibição jurídica da discriminação. Portanto, são situações que ficam fora do conceito jurídico de discriminação. Trata-se de um tipo de desigualdade baseada no status, no poder de definição de identidades e na tomada de decisões. São dinâmicas sociais reiteradas que levam à persistência de estruturas de subordinação e a resultados sistematicamente desvantajosos para certos grupos, mesmo na ausência de motivos discriminatórios explícitos reconhecidos pelo direito. [...] As características da discriminação estrutural mostram que se trata de processos sociais difusos e sistêmicos – independentemente da intencionalidade ou vontade das pessoas individualmente consideradas – que se reproduzem institucionalmente, pois atravessam ou se projetam em todas as dimensões da existência. Isso ocorre tanto no âmbito público e social quanto no privado e doméstico, interseccionando-se com as variáveis sociais de maior relevância” (Tradução própria). *Isonomia*, n.º 39 (2013): 127-157, 148.

2. Litígios estruturais: reivindicação de medidas estruturantes junto à jurisdição constitucional transformadora

No presente estudo, ao empregar-se a terminologia “litígio estrutural”,³⁹ não se objetiva obliterar a existência e utilização de outras definições, tais como “litígio estratégico”,⁴⁰ “conflito/litígio de interesse público”,⁴¹ “litígio de reforma estrutural”,⁴² “conflitos estruturais”,⁴³ dentre tantas outras definições dadas pelos pesquisadores da área.

Concedendo enfoque para os termos geralmente mais empregados, na doutrina há um intenso debate em relação aos conceitos de “litígio estratégico” e “litígio

³⁹ Opta-se pela terminologia “litígio estrutural” com base nos escritos produzidos por Mariela Puga, especialmente sua tese doutoral intitulada “Litigio Estructural”.

⁴⁰ Diversos autores empregam a definição “litígios estratégicos”: Evorah Lusci Cardoso Costa, *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos* (Belo Horizonte: Fórum, 2012); María Sofia Sagües, “Discriminación estructural, inclusión y litígios estratégicos”, em *Inclusión, los Communes y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Colección Constitución y Derechos*, ed. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi e Rogelio Pantoja (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 129-178. Leticia Marques Osorio, “Litígio Estratégico em Direitos Humanos: Desafios e Oportunidades para Organizações Litigantes”, *Revista Direito e Práxis* 10, n.º 1 (2019): 571-592. Sandra Carvalho e Eduardo Baker, “Experiências de litígio estratégico no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”, *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos* (2014): 465-475. Ligia Fabris Campos, “Litígio estratégico para igualdade de gênero: O caso das verbas de campanha para mulheres candidatas”, *Revista Direito e Práxis* 10, n.º 1 (2019): 593-629. Lucía B. Bellochio, “Litígios Estratégicos: revisão da jurisprudência argentina”, *Revista Jurídica* 03, n.º 44 (2016): 411-425. Brunela Vincenzi, Gustavo Silva Alves e Priscilla Correa Gonçalves de Rezende, “As ações coletivas como espécie de litígio estratégico: um diálogo com a luta social por reconhecimento de Axel Honneth”, *Revista Jurídica Direito & Paz* XVIII, n.º 34 (2016): 209-236. Filipe Rodrigues de Souza, “O acesso à justiça pela via do litígio estratégico: enfrentando a litigiosidade habitual predatória”, *Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais*, n.º 7 (2022): 109-131.

⁴¹ Aplicam a definição “conflito/litígio de interesse público”: Samuel Paiva Cota e Leonardo Silva Nunes, “Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público”, *Revista de Informação Legislativa: RIL* 55, n.º 217 (2018): 243-255. María Carlota Ucin, “El rol del juez en el litigio de interés público”, *Revista da Faculdade de Direito da FMP* 13, n.º 2 (2018): 61-77.

⁴² Como exemplos de expoentes dessa terminologia: Francisco Verbic, “Execução de sentenças em litígios de reforma estrutural na República Argentina: dificuldades políticas e procedimentais que incidem sobre a eficácia dessas decisões”, *Revista de Processo* 45, n.º 305 (2020): 403-424. Pablo S. Carducci, “¿Puede influir en política pública a través de procesos judiciales? El rol del juez em el litigio de reforma estructural”, em *El Control de la Actividad estatal II*, ed. por Enrique M. Alonso Regueira (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016), 59-73.

⁴³ Ver: Camila Perez Yeda Moreira de Santos, *Processo estrutural: controle jurisdiccional de políticas públicas* (São Paulo: Almedina, 2021), 62.

estrutural”. Tratando de desanuviar esta controvérsia, Vitorelli⁴⁴ advoga que, por mais que se encontre em publicações nacionais o termo “litígio estratégico”, essa expressão, possivelmente, tem raiz em uma tradução equivocada do termo *strategic litigation*, que tem como significado o termo “processo estratégico”. Para ele, o que poderá ser caracterizado como estratégico é o processo, já que o litígio/conflito nunca poderá ser estratégico, uma vez que esse tem origem na realidade, estando intrinsecamente ligado à situação de oposição dos interesses das partes ou em razão da dissonância de seu comportamento em relação ao que prevê o ordenamento jurídico.

Em outra linha, defendendo a existência do termo “litígio estratégico”, para autores como Nóbrega e França⁴⁵ o litígio estrutural é o objeto da adjudicação, enquanto o litígio estratégico é a ação que adjudica o objeto. Sendo assim, considera-se um litígio estratégico o ato de judicializar um problema ou demanda social a fim de, por meio dele, obter-se uma alteração da realidade social; já os litígios estruturais “consistem no problema que se pretende transpor, podendo, se judicializado, dar ensejo a um processo estrutural no qual o Judiciário poderá determinar medidas estruturantes”.⁴⁶

Em resumo, os litígios estruturais conformam o problema que deságua em uma violação sistêmica de direitos fundamentais, devendo essa situação ser enfrentada a partir da ferramenta judicial denominada “processo estrutural”. Salienta-se, portanto, que nem todas as situações que envolvam um litígio estrutural serão judicializadas, mas, quando for o caso, é desejável que sejam tratadas via processo estrutural.⁴⁷

Sobre esse instituto processual, Owen Fiss, um dos precursores dessa abordagem, explica que:

O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.⁴⁸ (Tradução própria)

⁴⁴ Edilson Vitorelli, “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”, *Revista de Processo* 284 (2018): 333-369, 345.

⁴⁵ Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega e Eduarda Peixoto da Cunha França, “Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público): Ao fim e ao cabo, denominações de um mesmo instituto para a defesa de direitos fundamentais?”, *Revista Pensar* 27, n.º 1 (2022): 01-12, 06.

⁴⁶ Nóbrega e França, “Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público)”, 10.

⁴⁷ Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega e Eduarda Peixoto da Cunha França, “A importância do experimentalismo democrático na resolução de litígios estruturais pela via judicial: flexibilidade e participação no controle de políticas públicas”, *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)* 9, n.º 2 (2021): 210-238, 213-214.

⁴⁸ “The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means

Assim, passando-se para o retrospecto histórico do surgimento dessa espécie de litigância, esses conflitos de interesse público, que tutelam a proteção de direitos fundamentais coletivos, surgem na década de 50, no direito norte-americano, a partir do julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* pela Corte Warren,⁴⁹ que inaugura uma nova fase da atividade judicial, onde é possível observar-se de maneira mais evidente a renovação do compromisso daquela Corte em relação à proteção das minorias.⁵⁰

Naquela reforma estrutural promovida pelo Tribunal pode-se observar um intenso empenho para que se colocasse em prática a decisão do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, tendo-se em vista que o caso exigia da Corte uma postura que possibilitasse uma transformação radical. Diante disso "Os tribunais tiveram que superar a resistência mais intensa e, ainda mais problematicamente, tiveram que penetrar e reestruturar organizações de grande escala, como os sistemas públicos de ensino".⁵¹

Esse e outros casos julgados na sequência trilharam uma doutrina na qual se reconhece que certos casos de litígios em direito público exigem um tratamento distinto daquele dispensado aos litígios tradicionais, que preveem efeitos apenas sobre as partes diretamente ligadas à contenda. Os litígios em direito público, por envolverem uma coletividade – muitas vezes dispersa, indeterminada ou indeterminável –, bem como por questionarem o funcionamento e pretenderem a reestruturação de instituições (públicas e/ ou privadas) ou de serviços públicos (como, por exemplo, sistemas educacional, carcerário e instituições de saúde mental), exigem medidas distintas daquelas características dos modelos clássicos de litígio, tendo em vista que as soluções, nos casos de conflito de interesse público, deveriam ser arbitradas a longo prazo.⁵²

by which these reconstructive directives are transmitted". Owen Fiss, "The Forms of Justice", *Harvard Law Review* 93 (1979): 01-58, 02.

⁴⁹ A definição "Corte de Warren" é utilizada para se referir ao período em que a Supremo Corte norte-americana foi presidida pelo juiz Earl Warren, entre os anos de 1953 até 1969. Para o magistrado, a Corte desempenhava um papel fundamental na proteção dos direitos fundamentais, de modo que esse período é conhecido como um dos mais progressista sobre a matéria. Fábio Periandro de Almeida Hirsch e Jailce Campos e Silva, "A aplicação interpretativa do Direito: estudo de caso da Corte de Warren e sua influência sobre o Supremo Tribunal Federal", *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* 21, n.º 86 (2021): 177-204, 195.

⁵⁰ Mariela G. Puga, "El control de constitucionalidad y la Litis estructural en *Brown v. Board of Education*", *Ideas & Derecho. Revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* 9 (2013): 121-183, 123.

⁵¹ "The courts have had to overcome the most intense resistance and, even more problematically, have had to penetrate and restructure large-scale organizations such as public school systems". Owen Fiss, *The Civil Rights Injunctions* (Bloomington: Indiana University Press, 1978), 02-03.

⁵² Roberto Omar Berizonce, "Los conflictos de interés público", em *O processo para solução de conflitos de interesse público*, ed. por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henrique Costa (Salvador: Editora Juspodivm, 2017), 261-285, 266-267.

Diante disso, com o julgamento da *class action* (ação coletiva) do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, a jurisdição constitucional estadunidense inaugurou uma nova forma de atuação, voltada para a efetiva implementação de reformas nas estruturas de funcionamento das instituições burocráticas do Estado que iam de encontro com os ditames constitucionais. Tais readequações partem do pressuposto colaborativo entre juízes e partes envolvidas, sendo instrumentalizados pelas denominadas *structural injunctions*, que podem ser traduzidas como “ordens estruturais” ou “medidas estruturais”.⁵³

As *structural injunctions*, portanto, são as ações coordenadas e complexas proferidas nas ações estruturais, definidas por Owen Fiss⁵⁴ como *structural reform litigation* e denominadas por Abram Chayes⁵⁵ como *public law litigation*. Diante desses casos, o juiz constitucional acaba investido no papel de “criador e gestor de formas complexas de reparação contínua, que têm efeitos generalizados sobre as pessoas que não estão presentes no tribunal, e exigem o envolvimento contínuo do juiz na administração e implementação”.⁵⁶

Por mais que a origem dos litígios estruturais esteja atrelada às decisões da Suprema Corte Norte-Americana sobre segregação racial, percebe-se que, concomitantemente aos acalorados debates desenvolvidos no Estados Unidos sobre o tema –impulsionado por escritos como os de Sabel e Simon–⁵⁷ na América Latina, essas intervenções judiciais estruturais, que visam a solucionar complexas situações de inconstitucionalidade, têm demonstrado ser um instrumento crucial para promover processos de mudanças sociais, muito especialmente em cenários marcados por problemas como a desigualdade e a insuficiente salvaguarda de direitos fundamentais. Essas intervenções se destacam como uma das manifestações mais notáveis da judicialização da política⁵⁸ e, na prática, as sentenças estruturais têm realmente gerado uma direta interferência contínua dos Tribunais no âmbito de atuação das autoridades representativas, com o propósito de modelar as ações

⁵³ Bianca M. Schneider van der Broecke, *Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas* (Londrina, PR: Thoth, 2021), 25.

⁵⁴ Fiss, *The Civil Rights Injunctions*.

⁵⁵ Abram Chayes, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, *Harvard Law Review* 89, n.º 7 (1976): 1281-1316.

⁵⁶ “Creator and manager of complex forms of ongoing relief, which have widespread effects on persons not before the court and require the judge’s continuing involvement in administration and implementation”. Chayes, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, 1284.

⁵⁷ Charles F. Sabel e William H. Simon, “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, *Harvard Law Review* 117, n.º 4 (2004), 1016-1101.

⁵⁸ Mônia Clarissa Hennig Leal, “Aspectos históricos y conceptuales del activismo judicial, ese ilustre (des)conocido”, en *Activismo Judicial. Cómo deciden los tribunales constitucionales en América Latina Un análisis a partir del matrimonio civil igualitario*, ed. por Marie-Christine Fuchs e Mônia Clarissa Hennig Leal (Colômbia: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2022), 13-77.

públicas do Estado para que sejam corrigidos eventuais episódios de violações de direitos humanos.⁵⁹

Como exemplo dessa influência, que faz com que os problemas estruturais passem a ser observados com maior zelo pelas Cortes Constitucionais na América-Latina, pode-se mencionar o desenvolvimento jurisprudencial da figura do “estado de coisas inconstitucional” pela Corte Constitucional da Colômbia, que demonstra a atuação ativa e transformadora daquele tribunal no que diz respeito à “concretização da faceta prestacional de direitos fundamentais, por meio da adoção de um novo mecanismo procedimental que busca a solução dos denominados ‘litígios estruturais’”.⁶⁰

Assim, há uma similaridade entre os casos estruturais discutidos pela doutrina comparada norte-americana e a teoria colombiana do “estado de coisas inconstitucional”, pois ambos têm como característica: 1º) A situação de falha generalizada das políticas públicas e a violação repetida e em larga escala de direitos, e; 2º) Um bloqueio no processo político ou institucional que parece resistente aos mecanismos convencionais de ajuste e correção das políticas públicas.⁶¹

Contextualizando o debate na doutrina brasileira, Vitorelli⁶² afirma que o litígio estrutural pode ser caracterizado como uma *litis* com elevado grau de complexidade, que conta com uma multiplicidade de polos de interesse, sendo que, através desse tipo de ação, perante a via jurisdicional, é reivindicada a efetivação e proteção de determinados valores públicos juridicamente relevantes, os quais não foram prestigiados de maneira espontânea pela sociedade.

Nota-se, portanto, que há, no âmago dos litígios estruturais, uma série de elementos intrínsecos a esses casos, os quais permitem a sua identificação. Na perspectiva de Puga, são sete as características centrais de um litígio estrutural:

- (1) *A intervenção de múltiplos atores processuais.*
- (2) *Um coletivo de afetados que não intervêm no processo judicial, mas que, no entanto, são representados por alguns de seus pares e/ou por outros atores legalmente autorizados.*
- (3) *Uma causa fonte que determina a violação de direitos em escala. Tal causa se apresenta, em geral, como uma regra legal, uma política ou prática (pública ou privada), uma condição ou uma situação social que vulnera interesses de maneira sistêmica ou estrutural, embora não sempre homogênea.*
- (4) *Uma organização estatal ou burocrática que funciona como o quadro da situação ou condição social que viola direitos.*

⁵⁹ Broocke, *Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo*, 55.

⁶⁰ *Ibid.*, 25.

⁶¹ Garavito e Franco, *Cortes y cambio social*, 40.

⁶² Edilson Vitorelli, “Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual”, em *Processos Estruturais*, ed. por Sérgio Cruz Arenhart, Marco Félix Jobim e Gustavo Osna (São Paulo: Juspodivm, 2022), 351-398, 352-353.

- (5) A invocação ou reivindicação de valores de caráter constitucional ou público com propósitos regulatórios a nível geral, e/ou demandas de direitos econômicos, sociais e culturais.
- (6) Pretensões que envolvem a redistribuição de bens.
- (7) *Uma sentença que implica um conjunto de ordens de implementação contínua e prolongada.*⁶³ (Tradução própria)

Franco e Garavito,⁶⁴ igualmente pretendendo identificar traços característicos desses “litígios estruturais” ou “casos estruturais”, afirmam que esses casos são marcados pelos seguintes traços: 1) Envolvem um amplo contingente de indivíduos que reivindicam face a violação de seus direitos, sendo representados diretamente ou por meio de organizações que litigam em prol da causa; 2) Diversas entidades estatais são demandadas como responsáveis pela violação devido às falhas sistêmicas em políticas públicas; e, 3) Implicam no proferimento de decisões de execução complexa, as quais compreendem diversas ações coordenadas a serem executadas sob a responsabilidade de entidades públicas, a fim de proteger toda a população afetada, não permanecendo tais medidas da decisão judicial restrita a proteger apenas as partes envolvidas no caso demandado judicialmente.

Deste modo, diante de situações de bloqueio político institucional e de violações massivas de direitos humanos e fundamentais, o conflito de interesse público ou litígio estrutural é um instrumento valioso para a transformação da realidade social daqueles grupos vulneráveis que, recorrentemente, não têm seus interesses prestigiados pela agenda política. Assim, o litígio estrutural configura uma demanda judicial que reivindica a superação de falhas persistentes na prestação de políticas públicas, derivadas de atuações insuficientes,⁶⁵ inadequadas ou omissões reiteradas do Poder Público, que levam a uma violação dos direitos constitucionalmente protegidos e exige uma reestruturação dos arranjos institucionais que seja apta a incorporar um novo estado de coisas.⁶⁶

Dessa forma, esses litígios podem ser utilizados como meios de desmantelamento de uma violação sistêmica de direitos humanos e fundamentais, superando a violação a partir de uma reforma instrumentalizada pela via processual, por meio da adoção de medidas de caráter estrutural. Assim, em contextos de desigualdade social

⁶³ Mariela Puga, “El litigio estructural”, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* 2 (2014), 41-82, 45-46.

⁶⁴ Garavito e Franco, *Cortes y cambio social*, 16.

⁶⁵ Mônia Clarissa Henning Leal e Rosana Helena Maas, “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020).

⁶⁶ Bianca M. Schneider von der Broocke, “Litígios estruturais e constitucionalismo transformador: perspectiva e desafios para uma gestão processual dialógica no Supremo Tribunal Federal”, em *Diálogos Constitucionais Transformadores*, ed. por Ana Carolina Lopes Olsen, Melina Girardi Fachin e Patrícia Perrone Campos (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022), 137-160, 146.

e proteção insuficiente dos direitos fundamentais, as decisões judiciais que pretendem solver um litígio estrutural configuram uma via que oportuniza um processo de transformação social impulsionado pela atuação jurisdicional.⁶⁷

Tratando-se da proteção de grupos em situação de vulnerabilidade, muitas vezes são necessárias ações afirmativas de discriminação inversa, a fim de combater a desigualdade estrutural que vulnerabiliza tais grupos, convertendo-se as ações afirmativas em instrumentos com vocação transformadora das realidades sociais.⁶⁸

Porém, conforme Fraser e Honneth,⁶⁹ no contexto das demandas estruturais, as medidas transformativas podem ser mais efetivas do que ações afirmativas, pois:

As estratégias afirmativas para reparar a injustiça tentam corrigir os resultados desiguais dos acordos sociais sem tocar nas estruturas sociais subjacentes que os geram. Em vez disso, as estratégias transformadoras aspiram corrigir os resultados injustos reestruturando, precisamente, o quadro gerador subjacente. [...] O cerne do contraste está no nível em que se aborda a injustiça: enquanto a afirmação se concentra nos resultados, no estado final, a transformação aborda as causas últimas.

Em vista disso, diante de litígios estruturais, a sua solução dependerá de medidas jurisdicionais transformativas – não excluindo a possibilidade de serem integradas por medidas de ações afirmativas, quando essas forem necessárias para a solução da lide estrutural –, típicas das decisões estruturais, por meio das quais o Poder Judiciário se envolve em maior intensidade com a gestão das estruturas democráticas e, em certa medida, acaba supervisionando políticas e práticas institucionais.⁷⁰

As decisões ou sentenças estruturais oportunizam que, através da intervenção judicial, sejam concedidas respostas as omissões políticas do Estado, adequando as métricas de operação daquelas instituições envolvidas no litígio estrutural,

⁶⁷ Katya Kozicki e Bianca M. Schneider van der Broocke, “Litígios estruturais e a tomada de decisão participativa: perspectivas para uma justiça eficaz e inclusiva”, em *Novas Reflexões Sobre O Pacto Global E Os ODS Da ONU*, ed. por Danielle Anne Pamplona *et al.* (Curitiba: NCA Comunicação e Editora, 2020), 585-600, 586.

⁶⁸ María Sofia Sagües, “Discriminación estructural, inclusión y litígios estratégicos”, en *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Colección Constitución y Derechos*, ed. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Masriela Morales Antoniazzi e Rogelio Pantoja (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 129-178, 177.

⁶⁹ Nancy Fraser e Axel Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (Madrid: Ediciones Morata, 2006), 72.

⁷⁰ Francisco Verbiç, “Ejecución de sentencias en litígios de reforma estructural en la República Argentina: dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones”, em *Processos Estruturais*, ed. por Sérgio Cruz Arenhart, Marco Félix Jobim e Gustavo Osna (São Paulo: Juspodivm, 2022), 67-86, 69.

reorganizando-as para que resolvam as omissões violadoras, ou que, até mesmo, intervenham na criação ou readequação de políticas públicas existentes.⁷¹

Essas decisões estruturais interconectam-se e dependem diretamente da postura transformadora estimulada pelos preceitos do *Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano (Iccal), assim como apostam no ativismo judicial dialógico e no experimentalismo como estratégias de dismantling das estruturas que perpetuam a desigualdade e discriminação estrutural na região e que, por via reflexa, criam situações de massivas violações de direitos humanos.

No entanto, importa destacar que, na lógica do ativismo judicial dialógico e da abordagem experimentalista⁷²/catalisadora,⁷³ nas decisões estruturantes os magistrados não estabelecem, analítica e previamente, todas as atividades que o demandado deverá realizar para saldar a pretensão resguardada pela decisão, sendo que, nesses casos, os juízes somente indicarão os resultados que se deve atingir durante a fase da execução da sentença, permanecendo o modo como se chegará na finalidade especificada na decisão ao encargo do obrigado ou do órgão condenado pela violação.⁷⁴

Nota-se que tanto Puga quanto Franco e Garavito elencam como característica típica das decisões em litígios estruturais uma extensa prospecção para o futuro, o que exige do juiz uma postura distinta das típicas decisões judiciais tradicionais (munidas de imposições rígidas e verticalizadas). A atuação dos juízes em litígios estruturais requer uma abordagem catalisadora, a qual instiga que as partes formem um processo deliberativo para a formulação de medidas judiciais estruturais pertinentes à solução da lide e, posteriormente, que o juiz catalisador avalie a adequação da solução resultante da deliberação das partes e estabeleça prazos para o cumprimento das medidas, criando mecanismos de monitoramento desse cumprimento.⁷⁵

A abordagem definida por Susan Sturm como “catalisadora” é denominada por Sabel e Simon como “experimentalista”, sendo que essas duas definições permanecem imbricadas, pois, de forma semelhante à definição catalisadora, a noção experimentalista dá espaço para que as partes firmem um diálogo e negociem entre si as medidas necessárias para a solução do conflito, soluções essas que, dado seu caráter provisório, permanecem sujeitas a uma revisão contínua, devido à transparência e publicidade dos processos judiciais.⁷⁶

Sendo assim, esse modelo demanda que os remédios judiciais experimentalistas, definidos entre as partes envolvidas no conflito, sejam submetidos a um permanente processo de autorrevisão participativa e ramificada. No entanto, os Tribunais

⁷¹ Lima e Serafim, “Direito comparado e processos estruturais”, 197.

⁷² Sabel e Simon, “Destabilization Rights”.

⁷³ Susan Sturm, “Resolving the Remedial Dilemma: Strategies of Judicial Intervention in Prisons”, *University of Pennsylvania Law Review* 138 (1990): 805-912.

⁷⁴ Verbic, “Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina”, 70.

⁷⁵ Sturm, “Resolving the Remedial Dilemma”, 856-857.

⁷⁶ Berizonce, “Los conflictos de interés público”, 268.

permanecem distantes da tarefa de definir o modo de cumprimento, já que essa é uma tarefa daqueles que fazem parte do conflito.⁷⁷ Nas intervenções experimentalistas, portanto, “Pelo menos em perspectiva, as exigências sobre as capacidades de gestão do tribunal, e o risco para a sua legitimidade política, são menores neste processo colaborativo contínuo do que na reforma de cima para baixo sob a direção do tribunal”.⁷⁸

Esse modelo de intervenção judicial experimentalista, caracterizado pela integração de decisões flexíveis e provisórias, juntamente com procedimentos que promovem a participação contínua das partes, trazendo medidas de *accountability*, demonstra ser uma resposta judicial altamente eficaz na promoção do cumprimento das obrigações constitucionais, pois, à medida que os Tribunais passam a desempenhar um papel substancial na formulação de políticas públicas, não só a independência judicial, bem como a eficiência e a *accountability*, passam a ser critérios democráticos essenciais para a revisão judicial (*judicial review*).⁷⁹

Outro intenso debate sobre o tema está relacionado com a efetividade das respostas judiciais em litígios estruturais, ou melhor, com a mensuração dos impactos fáticos positivos dessas decisões na transformação das realidades inconstitucionais.

De um lado, desconfiando do potencial transformador dos Tribunais Constitucionais na implementação de mudanças sociais, Gerald Rosenberg, ao analisar empiricamente os impactos instrumentais e diretos da decisão do caso *Brown vs. Board of Education*, conclui que a sentença da Suprema Corte Norte-Americana, por si própria, não promoveu, de fato, uma efetiva mudança social da situação de segregação,⁸⁰ conformando, portanto, em certa medida, uma “esperança vazia” (*hollow hope*) quanto ao papel da Corte como indutora de mudanças sociais (Rosenberg, 2008).

⁷⁷ No original: “In cases that take the experimentalist approach, the courts are both more and less involved in reconstituting public institutions than they were when Chayes wrote. They are more involved because experimentalist remedies contemplate a permanent process of ramifying, participatory self-revision rather than a one-time readjustment to fixed criteria. But the courts are less involved because the norms that define compliance at any one moment are the work not of the judiciary, but of the actors who live by them”. Sabel y Simon, “Destabilization Rights”, 1019-1020.

⁷⁸ “At least in prospect, the demands on the managerial capacities of the court, and the risk to its political legitimacy, are smaller in this continuous collaborative process than in top-down reform under court direction”. Sabel e Simon, “Destabilization Rights”, 1020.

⁷⁹ Broocke, *Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo*, 63.

⁸⁰ A afirmação toma como base o fato de que as autoridades públicas americanas dos Estados ao Sul manifestaram resistência em acatar a determinação judicial proferida no caso *Brown*, essa situação recalcitrante culminou na mobilização política característica dos anos de 1960, sendo que foi tal mobilização e a legislação antidiscriminação dela derivada que promoveram uma efetiva dessegregação racial. Em resumo, essa legislação e mobilização política, mais do que a própria decisão judicial, desempenharam um papel preponderante na concretização do processo de dessegregação racial na região sul dos Estados Unidos. Garavito e Franco, *Cortes y cambio social*, 22.

No entanto, contrapondo o pensamento de Rosenberg, uma corrente inspirada na visão construtivista da relação entre direito e sociedade tem expandido os horizontes para além da averiguação restrita aos efeitos instrumentais e diretos dos litígios estruturais em direitos humanos.⁸¹

Debruçando-se sobre os efeitos indiretos, ignorados na análise crítica de Rosenberg, Michael McCann defende que os efeitos indiretos e “irradiados” dos litígios podem lograr impactos mais significativos do que aqueles efeitos diretos da decisão judicial, pois, “Embora as vitórias judiciais muitas vezes não se traduzam automaticamente na mudança social desejada, elas podem ajudar a redefinir os termos das lutas imediatas e de longo prazo entre grupos sociais”.⁸²

Esses efeitos simbólicos e indiretos de um litígio estrutural também podem ser verificados diante da hipótese de uma decisão contrária à demanda que advoga uma transformação social; mesmo nessa situação é possível constatar que o procedimento judicial pode engendrar consequências de cunho transformativo, que se manifestam, por um lado, ao conferir visibilidade ao tema em questão nos canais de comunicação em massa e, por outro, ao estabelecer laços duradouros entre as organizações ativistas envolvidas. Tais laços, inclusive, podem subsistir após a emissão da decisão judicial e propiciar ações políticas coletivas em prol da mesma causa, em contextos que transcendem o âmbito dos tribunais. Esses contextos podem abranger, por exemplo, o Congresso Nacional, manifestações populares nas ruas ou instâncias internacionais dedicadas aos direitos humanos.⁸³

Diante disso, a dimensão estrutural do constitucionalismo transformador levanta inquietações sobre por questões relacionadas à democratização do acesso às Cortes Constitucionais e Regionais, uma vez que os litígios estruturais não dependem apenas de uma cultura jurídica adaptada, conforme já aventado, bem como necessitam de uma intensa mobilização daquelas pessoas que sofrem com a violação de seus direitos, juntamente com as organizações sociais que auxiliam na propositura da demanda.

Tais laços de mobilização social com os organismos comprometidos em promover a concretização dos direitos reforçam a ideia que defende o potencial da sociedade em promover pressão almejando mudanças de “baixo” (da sociedade civil) para “cima” (para os Poderes constituídos), ou seja, a realização judicial de direitos emerge da pressão exercida de “baixo para cima”, sendo originada a partir da atuação organizada e estratégica dessa infraestrutura de suporte.⁸⁴

⁸¹ Garavito e Franco, *Cortes y cambio social*, 22.

⁸² “Although judicial victories often do not translate automatically into desired social change, they can help to redefine the terms of both immediate and long-term struggles among social groups”. Michael McCann, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization* (Chicago: Chicago University Press, 1994), 285.

⁸³ Garavito e Franco, *Cortes y cambio social*, 23.

⁸⁴ Eduarda Peixoto da Cunha França e Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega, “A judicialização de litígios estruturais como estratégia de mobilização política: mudanças sociais “de

Em defesa dos efeitos indiretos e simbólicos dos litígios estruturais, em sentido similar ao que preconizam Fraco e Garavito, Cardoso⁸⁵ afirma que, ainda que a decisão judicial não se incline a favor das pretensões do caso paradigmático em análise, ou mesmo quando a sua implementação se apresenta improvável, é importante salientar que outros objetivos podem subsistir e continuar a impulsionar o propósito subjacente. Entre esses objetivos destaca-se a função de elucidar a interpretação do direito em contextos subsequentes, oferecendo orientações para futuras instâncias judiciais. Ademais, o processo pode servir como um meio para capacitar juízes e advogados na aplicação da linguagem de proteção dos direitos humanos, contribuindo assim para a formação e aprimoramento profissional no campo do direito.

Além disso, a litigância estrutural pode desempenhar um papel significativo na promoção da *accountability* governamental, ao expor ações questionáveis e fornecer um meio para exigir a responsabilização por tais atos. Outra dimensão relevante é a capacidade de influenciar a opinião pública, moldando a consciência e a compreensão da sociedade sobre questões relacionadas aos direitos humanos e, por conseguinte, fomentar um ambiente propício à mudança social. Por fim, a busca por justiça através da litigância estrutural pode desempenhar um papel fundamental na proteção e promoção dos direitos de grupos minoritários, fornecendo um mecanismo para garantir que seus interesses sejam considerados e respeitados no âmbito jurídico.⁸⁶

Como já aventado, a intervenção judicial estrutural tem um marcante caráter dialógico e deliberativo, o que faz com que esses mecanismos participativos e deliberativos contribuam para a implementação das medidas estruturais na fase de execução da decisão. Porém, conforme salientam Nunes, Cota e Faria,⁸⁷ a natureza dos litígios estruturais requer uma releitura da operacionalidade de determinados institutos processuais tradicionais, tendo em vista que, diante de sua estrutura complexa e polimorfa, alguns desses pressupostos, como é o caso dos pedidos da ação e da fase de execução, necessitam ser readequados, para que possam atender as particularidades dos litígios estruturais.

Em relação à imprescindível reinterpretação da etapa processual de formulação dos pedidos, aponta-se a impossibilidade de o autor, no momento da propositura do litígio estrutural, ter amplo e suficiente conhecimento a respeito dos contornos da causa, das medidas que possam ser implementadas e das providências finais mais adequadas à situação em litígio. Diante desses casos, é habitual e necessário que o pedido seja constantemente reinterpretado, adaptado ou reformulado no

baixo para cima” ou “de cima para baixo?”; *Revista Opinião Jurídica* 20, n.º 34 (2022): 85-113, 103.

⁸⁵ Evorah Lusci Costa Cardoso, *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos* (Belo Horizonte: Fórum, 2012), 56.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ Leonardo Silva Nunes, Samuel Paiva Cota e Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria, “Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos”, em *Dos litígios aos processos estruturais*, ed. por Leonardo Silva Nunes (Belo Horizonte: D’Plácido, 2022), 15-36, 30-31.

decorrer do pleito processual e, por consequência das contínuas transformações da realidade fática, essa situação acaba implicando na necessidade de adaptação da causa de pedir.⁸⁸

Já a necessidade de uma releitura do modelo de execução processual clássico diante dos litígios estruturais decorre do fato de que uma condenação hermética, que visa, exclusivamente, à reparação do dano, não terá efeito sobre os diversos direitos materiais e seus respectivos titulares abrangidos pelo litígio estrutural, de modo que as medidas executivas típicas, características dos litígios tradicionais e bipolares, demonstram-se insuficientes para assegurar a eficácia e executividade das decisões de matriz estrutural.⁸⁹

Portanto, é necessário haver um rompimento com a lógica tradicional (direito-obrigação-violação-reparação) acerca de como as violações de direitos humanos são resolvidas pelo Judiciário, já que a mera reparação individual das vítimas lesadas não impede a perpetuação da sistemática violatória, sendo “preciso tomar a violação como ponto de partida para encontrar formas de cessar o comportamento que a origina ou o contexto estrutural que a favorece”.⁹⁰

Assim, dada a complexibilidade dessa espécie de litígio e as múltiplas possibilidades de tutela, ascendem críticas sobre a denominada discricionariedade judicial, uma vez que caberá ao juiz responsável pelo processo estrutural definir a alternativa mais adequada.⁹¹

Porém, deve-se ter em vista que as decisões estruturantes constituem uma exceção dentro do regime clássico de separação de Poderes; por conta disso, devem ser empregadas de forma subsidiária, tanto no aspecto interno quanto externo. Com isso, na dimensão externa, decisões de natureza estrutural devem ser requeridas somente diante de situações em que se constate uma falha contínua na operacionalidade dos organismos políticos ordinários, especialmente aquelas relacionadas à promoção de direitos através de políticas públicas articuladas de maneira deficitária pelos Poderes Legislativo e Executivo ou diante da falta de vontade política em concretizá-las. E, na dimensão interna, a subsidiariedade é prestigiada pelo primado dos mecanismos de implementação da decisão que sejam flexíveis e dialógicos; dessa forma, “as intervenções mais profundas nas demais esferas de poder só serão legítimas acaso precedidas de tentativas de solução mais brandas e voltadas à busca do consenso”.⁹²

À luz das análises e investigações realizadas neste estudo sobre litígios estruturais e seu potencial para promover mudanças sociais significativas, é possível concluir

⁸⁸ *Ibid.*, 30.

⁸⁹ *Ibid.*, 31.

⁹⁰ Vitorelli, “Litígios estruturais”, 353.

⁹¹ *Ibid.*, 360.

⁹² Melina Girardi Fachin e Caio Cesar Bueno Schinemann, “Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais”, *Revista Estudos Institucionais* 04, n.º 01 (2018): 211-244, 227.

que a jurisdição constitucional desempenha um papel crucial na busca por justiça e igualdade para grupos em situação de vulnerabilidade. Através de decisões estruturais de cunho catalisador/experimentalista e do ativismo judicial dialógico, as Cortes têm a possibilidade de enfrentar os fatores que perpetuam a discriminação estrutural e de corrigir as deficiências na prestação de políticas públicas relacionadas à proteção desses grupos.

Além disso, a litigância estrutural se revela uma ferramenta fundamental para o aprimoramento do acesso à justiça e empoderamento da sociedade. Quando os Poderes Legislativo e Executivo se mostram inertes, a jurisdição constitucional pode ser acionada para assegurar a proteção dos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade. Isso não apenas fortalece a capacidade da sociedade de reivindicar mudanças nos padrões institucionais e sociais estigmatizantes que perpetuam a discriminação estrutural, mas também contribui para a consolidação do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, na perspectiva de um “constitucionalismo transformador”.

Conclusão

Com o estudo, identifica-se que a postura transformadora da jurisdição constitucional pretende concretizar direitos, ao mesmo tempo que opera sob as bases da proteção do Estado de Direito, dos direitos humanos e da democracia. No contexto da América Latina, essa ideia é agregada ao movimento do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, o qual não só almeja a criação de *standards* mínimos em direitos humanos, como também tem a intenção de promover o rompimento das situações de violação sistêmica de direitos e sobrepor as dificuldades regionais no sentido de sua concretização.

Apesar de serem imbuídas desse papel transformador, as Cortes Constitucionais, por si sós, não possuem força e *expertise* suficiente para promover mudanças sociais significativas, sendo que a eficácia de suas decisões depende da participação social democrática e de um intenso diálogo judicial cooperativo.

Nesse ponto é que os litígios estruturais complementam a atuação transformadora das Cortes Constitucionais, já que, com a promoção do empoderamento social e abertura das Cortes Constitucionais, os grupos em situação de vulnerabilidade são encorajados a levar ao Poder Judiciário suas demandas, por meio da propositura de litígios estruturais e, através deles, requerer medidas transformativas, com a pretensão de buscar cessar a situação violadora. Portanto, as Cortes Constitucionais podem desempenhar um papel significativo na proteção de grupos vulneráveis, por meio do controle jurisdicional de políticas públicas, no entanto, para isso, dependem de provocação, a qual não só pode como deve decorrer de uma litigância estrutural.

Em vista disso, o litígio estrutural é um instrumento que busca a proteção dos direitos de grupos em situação de vulnerabilidade, especialmente em casos em que

a jurisdição constitucional é demandada com o intuito de prover, face à inércia do Poder Legislativo e do Poder Executivo, a correção de políticas públicas que desempenhem uma proteção insuficiente desses grupos. Nesse sentido, a interligação necessária entre Cortes Constitucionais transformadoras e litigância estrutural se dá pela possibilidade de a jurisdição constitucional, quando demandada via litígios estruturais, por meio de decisões estruturais, promover mudanças sociais significativas.

Assim, a litigância estrutural é um importante instrumento de empoderamento social e de reivindicação de medidas estruturantes junto à jurisdição constitucional transformadora, contribuindo para o aprimoramento do acesso à justiça e empoderamento da sociedade enquanto agente apto a reivindicar, junto à jurisdição constitucional, as profundas e necessárias mudanças dos padrões institucionais e sociais estigmatizantes que levam à discriminação estrutural.

Bibliografia

DOCTRINA

- BERIZONCE, Roberto Omar. “Los conflictos de interés público”. En *O processo para solução de conflitos de interesse público*, editado por Ada PELLEGRINI GRINOVER; Kazuo WATANABE e Susana HENRIQUE COSTA, 261-285. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- BROOKE, Bianca M. Schneider van der. *Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas*. Londrina, PR: Thoth, 2021.
- BROOKE, Bianca M. Schneider von der. “Litígios estruturais e constitucionalismo transformador: perspectiva e desafios para uma gestão processual dialógica no Supremo Tribunal Federal”. En *Diálogos Constitucionais Transformadores*, editado por Ana Carolina LOPES OLSEN, Melina GIRARDI FACHIN e Patrícia PERRONE CAMPOS, 137-160. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CHAYES, Abram. “The Role of the Judge in Public Law Litigation”. *Harvard Law Review* 89, n.º 7 (1976): 1281-1316.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Editora WMF Martins Fontes: São Paulo, 2010.
- FACHIN, Melina Girardi e Caio Cesar BUENO SCHINEMANN. “Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais”. *Revista Estudos Institucionais* 04, n.º 01 (2018): 211-244, 2018.
- FISS, Owen. “The Forms of Justice”. *Harvard Law Review* 93 (1979): 01-58.
- FISS, Owen. *The Civil Rights Injunctions*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha e Flavianne Fernanda BITENCOURT NÓBREGA. “A judicialização de litígios estruturais como estratégia de mobilização política: mudanças sociais “de baixo para cima” ou “de cima para baixo”?”. *Revista Opinião Jurídica* 20, n.º 34 (2022b): 85-113.
- FRASER, Nancy e Axel HONNETH. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*. Madrid: Ediciones Morata, 2006.
- GARAVITO, César Rodríguez. “El activismo dialógico y el impacto de los fallos doble derechos sociales”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 2, n.º 14 (2013): 1-27.
- GARAVITO, César Rodríguez e Diana RODRÍGUEZ FRANCO. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.
- GARGARELLA, Roberto. “La revisión judicial en democracias defectuosas”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 9, n.º 2 (2019): 153-169.
- HIRSCH, Fábio Perianandro de Almeida e Jailce CAMPOS E SILVA. “A aplicação interpretativa do Direito: estudo de caso da Corte de Warren e sua influência sobre o Supremo Tribunal Federal”. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* 21, n.º 86 (2021): 177-204.
- KLARE, Karl E. “Legal culture and transformative constitutionalism”. *South African Journal on Human Rights* 14, n.º 1 (1998): 146-188.
- KOZICKI, Katya e Bianca M. SCHNEIDER VAN DER BROOKE. “Litígios estruturais e a tomada de decisão participativa: perspectivas para uma justiça eficaz e inclusiva”. En *Novas Reflexões Sobre O Pacto Global E Os ODS Da ONU*, editado por Danielle Anne PAMPLONA, Daniella Maria PINHEIRO, Melina GIRARDI FACHIN e Rafaella MIKOS PASSOS, 585-600. Curitiba: NCA Comunicação e Editora, 2020.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de e Matheus Casimiro GOMES SERAFIM. “Direito comparado e processos estruturais: é possível transplantar sentenças estrangeiras para o Brasil?”. *Revista Quaestio Iuris* 14, n.º 01 (2021): 193-216.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig e Eliziane FARDIN DE VARGAS. “Os desafios da consolidação do Ius Constitutionale Commune Latino-americano: a noção de “categoria suspeita” de discriminação no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a sua incorporação pelo Supremo Tribunal Federal como instrumento para a superação da desigualdade estrutural”. En *Diálogos Constitucionais Transformadores*, editado por Ana Carolina LOPES OLSEN, Melina GIRARDI FACHIN e Patrícia PERRONE CAMPOS, 115-136. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. “Aspectos históricos y conceptuales del activismo judicial, ese ilustre (des)conocido”. En *Activismo Judicial. Cómo deciden los tribunales constitucionales en América Latina Un análisis a partir del matrimonio civil igualitario*, editado por Marie-Christine FUCHS e Mônia Clarissa HENNIG LEAL, 13-77. Colombia: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2022.

- LEAL, Mônia Clarissa Henning e Rosana Helena MAAS. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- MCCANN, Michael. *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: Chicago University Press, 1994.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. “El papel del juez transformador en Brasil: *Ius Constitutionale Commune*, avance y resiliencia”. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n.º 05 (2020): 01-32.
- MURILLO, Alfonso Renato Vargas. “Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidade”. *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 49 (2020): 01-34.
- NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt e Eduarda PEIXOTO DA CUNHA FRANÇA. “Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público): Ao fim e ao cabo, denominações de um mesmo instituto para a defesa de direitos fundamentais?”. *Revista Pensar* 27, n.º 1 (2022): 01-12.
- NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt e Eduarda PEIXOTO DA CUNHA FRANÇA. “A importância do experimentalismo democrático na resolução de litígios estruturais pela via judicial: flexibilidade e participação no controle de políticas públicas”. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)* 9, n.º 2 (2021): 210-238.
- NUNES, Leonardo Silva, Samuel Paiva Cota e Ana Maria DAMASCENO DE CARVALHO FARIA. “Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos”. En *Dos litígios aos processos estruturais*, editado por Leonardo SILVA NUNES, 15-36. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes e Bianca M. SCHNEIDER VAN DER BROOKE. “Litígios estruturais e a proteção dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19: contribuições do ICCAL”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 11, n.º 3 (2021): 549-580.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes e Melina GIRARDI FACHIN. “Diálogo judicial cooperativo: oportunidade para o Supremo Tribunal Federal ingressar no *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano”. En *Direitos humanos: filosofia, teologia e direito*, editado por Itamar Luís GELAIN e André Phillipe PEREIRA, 166-187. Pelotas: NEPFIL Online, 2022.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes e Katya KOZICKI. “O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF”. *Suprema: revista de estudos constitucionais* 1, n.º 1 (2021): 82-118.
- PUGA, Mariela. “El control de constitucionalidad y la Litis estructural en *Brown v. Board of Education*”. *Ideas & Derecho. Revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* 9 (2013): 121-183.

- PUGA, Mariela. “El litigio estructural”. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* 2 (2014), 41-82.
- ROA ROA, Jorge Ernesto. “La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano”. *Revista Derecho del Estado* 49 (2021): 35-58.
- ROA ROA, Jorge Ernesto. “O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano”. En *Diálogos Constitucionais Transformadores*, editado por Ana Carolina LOPES OLSEN, Melina GIRARDI FACHIN e Patrícia PERRONE CAMPOS, 99-114. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- ROIG, María José Añón. “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”. *Isonomía* 39 (2013): 127-157.
- SABEL, Charles F. e William H. SIMON. “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”. *Harvard Law Review* 117, n.º 4 (2014): 1016-1101.
- SAGÜES, María Sofía. “Discriminación estructural, inclusión y litigios estratégicos”. En *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Colección Constitución y Derechos*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Mariela MORALES ANTONIAZZI e Rogelio PANTOJA, 129-178. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- STURM, Susan. “Resolving the Remedial Dilemma: Strategies of Judicial Intervention in Prisons”. *University of Pennsylvania Law Review* 138 (1990): 805-912.
- VERBIC, Francisco. “Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina: dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones”. En *Processos Estruturais*, editado por Sérgio CRUZ ARENHART, Marco Félix JOBIM e Gustavo OSNA, 67-86. São Paulo: Juspodivm, 2022.
- VITORELLI, Edilson. “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”. *Revista de Processo* 284 (2018): 333-369.
- VITORELLI, Edilson. “Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual”. En *Processos Estruturais*, editado por Sérgio CRUZ ARENHART, Marco Félix JOBIM e Gustavo OSNA, 351-398. São Paulo: Juspodivm, 2022.

JURISPRUDÊNCIA

- CORTE IDH, Caso Almonacid-Arellano y otros vs. Chile, Decisão de 26 de setembro de 2006.