

Organizadores  
**Sérgio Cruz Arenhart**  
**Marco Félix Jobim**  
**Gustavo Osna**

# PROCESSOS ESTRUTURAIS

**5<sup>a</sup>**  
**edição**  
Revista  
atualizada  
ampliada

**Prefácio**  
José Maria Tesheiner

**2024**

 **EDITORA**  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# TO MAKE THE CONSTITUTION A LIVING TRUTH

## *Four Lectures on the Structural Injunction*

OWEN FISS<sup>1</sup>

### LECTURE ONE

#### The Authority of the Judge

The structural injunction was not handed down from high. It emerged as federal judges sought to implement the Supreme Court's 1954 decision in *Brown v. Board of Education* mandating the transformation of the dual-school systems of the nation – one school for blacks, another for whites – into unitary non-racial systems. Pressed by the force of circumstance, the federal judiciary turned the traditional injunction into a tool for managing this reconstructive process.

By the late 1960s lawyers and judges sought to use the lessons learned in school desegregation cases in other domains. As a result, the remedy crafted in school cases was employed to reform hospitals, police departments, housing authorities, and prisons. Indeed, although in recent years the school cases have stalled, due to the resistance of a conservative bloc on the Supreme Court hostile to desegregation, the use of the structural injunction has achieved its most remarkable successes in prison reform litigation and, in that context, has even recently been endorsed by the Supreme Court.<sup>2</sup>

Thus it is fitting to explore the promise of the structural injunction in the setting of a prison case, in part the creation of my imagination and in part drawing from one of the first and most famous of all prison reform cases in the United States.<sup>3</sup> This case arose in the state of Arkansas, and for our purposes we can assume that it sought to address three abuses in the operation of the prison.

- 
1. Sterling Professor Emeritus of Law, Yale University. These lectures formed the basis of an abbreviated course on civil procedure offered from October 31, 2016, to November 4, 2016, at Panamericana Universidad in Mexico City. I am especially grateful to my host, Professor Jaime Olaiz Gonzalez, for his warm and gracious welcome to the university and to Jacob Gelman, a student of mine at Yale, for his perceptive editorial research assistance.
  2. *Brown v. Plata*, 563 U.S. 493 (2011).
  3. For a collection of all the decisions in the Arkansas litigation, see Owen Fiss and Doug Rendleman, *Injunctions*, 2d ed. (Mineola, NY: Foundation Press, 1984), p. 528.

The first consists of the infliction of torture by the guards. Sometimes torture has been used as punishment for disobeying a guard's directive, sometimes to extract information about other prisoners, and sometimes for no discernable reason. The torture has taken many forms, the most notorious of which is referred to as the "Tucker Telephone," where electrical currents were transmitted to the testicles of an inmate.

Second, prisoners complained of the failure of prison authorities to establish any regularized procedures governing the implementation of solitary confinement – procedures that might determine whether solitary confinement is justified, and, if so, its length. In solitary confinement, a prisoner is kept in a small cell, just large enough for a cot, a wash basin, and a rudimentary toilet. Each cell used for solitary confinement is bound by three windowless cement walls; the fourth side is taken up by a large metal door with a small slot. Food is provided each day through the slot, but there is no other contact with the guards and there is no contact whatsoever with other inmates. Prisoners are often kept in solitary for months on end, sometimes for as much as a year.

Finally, the operating of the prison system is marred by severe overcrowding. Two or three prisoners are regularly placed in cells that were designed for only one. In addition, to accommodate the overflow, large open spaces have been turned to dormitory rooms that would house, in a single room, twenty five or more prisoners. Such dormitories not only create severe discomfort, since there is no room to walk or to maintain a measure of quiet, but also expose prisoners to physical and sexual attacks by other prisoners, especially when the lights go down for the night. The predators in the dormitory are known as "creepers and crawlers."

Let us assume that eight prisoners decide to bring a lawsuit to end these abuses. One has a friend who is a lawyer who works for an organization dedicated to protecting the Constitution. This lawyer agrees to bring the lawsuit, naming various state officials as defendants and charging them with operating prisons that violate the Constitution. The suit is predicated on the view that the infliction of torture, unregulated imposition of solitary confinement, and overcrowding violate the constitutional prohibition against "cruel and unusual punishments." The suit also charges that these practices deprive them of liberty or life without due process of the law, also barred by the Constitution.

These four lectures will use this lawsuit to explore the notion of a structural injunction as new form of civil litigation. It would be instructive, however, to begin with the traditional way civil litigation has been understood in the United States – let's call it the dispute resolution model. This view characterizes the Arkansas lawsuit like *all* other lawsuits, as merely a vehicle for resolving a dispute or disagreement the prisoners have with the state officials who run the prison system.

The dispute resolution model's wide appeal relies on a story that usually takes place in a state of nature, in which two neighbors are quarreling over the boundaries of their property. They eventually reach an impasse and then turn to a stranger to resolve the dispute. According to this story, the judge is the institutionalization of the stranger, and it is assumed, under the dispute resolution model, that the judge's function is to declare who is right – to determine whether the practices I described constitute a violation of the Constitution. Once the judge enters judgment, the disagreement between the prisoners and the state officials will be at an end, so the model predicts, and necessarily so will the jurisdiction of the court.

The dispute resolution model captures the imagination of many lawyers in the United States and occupies a prominent position in the profession. In my view, however, it distorts our understanding of adjudication and in a number of ways artificially constrains the potential of law for social reform. I begin in this lecture with the way the dispute resolution model characterizes the judge, as a stranger to whom the parties turn for the resolution of their disagreement.

The idea of a stranger emphasizes the quality of impartiality, which is indeed expected from every judge. It should also be stressed, however, that, contrary to what is implied by the notion of a “stranger” – any non-biased party will do just as well as another – the judge is part of the system of government and a functionary of the state. The judge is not chosen by the parties; he is empowered through public processes. His role is not to serve the private interests of the litigants (to resolve their disagreement), but rather to uphold the law, the Constitution above all, and to give it concrete meaning and expression in the life of the nation.

The United States is a federal system, and as a result has two court systems with overlapping jurisdiction, the state court system and the federal one. Claims based on the federal Constitution, such as those presented in my imagined lawsuit, could have been commenced in either an Arkansas state court or in a federal court. I assume that the lawyers for the prisoners turn to the federal courts, as often happens in prison reform litigation, and in doing so we can suppose that they are motivated by two considerations.

One is strategic: the lawyers believe that they would be more likely to get a favorable ruling from a federal judge. Federal judges who sit in Arkansas are likely to have had a career in the state, but because of their appointment by a national politician, the President, and life tenure, federal judges are more likely to be removed from the political system in which the defendants are embedded. The other consideration motivating the lawyers is more abstract: it consists of the belief that federal constitutional claims should be decided by federal tribunals.

Even if the lawsuit were to be commenced in the Arkansas state court system, a federal court – specifically, the Supreme Court of the United States – would eventually be in a position to decide on appeal the merits of the federal claim. Access to the Supreme Court cannot, however, be assured. Almost the entire jurisdiction of the Supreme Court is now discretionary, which means the Court itself decides which cases it wishes to hear. Its current practice is to hear only about 70 – 80 cases a year. Moreover, commencing the suit in the federal district court as opposed to the state court will give the prisoners the advantage that comes with having a federal court try the facts upon which the federal claim rests.

The United States Constitution is a broad charter of governance binding on all government officials, state as well as federal. The Arkansas officials in charge of the prison system have an obligation to heed the dictates of the Constitution and in the course of doing so inevitably interpret the Constitution. Throughout United States history, there have been state officials who denied the supremacy of federal law and who acted in open defiance of the Constitution. This occurred most prominently in the course of implementing edicts of the Supreme Court condemning racial segregation in the public schools.

We should not, however, assume that such explicit defiance occurs as a matter of course. It would be more realistic to assume that the state superintendent of prisons consulted lawyers and made a good-faith judgment that the policies he employed are consistent with the requirements of due process and the prohibition on cruel and unusual punishments. Of course, torture is beyond the pale, but the superintendent is likely to maintain that such abuses of power occur only in isolated situations, as an unavoidable consequence of the discretion that must be afforded each individual guard.

Although I do not view the federal judiciary as the exclusive interpreter of the Constitution, I believe that when there is a conflict between an interpretation offered by a member of the executive or even legislative branch, or even a state court, and one offered by a federal court, that the judgment of the federal judiciary should prevail. The federal courts are the ultimate arbiters of the meaning of the Constitution, and thus must determine whether, as my imagined lawsuit charges, the prison practices identified offend due process or the prohibition against cruel and unusual punishments. In the case under consideration, we encounter an interpretation by officials of a state government (Arkansas), but the decisions of the federal judiciary would supersede even the decisions of federal officials who are responsible for the operation of the federal prison system.

The supremacy of the judiciary on such issues does not derive from the moral rectitude of those who wield the judicial power. Judges are no different in their personal qualities than the superintendents of prisons. Or, to make the point more sharply, judges resemble, on a personal level, high-ranking officials in the legislative branches or the leaders of business enterprises, from whose ranks they are so often drawn. The authority of the judiciary stems not from their moral expertise, but from the office itself and the fact that the exercise of the judicial power is limited by what I refer to as the strictures of public reason: (1) Judges must hear grievances they might otherwise wish to avoid; (2) they must hear from all aggrieved parties; (3) they must conduct their proceedings in public; and (4) they must publicly announce their decision and justify that decision on the basis of principle.<sup>4</sup>

Other government officials might abide by some of these rules, but that would be entirely a matter of choice, and it is likely to occur only occasionally. What is distinctive about the judiciary is that all exercises of the judicial power are governed by the strictures of public reason. This does not make the judiciary infallible; the history books are filled with decisions that many regard as errors. It does, however, entitle the judiciary to a measure of deference. We defer to the decisions of the judiciary and endow them with supremacy over the interpretations of individual citizens or with other government officials because judges are governed by the strictures of public reason.

Such deference might be justified by an instrumental consideration, specifically a belief that by and large, decision makers bound by procedure are more likely than others to come out with the correct answer or produce the true meaning of the Constitution. Alternatively, the deference may derive deductively from a belief that the public reason of a judicial judgment is a form of legal judgment and that the Constitution itself endows legal judgments with the supremacy claimed by the judiciary. In other words, one might

---

4. Owen Fiss, *Between Supremacy and Exclusivity*, 57 *Syracuse L. Rev.* 187 (2007).

argue the supremacy of the judiciary's interpretation stems from the supremacy of law demanded by the Constitution itself.

Stated less abstractly, the plaintiffs in my imagined case are seeking a ruling by a federal court on the legality of practices of Arkansas officials. Does the unbridled discretion that is vested in the guards violate the Constitution's ban on cruel and unusual punishments because of the risk it creates for the infliction of torture? Is the imposition of solitary confinement without first holding a hearing on the need for such an extreme measure consistent with the command that liberty shall not be deprived without the due process of law? Is the willingness of the Arkansas authorities to operate prisons in a way that requires double or triple celling or even open dormitory rooms a violation of the ban on cruel and unusual punishments? I believe, and it is now regarded in the United States as axiomatic, that the court's decisions on these questions will be binding on the state officials, even if the executive and legislative branches of the state of Arkansas addressed these questions in good faith, deliberated on them, and came to different conclusions.

Judicial decisions such as these are sometimes decried as undemocratic. Such a criticism is predicated on a very shortsighted vision of democracy, reducing it to a form of majoritarianism. Democracy, in my view, does not make popular sentiment the standard to measure the operation of each and every institution of government. Rather, democracy is a standard applied to judge the system of government taken as a whole. Different institutions in government have different functions, some with more attenuated connections than others to popular sentiment. Some governmental institutions, such as the governor or state legislature, are expected to be responsive to the occurrent preferences of its citizens; others, such as the judiciary, are charged with the responsibility of interpreting the law as it is and protecting the Constitution.

In a famous book on constitutional theory entitled *Democracy and Distrust*, John Hart Ely sought to reconcile strong exercises of the judicial power with a democratic system of government under a theory that conceived of the judiciary as a "representation reinforcing" institution. According to this theory, the judiciary would not transgress democratic norms when it honored the claims of those citizens who were excluded from or otherwise shortchanged by electoral processes. For Ely, the judiciary was to give voice to the voiceless.

Ely's theory has great plausibility and appeal when applied to prison litigation because if there were ever a "discrete and insular minority" (to use the language of famous footnote four of the *Carolene Products* case<sup>5</sup>) victimized by electoral processes, it would be prisoners. They are isolated from the majority of citizens and likely to be looked upon as pariahs, unworthy of equal respect and concern. In the United States the political situation of prisoners is especially aggravated since most are denied the right to vote.

Although Ely's theory might seem to have great force in defending prison reform litigation from objections stemming from democratic commitments as embodied in the policies of politicians and their appointees, it does not adequately describe the court's understanding of what it is to do or how we should evaluate its performance. In fashioning its edict, the judiciary does not seek to approximate the result that might be achieved in the political process if prisoners were given full rights to participate in

---

5. United States v. Carolene Products, 304 U.S. 144, 152 n.4.

the electoral process. The task of the judiciary instead is to give a true and objective interpretation of the Constitution – to propound on the demands of due process and the ban on cruel and unusual punishments – in the prisoners’ case, and it achieves that purpose through a process that respects the strictures of public reason. In that sense, the judiciary is not a democratic institution, though I see law and a judiciary dedicated to interpreting and enforcing that law as essential to a system of government that is founded on the consent of the governed.

In saying that the United States system of government is fundamentally grounded on the consent of the governed, I am not making a historical claim – that “We the People” (whoever that might be) framed and adopted the Constitution and have kept it alive for more than two centuries.<sup>6</sup> My claim, rather, is that key governmental institutions, specifically the President and Congress, are directly and immediately tied to popular sentiment and that the judiciary has important ties to these institutions. Federal judges are nominated by the President and confirmed by the Senate; Congress defines the jurisdiction of the federal judiciary; and, through the operation of special voting rules, the citizenry has the capacity to overturn a judicial decision through the amendment of the Constitution.

Admittedly, the ties between the federal judiciary and these popularly controlled institutions are attenuated by the guarantee of life tenure and the rule against diminutions of pay, and this insularity is reinforced by professional norms that instruct judges to be governed not by popular sentiment but by fundamental principles. I point to these ties to key elected institutions, not to locate the authority of the judiciary – that comes from its adherence to the strictures of public reason – but only to explain why it is proper to say that the judiciary is part of a system of government that is at its core democratic.

## LECTURE TWO

### The Nature of the Remedy

The dispute resolution model presupposes that the problem to be solved is a disagreement between the prisoners and state officials. The judge’s task, according to this model of adjudication, is to resolve that disagreement by deciding who is right and who is wrong. The judge will interpret the Constitution and on that basis choose between the disputants. It is further assumed that once the judge issues his judgment, the incident that provoked the dispute will come to an end and the harmony that existed before the eruption of the dispute will be restored.

This understanding of the remedial dimensions of a lawsuit is, in my opinion, misleading. Not only does it trivialize the remedial phase – often the most complex and contested aspect of a lawsuit – it also misapprehends the purpose of remedy, which seeks not just to end an incident that disrupts the status quo, but to change the current state of affairs and create a new status quo. Specifically, we should understand that the purpose of my imagined lawsuit is to end the threat that the Arkansas prison system poses to constitutional values. To achieve this purpose, the

---

6. See Paul W. Kahn, *Legitimacy and History: Self-Government in American Constitutional Theory* (New Haven, CT: Yale University Press, 1993).

judge must reform the internal structure of the organization and he will use the injunction as the primary instrument to effectuate and manage this reconstruction.<sup>7</sup>

Negatively worded injunctions have long been used to prevent would-be wrongdoers from engaging in a specific act or practice. For example, a factory owner might be enjoined from dumping waste into a river. If the factory owner violates the injunction, he will be held in contempt (punished) by a specific fine or a limited prison term, depending on how severe the violation is. Civil contempt – fining or imprisoning the factory owner until such time as he complies – is also possible. On the surface, it may seem that such a negative injunction, or a number of them together, might be enough to resolve the Arkansas case we are considering. In that spirit the judge might begin by enjoining the use of the “Tucker Telephone,” the most notorious method of torture employed by the prison guards. On reflection, however, we can quickly see the inadequacy of such a remedy. There are countless ways of torturing prisoners, and even if the “Tucker Telephone” is prohibited, other instruments of torture, some yet to be devised, might be used.

The judge might respond to those contingencies by supplementing the ban on the use of the “Tucker Telephone” with a more generally worded prohibition on “any other method of torture” or “any method of inflicting excruciating pain.” But such a generally worded prohibition would necessarily permit some latitude on the part of the guards. They would have to decide, in the first instance, whether a particular practice runs afoul of the prohibition and the court would then have to rely on the prisoners to bring a contempt proceeding whenever they thought guards were engaging in practices that they believed to be a form of torture.

This imagined method of enforcement – resembling a ping pong match – might be employed in the prison litigation, but it has two draw backs. First, it tolerates the infliction of torture prior to a determination by the judge of the legality of the practice. Let’s call that the problem of “slippage.” Second, it places the burden of commencing the enforcement proceedings on those, who, as is clearly the case with prisoners, are not likely to have the information or resources necessary to make them effective agents for ensuring compliance with the court’s edict.

In the face of these considerations, the judge might move away from the traditional negatively worded, prohibitory injunction and instead devise a series of reforms in the institution – what I call structural reforms – that will limit, if not eradicate, the risk of under-enforcement created by the more familiar back-and-forth enforcement mechanism. For example, in an affirmatively worded, more structure-focused decree, the court might: (1) promulgate a list of punishments that the guards are permitted to employ; (2) establish within the prison system an agency that regularly polls prisoners to determine whether the guards have respected this list; and (3) require the newly established agency to file periodic reports with the court on the guards’ practices. Such an affirmative injunction is predicated on the view that it is the task of the court not only to interpret the Constitution, and thus to decide who is right and who is wrong, but also to fashion an effective remedy – to make it reasonably certain that the practices of the defendants will conform to the requirements of the Constitution.

---

7. “As formas de justiça” and “As bases políticas e sociais da adjudicação” in Owen Fiss, *Direito como Razão Pública: Processo, Jurisdição e Sociedade*, trans. Carlos Alberto de Salles (Curitiba, Brazil: Editora Juruá, 2017), pp. 21-92.

# PERTURBAÇÃO DOS CONTRATOS, PROCESSO ESTRUTURAL E A PASSAGEM DAS HORAS<sup>1</sup>

PAULA COSTA E SILVA <sup>2</sup>

1. O presente artigo, escrito no início da crise pandémica de 2020, começará pela rememoração de um caso, cuja ligação ao título e ao tema – uma solução global para um problema sistémico – pode não ser imediatamente evidente. Mas lá chegaremos. E porque todos os processos são cinéticos, no final, faremos uma nota de actualização, dando conta do que veio a verificar-se na realidade, passados três anos sobre o momento em que pensámos a proposta que aqui formulamos<sup>3</sup>.

Em 1954, o Supremo Tribunal Federal, dos Estados Unidos, proferia uma relevantíssima decisão [*Brown versus Board of Education of Topeka*]: na sequência da recusa de inscrição de uma criança negra numa escola pública, frequentada exclusivamente por crianças brancas, o Supremo imporia à concreta escola que aceitasse a inscrição daquela criança.<sup>4</sup> Mas o Supremo foi mais longe: tomando conhecimento, de modo processualmente relevante, de que a escola que recusara a inscrição não seguia uma prática isolada, mas antes seguia uma linha de orientação comum a diversas escolas públicas de diferentes Estados, aproveitou a decisão para determinar que o sistema de ensino público alterasse a sua prática, aceitando nas escolas e sem discriminação, crianças brancas e negras. Com esta sua decisão, o Supremo, identificando um problema transversal a todo o sistema de ensino público, emitiu uma decisão-regra com um efeito estrutural: a partir desta decisão, o sistema de ensino globalmente considerado teria de alterar a sua prática e modo de funcionamento. Inaugurava-se a categoria dos processos estruturais, aqueles através dos quais o órgão competente emite uma injunção que determina a alteração do modo de funcionamento de uma

---

1 Poema de Álvaro de Campos [Fernando Pessoa].

2 Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

3 Para uma versão integrada dos problemas da disrupção dos contratos, provocada pela pandemia, e possíveis soluções, cfr. Judith Martins-Costa/Paula Costa e Silva, *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, Quartier Latin, São Paulo, 2020.

4 Uma das linhas de justificação da prática discriminatória ancorava na existência de segregação racial na sociedade: a escola, ao segregar negros e brancos, não mais faria do que preparar as crianças negras para a vida tal como ela seria no lugar onde deveriam passar a sua idade adulta.

concreta estrutura, quer porque a considera ilegal, quer porque considera que ela não segue as melhores práticas.

2. Qual a relação entre o processo estrutural e a perturbação dos contratos decorrente da disrupção económica que ainda atravessamos?

Rememoremos, agora, o que ocorreu nos últimos 100 dias (como será possível fazer a representação gráfica destes tempos na representação do Tempo representa a evolução da Terra até ao momento em que sobre ela anda o Homem e que se vê na entrada do Museu de Geologia?). Perante a descoberta de um novo vírus em finais de 2019, houve que tomar medidas drásticas de afastamento físico entre os seus potenciais hospedeiros. Sendo tão inteligente (?) que se transmite antes de o seu hospedeiro revelar sintomas da sua presença, o vírus impôs um corte de cadeias de transmissão. Com excepção daqueles cuja actividade foi determinante na deteção precoce e no tratamento da doença, muitos – e não todos já que largos sectores de actividade nunca pararam – deveriam “ficar em casa.” Os sectores de actividade económica que não podiam ser assegurados através de teletrabalho pararam. A maioria dos estabelecimentos comerciais foi encerrada, foram encerrados restaurantes, cafés, foram canceladas viagens, espectáculos, campeonatos, jogos olímpicos, foram fechadas fronteiras. Na expressão de PAUL KRUGMAN, a economia mundial entrou em coma induzido. A singularidade desta circunstância é total: nenhuma outra situação de disrupção económica teve perfil idêntico; a crise que se atravessa não pode comprara-se nem com a grande depressão, nem com as crises de 2008 ou das dívidas soberanas. Em todos estes casos, havia problemas estruturais nas economias. As previsões para a economia mundial para 2020 revelavam um cenário extremamente positivo, as economias estavam globalmente saudáveis. Olhando para Portugal, vivia-se um clima de grande optimismo, o turismo, com tudo quanto ele repercutia na economia, crescia, Portugal era um *hub* de sucesso, um dos destinos mais procurados no mundo. Em cem dias, tudo mudou, supondo-se que de transitoriamente.

3. Sem esquecermos que a contratação se desenvolve num plano que ultrapassa os limites dos espaços políticos e que a globalização da economia traz consigo a transnacionalidade dos contratos, centrando-nos na realidade portuguesa, a travagem da actividade economia atingiu – e continuará a atingir – milhares de micro e médias empresas: sem actividade, sem receitas, sem reservas, rapidamente se adivinhava uma crise de liquidez. Em alguns casos, a inércia das empresas foi acompanhada de diminuição dos índices de retribuição dos trabalhadores, com salários parcialmente pagos pelo Estado. Em outros casos, a paragem obrigatória da actividade económica correspondeu ao encerramento definitivo de empresas, provavelmente daquelas que acusavam já alguma debilidade.<sup>5</sup> Numa economia com agentes e famílias com elevadas taxas de esforço, a crise de liquidez poderia revelar-se fatal no muito curto prazo. Havia que manter os rendimentos das famílias e que auxiliar as empresas. Entre as medidas emergenciais, alteraram-se os prazos de cumprimento de certas obrigações, como sucedeu com o pagamento de rendas habitacionais ou não habitacionais, com os contratos de empréstimo; estes são encargos típicos das famílias e das empresas, que se sabe serem pesados. Estando as empresas em regime de *lay off*, percentagem

---

5 Recorde-se que as sociedades não puderam recorrer ao regime do *lay off* simplificado por terem dívidas à Segurança Social e ao Fisco.

elevada dos encargos com os trabalhadores passaram para a esfera do Estado. Foi possível estancar o colapso imediato dos diversos agentes económicos. Com um objectivo evidente: para além de se impedir uma crise social ainda mais intensa do que aquela que, ainda assim, se foi instalando, havia – e que há – que evitar uma crise insolvencial. Esta não se resolve com facilidade: nenhuma actividade económica se pode retomar sem tecido empresarial que a desenvolva e sem consumidores que a alimentem. Crises estruturais da economia arrastam-se por longos períodos de tempo.

#### 4. Mas poderá evitar-se esta desagregação da economia?

Até há dias atrás, supomos que a resposta não poderia deixar de ser negativa. Os recursos públicos que vêm permitindo fazer face aos efeitos da paralisação da actividade económica são limitados. Ora, o diferimento do prazo de cumprimento de um conjunto de obrigações não equivale a um perdão de dívidas. Perante agentes em esforço, pergunta-se: como terão capacidade de fazer face a passivo acumulado, ainda que a retoma da sua actividade ocorresse para índices idênticos aos que apresentavam antes da paragem da sua actividade? A dúvida agravava-se se pensarmos que a maioria das empresas não poderá contar com número equivalente de consumidores, que parte dos consumidores perdeu rendimentos, que muitos dos consumidores deixarão de estar em contacto directo com os produtos ou serviços que ela disponibiliza. Não por acaso entre as áreas para a qual foram anunciados apoios extraordinário são a hotelaria e a restauração. Talvez que os fundos que possam vir a ser canalizados para Portugal sustentem o custo financeiro dos apoios e dos estímulos à economia. Talvez que seja possível manter incólume o tecido empresarial do país. Talvez que seja possível retomar rapidamente o nível de consumo anterior a março de 2020.

#### 5. E se assim não for? Ou se não assim não puder ser em tempo útil?

Dir-se-á, numa primeira resposta, que o Direito tem os seus critérios de solução, que o próprio contrato é um ordenador e alocador de riscos tal como as partes os quiseram distribuir e alocar, quer através de previsões expressas, quer através da aplicação da distribuição implícita nos diferentes tipos contratuais. Perguntar-se-á ao direito do cumprimento que regimes resolverão cada caso, se tudo se esgota com as regras sobre impossibilidade não imputável, se intervém a mora do credor. Todas estas perguntas são legítimas e têm a enorme virtude de não nos fazer esquecer das soluções centrais.

Mas o que talvez deva perguntar-se, antes de tudo, é se estas regras, apesar da sua ductilidade inteligente, nos dão as melhores respostas para o período que atravessamos: não ocorreu uma perturbação da pequena, mas antes da grande base do negócio. O que se verifica não é uma disrupção de um ou de outro contrato, não é a disrupção de um ou outro tipo de actividade económica, a disrupção é transversal e traz consigo um rastilho sistémico. Ora, se as regras postas nos permitem resolver os problemas de um concreto contrato e de cada contrato – quer através do direito emergencial, quer através das regras constantes, em especial, do Código Civil ou do Código dos Contratos Públicos, para recordar apenas alguns diplomas relevantes – as regras vigentes não parecem permitir resolver os problemas do conjunto dos contratos de um só devedor. A perspectiva é atómica. E aqui começa a necessidade extrema de se perguntar se pode um problema que é global e sistémico ser adequadamente

resolvido através da conjugação de soluções pensadas para a micro-célula, que é o contrato, cada contrato, isoladamente pensado. Se o todo não é igual à soma das partes, temos de perguntar se este não deve ser o pressuposto de qualquer solução que vise contribuir para a estabilização da economia: porque esta vive dos seus agentes e estes actuam de forma juridicamente relevante por meio dos contratos que celebram. Cada agente económico há-de ser credor de uma imensa pluralidade de prestações, assim como será devedor de muitas outras. Esta consideração, que supomos colada ao real, nos permite afirmar que o conjunto de contratos de um só agente constitui um sistema de vinculações. A expressão não é uma mera figura de estilo, ausente de conteúdo. Ela visa captar a nossa atenção para a bondade de soluções que observem cada vínculo isoladamente quando esse vínculo está em rede com um conjunto de outros vínculos. Se a perturbação de um contrato não implica que as soluções para ela pensadas sejam olhadas de modo sistémico, a perturbação de um conjunto muito significativo de vinculações concita esse tipo de visão. Talvez que possamos vir a ser confrontados – caso os sobre referidos estímulos e apoios à economia não surtam os seus objectivos últimos – teremos, provavelmente, um conjunto muito significativo de devedores incapazes de cumprir pontualmente o conjunto das suas obrigações. Devedores que, por sua vez, são credores de outras prestações que os respectivos devedores também não conseguem cumprir pontualmente. Com uma curiosa particularidade: estaremos a falar de devedores que, até março de 2020, geriam bem as suas empresas, estas tinham lucros e estes eram investidos na expansão da actividade e, na sua vertente de distribuição, no consumo.

6. Que razão justifica que estes aspectos sejam tão enfatizados? Porque é relevante ponderarmos que as empresas eram saudáveis?

Porque nos parece dever ser ele o ponto de partida para o desenho de qualquer solução para as perturbações contratuais que já ocorrem e que continuarão a ocorrer, tendo como causa a pandemia. Se conjugarmos a perspectiva sistémica com a circunstância de as perturbações contratuais a que assistimos serem provocadas por uma causa incontornável e com o facto de os efeitos da actual disrupção se repercutirem sobre empresas que, até certo momento, eram saudáveis, temos uma circunstância nova. O cenário assim posto diferencia-se acentuadamente de outros em que a perturbação generalizada dos vínculos de um devedor decorre de incapacidade de gestão, de inovação e de organização das empresas. O que se verificava até março de 2020 era que os agentes económicos sabiam gerir as suas empresas, não podendo prever – e, como tal, acomodar, se é que teria sido possível acomodar – os efeitos da actual circunstância. Se, segundo a máxima aplicável à prognose póstuma, depois do acidente, somos todos mais inteligentes, a chamada de atenção para a probabilidade de ocorrência cíclica de outras pandemias, provocadas por novos vírus, poderá levar a algumas adaptações nos enunciados contratuais típicos.

Na contratação sofisticada, é possível que as partes hajam alocado certos riscos à esfera de uma ou de outra ou que hajam previsto o dever de renegociação do contrato em face de circunstâncias como aquela que se atravessa. Mas, provavelmente, nos tipos de frequência nada terá sido dito pelas partes. Porém, ainda que um concreto vínculo deva ser renegociado, com fundamento em expressa previsão contratual, pergunta-se: perante um disrupção global dos vínculos de um devedor, valem as soluções individuais dispostas?

7. O sistema de regras vai dar-nos uma resposta positiva à questão colocada. Soluções globais apenas ocorrem nos processos de liquidação universal de patrimónios ou nos procedimentos com estrutura colectiva que os antecedem ou visam evitar. A aplicação dos mecanismos previstos no nosso Direito e que entram em acção sempre que o devedor se mostre impossibilitado de fazer face a todos os compromissos, supõem uma insolvência ou a sua antecâmara.

Mas estes procedimentos, tanto pelo ponto de partida pressuposto, quanto pelos regimes, são desajustados para o que ocorre. São factores totalmente incontroláveis e imprevisíveis que determinam uma paralisação da actividade económica e, com ela, uma perda de receitas: nos casos em que não havia sinais de debilidade das empresas, nada justifica que estas devam, por dificuldades que se supõem transitórias, considerar-se incapazes de cumprir as suas obrigações em termos juridicamente relevantes para que se lhes aplique um qualquer regime insolvencial. Dir-se-á que o problema que se intui nos preocupe – o da falta de liquidez que impeça o cumprimento de obrigações pecuniárias – se resolve através da aplicação, não do regime da insolvência, mas do PER. Porém, também este se revela pouco ajustado: numa circunstância como aquela que vivemos, afastar os gestores da gestão das suas empresas, seria não apenas injusto – quem geria, geria bem até à declaração do estado de emergência – como inoportuno – o gestor que sempre geriu bem a sua empresa é seguramente aquele que, por maior conhecimento acumulado, a saberá gerir melhor – e ineficiente: pense-se no desfecho típico dos PER e dos ulteriores processos de insolvência.

#### 8. Qual poderá ser a saída?

Voltemos aos nossos pressupostos: antes de março de 2020, havia um conjunto muito significativo de empresas bem geridas, muito lucrativas e que, por uma razão que lhes é totalmente alheia, cessaram subitamente a sua actividade: por impossibilidade legal deixaram de poder desenvolver a sua actividade, por falta de recursos deixarão de poder cumprir um conjunto de outras prestações. Os efeitos da paralisia da actividade têm sido mutualizados: entre contrapartes negociais e o Estado; resta saber em que plano se pretende que continuem a sê-lo, se no plano daqueles que se encontram em relação directa com o devedor que, por impossibilidade legal ou prática, não pode desenvolver transitoriamente a sua actividade, se no do conjunto dos contribuintes.

#### 9. Qual a relação de tudo quanto até aqui se disse com o caso *Brown versus Board of Education of Topeka*?

Porque talvez se possa pensar numa alternativa para a superação dos problemas que a quase inevitável perturbação das obrigações vai viver nos próximos tempos. Se as estatísticas da Justiça e da arbitragem de direito público o permitissem, seria muito relevante verificar qual o tipo de frequência de pretensão processualizada nos próximos meses. Pode antecipar-se que, ainda que sem justiça ruptura da justiça interna dos contratos, poderá haver um aumento muito significativo do número de casos em que o requerente postulará uma modificação – e não uma resolução – do contrato por alteração das circunstâncias ou, em sistemas como o brasileiro, com fundamento em onerosidade excessiva.

Se assim for, estará confirmado um outro pressuposto, até aqui implícito: o de que a parte que se vê confrontada com uma dificuldade que lhe dizem ser transitória mas

que, apesar de transitória, a pode arrastar para uma situação pre-insolvencial, quer manter os vínculos, mas alterados. Não tendo outro meio que lhe permita provocar uma adaptação do contrato – caso este não preveja cláusula nesse sentido e perante a ausência de certeza quanto à existência de um dever de renegociação, ancorado na boa fé –, a parte tenderá a recorrer ao meio conhecido, ainda que concretamente inadmissível por ausência de verificação dos seus pressupostos. Como nenhum credor sobrevive sem os seus devedores – havendo um momento na relação contratual perturbada em que o poder de vida ou de morte se transfere da esfera do credor para a esfera do devedor – supondo-se uma conduta racional dos agentes económicos, será expectável que, na ausência de melhor alternativa, estes também representem a adaptação do vínculo em termos transitórios e de modo a que o devedor o possa cumprir como a saída menos onerosa. Dir-se-á que sendo a saída primária a autonomia privada, exercida em face do novo contexto, as partes são livres de assim proceder. Se quiserem e se o comportamento for tão racional como o supomos, os agentes económicos, no nosso binómio, credores e devedores, aproximar-se-ão espontaneamente para encontrarem a melhor solução para a crise do contrato.

#### 10. Mas e se não for assim?

Vimos que o sistema nos dava dois tipos de soluções: atómicas, ordenadas a resolver as perturbações de cada vínculo isoladamente considerado, ou globais, os processos de liquidação universal de patrimónios ou nos planos de recuperação. A esta dicotomia de meios, acrescia a instável afirmação de um dever de renegociação dos contratos no direito português. A tudo acresce, ainda, a ruptura dos tribunais caso tenham de lidar com as perturbações contrатаis de modo atomístico. O anunciado reforço dos tribunais de trabalho e de comércio são um sintoma evidente do que o gestor dos recursos de justiça pressente ter de vir a enfrentar. Mas este reforço assenta no pressuposto de que se chegou à fase mais patológica na vida dos contratos e das empresas. Perante a finitude dos recursos da justiça, pergunta-se: e como irão os tribunais gerir tanta acção fundada no artigo 437 Código Civil?

#### 11. Haverá alguma alternativa?

Talvez que a resposta seja positiva. Talvez que muita da litigância se possa evitar dispondo-se, através de intervenção legislativa, a necessidade de uma negociação prévia entre credor e devedor: nada disto seria novo num sistema que, como o nosso, transpôs para a ordem interna a Directiva sobre a Mediação Contratual.

Mas talvez que ainda se possa pensar numa outra estrutura de resposta. E aqui chegamos ao caso *Brown versus Board of Education of Topeka*. Se nos encontramos perante um problema global, se a perturbação de um conjunto de vínculos tem o potencial de ruptura sistémica dos diversos vínculos de um devedor e do tecido empresarial – afinal a crise não é de um contrato, de uma empresa, mas global – devemos pensar em intervenções globais. Estas apenas deverão ser postas de lado se não se puderem desenhar.

12. E pode desenhar-se uma solução global para os problemas que os contratos encontram e vão encontrar nos próximos tempos?

A resposta é positiva e ela encontra a sua raiz no caso *Brown versus Board of Education of Topeka*. Se pensarmos os diversos contratos celebrados por um devedor como um sistema ou conjunto de vinculações, conseguimos ver que uma solução de adaptação global desses vínculos, com vigência limitada no tempo, é materialmente adequada. Só uma solução que ajuste todos os vínculos pode levar à distribuição dos impactos sofridos pelo devedor pelo conjunto dos credores. A socialização dos efeitos da crise sentir-se-ia no plano da relação devedor-credores, não no plano do Estado ou dos contribuintes. Sendo partes num processo global de adaptação dos contratos, os credores apenas ficariam vinculados a qualquer adaptação se a aceitassem, o processo de negociação não se funda numa obrigação de resultado, mas, se esta daquela for distinta, numa obrigação de meios, fundando-se sempre a conformação com um resultado na autonomia privada. Haverá que contar com a acima assinalada racionalidade dos agentes económicos: entre a ruptura do devedor e a, sempre que possível, adaptação transitória do contrato, talvez tendam a privilegiar a segunda.

A decisão que saísse do processo de negociação global – ou de um processo de negociação empreendido com os principais credores – seria uma decisão estrutural: ela alteraria o modo de ser de um conjunto de vinculações.

Ao processo estrutural de negociação podem, ainda, apontar-se três virtudes: ele permitirá que a adaptação dos vínculos se faça de modo a acomodar os efeitos pelo conjunto dos credores. Na sua origem, tem a *pars conditio creditorum* que, por não haver que contar com liquidação patrimonial, se encontram efectivamente em posição de paridade: todos são credores de um mesmo devedor, cujo património não se está a liquidar, mas a preservar. O nivelamento de todos os credores – ou, pelo menos, de todos os credores relevantes do devedor – permitiria que a vigência de cláusula contratual ordenada a impor a renegociação não discriminasse certos credores, não se revelando, afinal, como uma condição processual adversa (porque retardativa da possibilidade de recurso a tribunal).

Em segundo lugar, e porque dependente da intervenção forte de todos os credores relevantes de um devedor, supõe-se que a adaptação do conjunto de contratos, observados como um sistema, redundaria no equilíbrio óptimo.

Em terceiro lugar, um processo de negociação estrutural teria a enorme vantagem de manter o devedor, apanhado de surpresa por uma crise que afectou a sua actividade de forma irresistível, como interlocutor dos seus credores. Nada disto é conhecido dos nossos processos universais que, para além de serem ordenados à liquidação de patrimónios – totalmente inadequada quando o que está em causa é exactamente evitá-la através da adaptação dos vínculos a uma nova realidade –, porque pressupõem uma incapacidade de gestão, substituem os gestores.

13. De que precisamos para que uma solução do tipo enunciado possa ser implementada?

De uma regra que habilite a negociação estrutural. Não porque sem ela a autonomia privada não permita alcançar este resultado. Mas para chamar a atenção para esta possibilidade. Regra que, para surtir efeito, deverá vir acompanhada de alguns benefícios, nomeadamente fiscais, ou de outras vantagens motivadoras da aceitação de uma negociação estrutural, com a qual se conformem credores e devedores; neste ponto, a criatividade não terá limites.

E como se operacionalizaria tudo isto?

Essa seria a parte mais fácil porque apenas dependeria de uma gestão burocrática de um procedimento que deverá ser extremamente célere e simples: afinal trata-se de verificar, num curto espaço de tempo, da possibilidade de resolução global de um conjunto de perturbações contratuais.

E não será que tudo aquilo que propomos pode já ocorrer?

A resposta é evidentemente positiva: a autonomia privada de credores e devedores permite-lhes que se juntem em assembleia e resolvam colectivamente os seus problemas. Parece-nos, porém, que a prática não tem recorrido a este tipo de solução. Ou porque tudo se resolve num plano micro, ou porque cada um quer resolver os seus problemas, desinteressando-se dos problemas dos demais. O processo estrutural de negociação, fundado na já referida ideia de *pars conditio* e num ideal de justiça distributiva, seria, apenas, um *instrumento facilitador* deste tipo de saída para uma crise contratual global e potencialmente sistémica. E se os problemas potencialmente sistémicos se estancarem tão precocemente quanto possível, talvez se possa pensar numa alocação alternativa – ou concentrada naqueles sectores em que a solução proposta possa não surtir efeito – dos meios afectos ao plano de recuperação da economia. Mas é preciso agir rapidamente, não permitindo que obstáculos organizacionais impeçam a promoção daquela que pode ser uma medida virtuosa. Provavelmente, o PEVE, Processo Extraordinário de viabilização de empresas, uma das medidas do Programa de Estabilização Económica e Social (5.7.1), e o SISPACS, foram passos relevantes dados pelo legislador português neste caminho. Infelizmente, a excessiva burocracia de um procedimento que devia ser célere e a sua ligação estreita aos tribunais – quando mais adequada seria a sua ligação a câmaras de mediação empresariais especializadas – não lhes deu larga fortuna.

14. O parágrafo é escrito hoje. Como se deu nota no início do texto, três anos escoaram desde que os antecedentes o foram. E a realidade acabou por superar toda a ficção. Quando o mundo supunha ter encerrado um ciclo de incerteza e insegurança existencial, a Europa é palco de uma guerra a que se não avista um fim. Aparentemente, a paz só chegará quando as negociações forem uma inevitabilidade para a parte mais vulnerável. No presente momento, é impossível estimar os valores necessários a uma reconstrução da Ucrânia; tudo faz lembrar uma Alemanha em escombros, em 1945. Aos horrores da devastação humana, juntam-se os horrores da destruição de cidades inteiras. No horizonte, crescem as tensões entre blocos que visam a proeminência política numa nova ordem mundial. Afinal e não obstante a sua gravidade, a crise da covid-19 parece já perdida no tempo, longínqua, episódio de *parvas* proporções, obnubilado por novos sofrimentos e ameaças. Porém, os novos horrores são duplamente diferentes para a maioria: tudo é mais brutal, mas, apesar da inevitabilidade dos efeitos repercutidos num mundo global, tudo está longe de casa. Os dados da economia mundial, onde se foi sibilamente instalando uma inflação que atinge valores, em bens de primeira necessidade, há muito desconhecidos no mundo ocidental e onde desponta a recessão nos países mais desenvolvidos, não são animadores. No rescaldo da crise pandémica, regista-se uma escassa litigância em conexão com a disrupção dos contratos; aparentemente, terá funcionado a autonomia privada. A possibilidade de instituição de uma negociação estrutural, estimulada pelo legislador, não se mostrou

necessária. Entrámos numa nova era, num tempo em que a juventude da maioria a faz conhecer a guerra formal dos livros e dos filmes. A memória, esse fio subliminar da cultura ocidental que, uma vez cortado, é sinónimo de morte, é substituída pelo ódio, pela intolerância, pelo radicalismo. São as memórias de quem não tem memória, decalcadas de uma demagogia perigosa porque sedutora. Daqui a três anos, quem sabe, voltaremos à negociação estrutural. O ponto de partida será outro, porque “a vida não para”. Num tempo em que a cada instante parece “mais nada resistir que valha//a pena de viver e a dor de amar”, há que escutar o Poeta: “lembra-te que afinal te resta a vida//com tudo que é insolvente e provisório//e de que ainda tens uma saída:// entrar no acaso e amar o transitório”<sup>6</sup>.

---

6 Carlos Pena Filho, *A Solidão e a sua Porta*, in Livro Geral.

Demandas que tratam desses assuntos, se não forem enfrentadas adequadamente, incorrem no risco de ignorar interesses adjacentes de terceiros e do próprio Estado<sup>24</sup>, bem como tendem a transformar um problema grave em uma discussão singela, como, por exemplo “o direito à saúde pode ou não impor a prestação de um tratamento específico a um determinado indivíduo?”. Nesse caso, limita-se a lide ao aparente conflito entre um direito fundamental *versus* o interesse patrimonial do Estado, quando, na verdade, o debate deveria girar em torno de como devem ser distribuídos os recursos à saúde no país<sup>25</sup>.

Alguns pontos podem ser apontados para caracterizar casos estruturais, tais como: 1) as violações a direitos não são específicas e isoladas – são dinâmicas e estão em curso; 2) existe uma alteração da estrutura das partes, de modo que o infrator coloca-se como uma abstração e as partes afetadas são grupos; 3) o foco da preocupação não são condutas pontuais que violam direitos, mas o próprio contexto (*background*) em que acontecem<sup>26</sup>; 4) não ganha relevância a análise de intenções e culpa para configurar essa espécie de violação de direitos; 5) de modo geral, há uma relação que se prolonga no tempo entre as vítimas e as instituições; 6) a causalidade é complexa, não existindo um “ponto natural” de término nessa relação<sup>27</sup>.

Embora até seja possível identificar uma pessoa que tenha praticado uma certa conduta e outra que tenha suportado o resultado, a perspectiva dos casos estruturais é diferente. Isso porque o acontecimento não se põe, nas violações estruturais, como um fato pontual. Os direitos não são desrespeitados por condutas isoladas de indivíduos; é diversa a configuração tanto das vítimas quanto dos violadores. Aquelas são, em geral, um grupo ou um conjunto indefinido de indivíduos, e o infrator, por sua vez, tende a abstratizar-se<sup>28</sup>.

A própria ideia de violação, se empregada, assume contornos diversos. Não é retrospectiva e pontual (ou sequer atribuível propriamente a um infrator específico, conforme mencionado). É prospectiva, dinâmica e sistêmica<sup>29</sup>. Dessa forma, a preocupação não é com eventos passados, pois o foco dos casos estruturais não é o que já

24. LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Repensando o papel da jurisdição nos litígios estruturais de interesse público: do ativismo antidualógico à decisão o compartilhada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 1, p.350-379, 2021, p.355.

25. ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v.1, p.211-229, jul./dez, 2015, p.212.

26. “Pensar, por exemplo, na discussão a respeito de uma política pública ou na intervenção judicial no domínio econômico, certamente revela essa característica. O conflito, nesses casos, não pode resumir-se a uma pretensão de A, que se sujeita à resistência de B. Nesses conflitos, concorrerão diversos interesses, de uma multiplicidade de sujeitos, com pontos de vista concorrentes ou divergentes, e que sem dúvida merecem ser ouvidos e ponderados para a adequada solução do litígio”. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, p.423-448, 2017, p.424.

27. FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Universidade Federal do Paraná. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais, Universidade Federal do Paraná. 213 f. 2015, p.14-15.

28. FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Universidade Federal do Paraná. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais, Universidade Federal do Paraná. 213 f. 2015, p.15.

29. FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A importância do experimentalismo democrático na resolução de litígios estruturais pela via judicial: flexibilidade e participação

aconteceu, mas sim o que vai continuar acontecendo se não forem tomadas medidas que busquem sanar a causa do problema que está em desacordo com a Constituição<sup>30</sup>.

A identificação desse gênero de violação de direitos, desse modo, não se faz com base na procura de intenções, motivações ou condutas individualizadas, mas sim no resultado de um conjunto de fatores. Diferentes atos, práticas, políticas e omissões (que por si mesmos podem até não configurar um ilícito ou ter consequências específicas previstas no ordenamento jurídico), combinam-se e formam a violação estrutural<sup>31</sup>. Para conferir o tratamento adequado a violações estruturais, é preciso que elas sejam enfrentadas de modo compatível com a sua amplitude, ou seja, que se realize uma “macroanálise”, e não uma “microanálise”.

A ocorrência de um acontecimento pontual, portanto, pode servir de indício da existência de um litígio estrutural. Por exemplo: o sujeito X pode ter sido vítima de um tratamento abusivo por um policial Y. Entretanto, se houver um conjunto de práticas e dinâmicas da instituição policial como um todo que levam a essa situação, há um distanciamento do evento particular (olhando para além dele, mesmo que a partir dele)<sup>32</sup>.

Litígios estruturais são problemas complexos que demandam, para que sejam solucionados, o ajuste ou implementação de políticas públicas e/ou a reestruturação de instituições estatais que violam direitos fundamentais pela forma como operam (ou por serem omissas). Sua judicialização busca erradicar as causas do conflito e não simplesmente combater as consequências dele advindas. Um processo judicial estrutural, portanto, visa a reconstrução de um determinado estado de coisas, e não a eliminação, reparação ou repreensão de condutas isoladas.

Como abordado no tópico anterior, um litígio estrutural pode ser fracionado em inúmeras demandas individuais, tornando a decisão judicial inócua e gerando graves distorções, de modo que a complexidade do problema é mascarada e falsamente resolvida. A simplicidade aparente de demandas supostamente individuais torna juridicamente irrelevante uma série de circunstâncias e ramificações que, a priori, não poderiam ser ignoradas.

Litígios estruturais envolvem uma violação sistemática (e não pontual) a direitos fundamentais. Quando judicializados, portanto, não demandam a intervenção judicial

---

no controle de políticas públicas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 9, n. 2, p. 210-238, 2021, p.223.

30. Nesse sentido, Didier, Zaneti e Oliveira destacam que a decisão estrutural é complexa, uma vez que “Normalmente, prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto, não raro o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontica de uma norma-princípio, com o objetivo de promover um determinado estado de coisas. Mas não só isso: é uma decisão que estrutura o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontica de uma norma-regra.” DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, p.353-368, 2017, p.356.
31. FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Universidade Federal do Paraná. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais, Universidade Federal do Paraná. 213 f. 2015, p.16.
32. FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Universidade Federal do Paraná. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais, Universidade Federal do Paraná. 213 f. 2015, p.16.

em políticas públicas por um simples capricho, vontade ou autoritarismo do juiz, e sim pela natureza da causa de pedir. O entrelaçamento de fatores e variáveis torna ineficaz uma medida pontual a específica. A natureza estrutural de uma demanda não decorre da vontade dos sujeitos, mas das características da causa.

O processo estrutural, desse modo, é diverso do modelo processual tradicional de resolução de disputas. O conflito não é visto como o grande problema que precisa ser resolvido, e sim como um sintoma do grande problema, que para ser mitigado ou solucionado, demandará a adoção de um procedimento que envolve tempo, paciência, recursos financeiros, flexibilidade e experimentalismo<sup>33</sup>.

De uma perspectiva prática, pode-se apresentar o seguinte exemplo: se um médico atende um paciente com febre e, sem recomendar exames ou investigar a causa, manda-o tomar dipirona e voltar para casa, é possível que o quadro de saúde desse indivíduo se agrave. De fato, a febre poderia ser fruto de questões simples, resolvíveis com um medicamento como o dipirona. Mas, talvez, a febre do paciente fosse o sintoma inicial de uma doença mais grave, que demandaria um tratamento mais complexo ou até mesmo a sua internação para que este pudesse ser curado.

Demandas individuais que denunciam deficiências em políticas públicas são sintomas que denunciam uma doença mais grave e demandam um tratamento mais complexo. Tentar resolver um litígio estrutural por meio de um processo individual pode: 1) substituir o critério administrativo por uma multiplicidade caótica de critérios individuais; 2) beneficiar aqueles que recorrem ao Poder Judiciário e prejudicar aqueles que não têm recursos financeiros ou conhecimento de seus direitos; 3) prejudicar políticas públicas em andamento; 4) promover uma corrida ao Poder Judiciário para o tratamento de sintomas sem remediar a causa, agravando um problema já muito sério: o congestionamento processual.

#### 4. CRÍTICAS ÀS DECISÕES JUDICIAIS QUE BUSCAM PROMOVER TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS

Um dos autores que mais se debruçou sobre o estudo das limitações da utilização da via jurisdicional para a promoção de mudanças sociais foi Gerard Rosenberg (1991) em *"The hollow hope: can courts bring about social change?"*.

Para o autor, as condições para que o Poder Judiciário implemente mudanças sociais são tão custosas e, o processo, tão ineficiente, que a tentativa seria praticamente inútil<sup>34</sup>. Na realidade, a baixa probabilidade de sucesso sequer compensaria os custos provenientes da judicialização de litígios estruturais. Isso porque a procedência da demanda daria aos vencedores uma falsa sensação de vitória, um triunfo jurídico com carga meramente simbólica, uma vez que somente a política de fato teria a capacidade de provocar mudanças sociais.

Rosenberg, portanto, constatou três déficits do Poder Judiciário na prolação de decisões com o intuito de provocar mudanças sociais (tais como as estruturais).

33. Sobre o experimentalismo democrático ver SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: How public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1016-1110, 2003.

34. ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?* Chicago: University of Chicago Press, 1991, p.233.

Inicialmente, a utilização do Poder Judiciário como arena política exige que demandas sociais sejam apresentadas na forma de direitos. Disso surge o primeiro empecilho: o Poder Judiciário só consegue provocar transformações sociais que estejam contidas na ordem jurídica posta, ou que sejam extensão dela. Mudanças contrárias ao Direito, ainda que angariem apoio popular e sejam relevantes, não têm no processo jurisdicional uma via adequada para se desenvolverem<sup>35</sup>.

Em segundo lugar, o Poder Judiciário não é tão independente quanto aparenta ser, pois em que pese seus membros terem garantias institucionais que visam assegurar imparcialidade, mecanismos de controle recíproco fazem dos juízes *players* políticos como os demais Poderes. Uma decisão ou entendimento jurisprudencial, portanto, podem sempre ser revertidos ou superados<sup>36</sup>.

Por fim, o terceiro problema é a ausência de mecanismos adequados para o desenvolvimento e implementação de decisões que determinam mudanças sociais significativas. Ao contrário dos Poderes Executivo ou Legislativo, o Judiciário não possui estrutura ou operadores para a implementação de políticas públicas. A destinação de recursos públicos, ademais, é atribuição das instâncias majoritárias, de modo que sem seu apoio, juízes são incapazes de enfrentar, sozinhos, a resistência de uma decisão polêmica<sup>37</sup>.

O autor, desse modo, acredita que casos que visam a reforma estrutural só seriam bem-sucedidos quando tivessem apoio dos poderes políticos e da opinião pública (ou, ao menos, baixa oposição da opinião pública). E é por isso que o Poder Judiciário seria beneficiado por uma concausalidade, pois a mudança (seja qual for) não viria da determinação judicial, mas sim de variáveis independentes. A aparente efetividade da decisão judicial, desse modo, deveria ser verdadeiramente creditada à disposição dos demais Poderes em concretiza-la<sup>38</sup>.

É importante ressaltar, nesse sentido, que a crítica de Rosenberg não é direcionada aos processos estruturais, mas sim ao papel do Poder Judiciário como um todo. Para o autor, dificilmente decisões judiciais são capazes de promover mudanças sociais significativas, e isso independe do contexto ou do instrumento: judicialização de litígios estruturais, formação de precedentes ou controle de constitucionalidade<sup>39</sup>. A questão central que move o estudo do autor, portanto, é “o processo jurisdicional é a melhor maneira de provocar mudanças sociais significativas?”. Sua intenção, portanto, é a de comparar a eficácia da via judicial com outros métodos de reivindicação e conven-

---

35. ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope**: Can courts bring about social change? Chicago: University of Chicago Press, 1991, p.233.

36. ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope**: Can courts bring about social change? Chicago: University of Chicago Press, 1991, p.236.

37. ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope**: Can courts bring about social change? Chicago: University of Chicago Press, 1991, p.285.

38. ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope**: Can courts bring about social change? Chicago: University of Chicago Press, 1991, p.268.

39. VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese – (Doutorado). Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná. 241 f. 2019, p.93.

cimento público, como a pressão política, as manifestações públicas e a divulgação da imprensa<sup>40</sup>.

## 5. REMANDO CONTRA A CORRENTEZA? RESPOSTAS ÀS CRÍTICAS E A METÁFORA DO ORNITORRINCO

Frequentemente, diante de um fenômeno desconhecido, reagimos por aproximação, procurando um recorte de conteúdo já presente em nossa enciclopédia. O professor Umberto Eco, nesse sentido, encontra um exemplo clássico deste procedimento em Marco Polo, quando este se depara, pela primeira vez, com os rinocerontes. Tratava-se de um animal que ele nunca havia visto, exceto que, por analogia com outros animais conhecidos, consegue distinguir o seu corpo, as quatro patas e o chifre. Assim como a sua cultura coloca à sua disposição a noção de unicórnio, precisamente como quadrúpede com um chifre em cima do nariz, ele designa aqueles animais como unicórnios. Depois, entretanto, como cronista honesto e obstinado que é, corrige suas impressões e argumenta que esses unicórnios são muito estranhos, visto que não se enquadram nas características tipicamente utilizadas para descrevê-los; eles não são brancos e ágeis, mas têm pelos de búfalo e pés de elefante, com um chifre negro e desgracioso, língua espinhosa e cabeça semelhante àquela de um javali<sup>41</sup>.

Marco Polo, a partir disso, toma uma decisão: ao invés de segmentar novamente o conteúdo, acrescentando um novo animal ao universo dos seres vivos, corrige a descrição vigente dos unicórnios, pois, se esses animais existem, certamente são como ele os viu, e não como a lenda conta. Ou seja: ao invés de reconhecer a existência de uma nova espécie, o mercador encaixa o rinoceronte em uma figura já conhecida (apesar de jamais vista): o unicórnio<sup>42</sup>.

Eco, entretanto, questiona: e se Marco Polo tivesse chegado na Austrália (ao invés da China) e se deparado com um ornitorrinco? O ornitorrinco é um estranho animal, que parece ter sido concebido para desafiar qualquer classificação, quer científica, quer popular, pois tem um corpo chato coberto por uma pelugem marrom escura; não tem pescoço; tem um bico de pato (de cor azulada por cima e rosa ou matizada por baixo) e uma cauda de castor; possui quatro patas que terminam com cinco dedos espalmados, mas com garras. Além disso, permanece debaixo d'água por muito tempo (e ali come) e as fêmeas colocam ovos, embora amamentem os filhotes<sup>43</sup>.

Marco Polo, de certo, teria se perguntando se aquilo que via era um castor, um pato, um peixe e, em todo caso, se era um pássaro, um animal marinho ou terrestre. Seria praticamente impossível encaixar o ornitorrinco em apenas uma dessas categorias, de modo que o explorador poderia adotar, pelo menos a priori, duas atitudes: a) reconhecer a existência de uma nova espécie jamais vista por ele; b) ignorar a existência do ornitorrinco, recorrendo à ideia de uma ilusão de sentidos, um devaneio de sua mente.

40. VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese – (Doutorado). Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná. 241 f. 2019, p.94.

41. ECO, Umberto. **Kant e o Ornitorrinco**. Rio de Janeiro: Record. 1998, p.54.

42. ECO, Umberto. **Kant e o Ornitorrinco**. Rio de Janeiro: Record. 1998, p.55.

43. ECO, Umberto. **Kant e o Ornitorrinco**. Rio de Janeiro: Record. 1998, p.57.

O que acontece com os processos estruturais, muitas vezes, se enquadra na segunda hipótese. Demandas com pedidos estruturais chegam diariamente ao Poder Judiciário, mas sua conformação em um processo estrutural dificilmente acontece. É mais comum (e mais conveniente) que elas sejam tratadas via ação individual. Argumentos como “processos estruturais fazem com que juízes assumam funções políticas e violem a separação de poderes” ou “o Poder Judiciário não tem expertise o suficiente para enfrentar litígios estruturais” são recorrentemente utilizados para sustentar a impossibilidade da existência de um processo que pretenda provocar mudanças estruturais. A falha desses argumentos é que eles ignoram o óbvio: demandas estruturais já existem e continuarão existindo e chegando à apreciação de juízes, pois a cláusula de acesso à justiça garante que todos podem acionar o Poder Judiciário para obter uma tutela adequada de seus direitos (e isso inclui os direitos de cunho social, que, geralmente, quando violados, não denunciam situações pontuais e específicas, mas um estado de coisas institucionalizado que provoca violações reiteradas ao direito que se pretendia proteger no caso em concreto).

Assim, em que pese as críticas à atuação judicial nos processos estruturais, é preciso enxergar a realidade a partir de uma perspectiva prática: demandas supostamente individuais, mas que denunciam, como dito anteriormente, um déficit em políticas públicas ou a necessidade de mudança de comportamento de instituições que provocam violações a direitos fundamentais, chegam cotidianamente ao Poder Judiciário, o que faz do controle jurisdicional de políticas públicas, sob diversas óticas, um fato inquestionável<sup>44</sup>, e dos processos estruturais, uma nova espécie de processo civil que não pode ser ignorada, sob pena de sérias consequências à igualdade e à eficiência de programas de ação governamental que visam o bem-estar social.

O primeiro argumento a favor dos processos estruturais, portanto, é pragmático: demandas estruturais existem e são inadequadamente tratadas no processo civil tradicional, embora diariamente levadas aos juízes, ocasionando os problemas já retratados neste texto<sup>45</sup>. A dificuldade, nesse sentido, é reverter a lógica pela qual o Poder Judiciário, no Brasil, opera, uma vez que juízes, em geral, estão mais inclinados a resolverem demandas “a conta gotas” que pela via estrutural, visto que esta última, usualmente, é cara, demorada e complexa. É mais fácil conceder decisões que beneficiam poucas pessoas e acarretam, aparentemente, poucos gastos aos cofres públicos, do que decisões estruturais, que demandam do julgador o desempenho de uma atividade difícil e por um considerável período de tempo (visto que a sentença, quase nunca, encerra o processo nesses casos). Decisões minimalistas são mais fáceis que decisões que abordam o problema como um todo<sup>46</sup>, tanto por questões de exequibilidade quanto por chamarem menos atenção para uma atividade jurisdicional voltada a resolver questões que dizem respeito à alocação de recursos públicos.

Em varas sobrecarregadas, nas quais o processo estrutural precisa dividir atenção com uma série de outras causas, metas temporais de encerramento do feito, como

---

44. ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v.1, p.211-229, jul./dez, 2015, p.212.

45. SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo**: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p.149-150.

46. VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Juspodivm, p.385.

as que vêm sendo aprovadas pelo CNJ, precisam ser flexibilizadas, pois o tempo da reforma estrutural dificilmente corresponderá ao tempo de um processo tradicional<sup>47</sup>.

A exigência de mais tempo, entretanto, não deve provocar a sensação de que o processo estrutural demanda algo que está além das capacidades de um juiz ou do sistema judiciário. Até porque, é improvável que um juiz esteja envolvido com mais de um (ou no máximo dois) processos estruturais ao mesmo tempo<sup>48</sup>. De fato, demandas estruturais são demoradas, mas não o suficiente para inviabilizar o trabalho dos magistrados em outros casos, de modo que um processo desse tipo não exige um juiz em dedicação exclusiva, mas, tão somente, um juiz disposto a dedicar, a um único caso, mais horas do que aquelas que usualmente dedica aos demais e a buscar caminhos que podem ou não estar claros desde o início.

No que concerne à dificuldade de que mudanças sociais efetivas aconteçam pelo processo jurisdicional, de fato, entende-se que este não é o *locus* ideal para o tratamento de questões que deveriam estar sendo resolvidas pelas instâncias majoritárias. É inegável que juízes terão mais dificuldade em provocar transformações substanciais pela dificuldade que encontrarão de angariar apoio político<sup>49</sup>, viabilizar uma participação inclusiva (que assegure a todos os grupos vitimizados vez e voz no procedimento), recolher informações suficientes para que prolatem medidas consequencialistas, atuar como mediador no sentido de ponderar os interesses das partes envolvidas (que não são poucas) e monitorar o cumprimento das micro decisões. Todavia, em que pese essas dificuldades, uma possível vitória em um processo estrutural compensa todos os custos, o tempo e o trabalho que foram direcionados ao procedimento. Investir em um processo estrutural é entender que determinadas lutas só lograrão êxito no longo prazo.

Ademais, direitos sociais e econômicos, os quais estão usualmente implicados nesse tipo de processo, são satisfeitos progressivamente, sendo complexo que se possa chegar a um momento de satisfação ótima. Nesse mesmo sentido, também seria difícil definir o que seria satisfação, uma vez que esta admite múltiplas maneiras de ser computada. Assim, a análise dos benefícios ou malefícios de um processo estrutural lembra o dilema do copo meio cheio ou meio vazio. Se o observador quiser destacar os sucessos, poderá fazê-lo. Se quiser enfocar os fracassos, também encontrará fundamentos<sup>50</sup>.

Em suma: sempre vale a pena focar em resolver a fonte do problema ao invés de combater as consequências, pois somente assim é que a realidade, de fato, será transformada. É preferível um processo mais trabalhoso e eficaz, que um processo simples e improdutivo.

Quanto às críticas versando sobre a falta de independência do Poder Judiciário e a ausência de mecanismos adequados para o desenvolvimento e implementação de decisões, é preciso entender o seguinte: existem cenários de bloqueio institucional que podem ser superados pela atuação judicial. Isso não quer dizer que eles devam

---

47. VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Juspodivm, p.390.

48. VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Juspodivm, p.390.

49. Juízes podem ou não angariar apoio político. Essa variável é contingencial e pode ser que nem sempre esteja na equação.

50. VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Juspodivm, p.324.

se reuniria para ver a real evolução do que foi decidido.<sup>37-38</sup> Essa mudança de concepção na Suprema Corte deu-se em função aos novos ventos culturais da sociedade estadunidense,<sup>39</sup> a qual, preparada para um novo contexto social étnico, tinha o clima político a seu favor, conforme lembra Eduardo Appio.<sup>40</sup>

O contexto histórico do caso *Brown v. Board of Education* se confunde com o próprio contexto jurídico, o qual culminou em seu julgamento pela Suprema Corte, iniciado por uma série de movimentos para demonstrar a discriminação racial nas escolas para que elas fossem “iguais em igualdade”, conforme refere Ricardo Luis Lorenzetti.<sup>41</sup> A migração dos negros para os centros urbanos foi relevante para alimentar as diferenças raciais e se chegar ao que o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* construiu.

Lembra Michael J. Klarman<sup>42</sup> que, entre 1951 e 1952, cinco casos envolvendo a temática foram distribuídos à Suprema Corte, sendo um deles *Brown v. Board of Edu-*

- 
37. JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes:** da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 84.
38. “A decisão unânime da Suprema Corte no caso *Brown* causou enorme impacto na sociedade norte-americana, contribuindo para modificar, com profundidade poucas vezes vista, o comportamento de uma nação no presente e futuro” (SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos:** principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 76).
39. COTTROL, Robert J.; DIAMOND, Raymond T.; WARE, Leland B. **Brown v. Board of Education:** caste, culture, and the Constitution. Kansas: University Press of Kansas, 2003. p. 6-7. Referem os autores sobre parte desta modificação: “But by the eve of the twentieth century, White control would take a somewhat different form than had existed in the era before the Civil War. Slavery had been abolished, the Negro’s citizenship proclaimed. These were stubborn constitutional facts that even the Redeemed South’s most militant champions could not undo. These constitutional facts probably heightened the search for ways to clearly define an inferior status for African Americans. Before the Civil War, White supremacy was an unquestionable fact of American life. Slavery had made it so. Bur could White supremacy survive the constitutional changes that followed in the wake of the War of the Rebellion? Could status, could caste lines survive the Constitution’s new mandate of equality before Law?”.
40. APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade:** modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2009. p. 45. Discorre: “É grande a autonomia dos Estados-membros na república federal norte-americana, de maneira que a Suprema Corte exerce, nestes casos, o papel de ativo defensor das minorias. Note-se, contudo, que o clima político para a grande transformação social que viria a ser operada pela decisão da Suprema Corte em *Brown* (1954) – publicada em uma manhã de domingo – era francamente favorável à decisão, vez que os Estados Unidos, após o período da Segunda Grande Guerra, eram intensamente criticados – já durante a chamada Guerra Fria – pelo fato de que mantinham o racismo em suas escolas, apesar de defender, no plano internacional, a liberdade do indivíduo (pano-de-fundo da Segunda Guerra)”.
41. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental.** Tradução de: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 116. Refere o autor argentino: “O caso ‘*Brown v. Board of Education of Topeka*’ foi decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 17 de maio de 1954. Este caso iniciou com o objetivo de dar por encerrada a doutrina do ‘separados mas iguais’, sustentada pela Corte desde o caso ‘*Plessy v. Ferguson*’. Durante a primeira metade do século XX, o precedente ‘*Plessy*’ foi invocado para resolver todos os casos de segregação racial (ou de outras minorias) que se apresentavam ante os tribunais. Assim, em Topeka, Kansas, no ano de 1951, a National Association for the Advancement of Colour People (NAAACP) – organização que impulsionou a maioria dos casos vinculados à segregação racial –, começou a delinear sua estratégia e demonstrou, frente aos tribunais federais do Estado de Kansas, que a segregação condicionava a uma situação de inferioridade às crianças negras para a educação e insistiram que as escolas só seriam ‘iguais em igualdade’”.
42. KLARMAN, Michael J. *Brown vs. Board of Education: Law or Politics?* **SSRN Electronic Journal**, UVA School of Law, Public Law Research Paper n. 02-11, dez. 2002. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=353361>> ou <doi:10.2139/ssrn.353361>. p. 2-3. “Five cases challenging the constitutionality of public school se-

tion.<sup>43</sup> A sensibilidade dos *Justices* foi tamanha que, ao analisarem os casos, deram-se conta de que três deles poderiam não ter uma efetividade desejada, pois oriundos de localidades nas quais o racismo era mais acentuado, preferindo o julgamento do caso *Brown*, o único que, em suas opiniões, poderia vir a fazer diferença na concretização da decisão emanada da Corte.

A conclusão de Erwin Chemerinsky sobre a decisão final da Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education* resume seu sentimento quanto ao desempenho da mesma:

Brown e os casos que se seguiram, terminando a segregação racial, são a evidência mais poderosa contra a minha tese sobre as falhas da Suprema Corte. O Tribunal usou sua autoridade e influência para ajudar a transformar a sociedade e para desempenhar a sua missão principal de proteger o direitos constitucionais das minorias.<sup>44</sup>

É possível afirmar que uma decisão que deseja encerrar a segregação racial não é por si só eficaz sem que outros fatores externos auxiliem em sua efetividade, o que foi alvo de ampla discussão na Suprema Corte no caso de *Brown*. Este caso, em especial seu segundo julgamento ou fase (*Brown II* – 1955) deu origem as medidas estruturantes e, abriu uma série de precedentes para que outras disputas, envolvendo discriminação racial, fossem julgados, em especial entre 1954 e 1962,<sup>45</sup> como *Muir v. Louisville Park*

---

gregation reached the Court in 1951-1952 – litigation that has come to be known as *Brown v. Board of Education*. Justices were unenthusiastic about confronting so quickly the question they had deliberately evaded in the 1950 university segregation cases, and the National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) had not planned to force the issue this soon. Moreover, the Five cases were hardly representative. Three were from jurisdictions-Kansas, Delaware, and the District of Columbia-where whites were not deeply committed to segregation and judicial invalidation probably would not cause great disruption. The other two, however, came from Clarendon County, South Carolina, and Prince Edward County, Virginia, where blacks were 70% and 45% of the population, respectively. Broad forces for racial change had barely touched these counties, where judicial invalidation of segregation could jeopardize public education. NAACP secretary Roy Wilkins later confided that Clarendon County ‘would be the last place I’d pick’ to integrate. Yet, ironically, the NAACP’s 1950 decision no longer to accept equalization cases had pushed blacks in these counties to convert grievances against inferior schools and lack of bus transportation into broad desegregation challenges. The Association would not abandon courageous blacks willing to challenge Jim Crow under oppressive conditions, but it did pressure them to attack segregation directly, which they otherwise probably would not have done. Some civil rights leaders questioned the wisdom of pushing a desegregation suit on the Court at this time, worrying that the strategy might backfire and produce a disastrous defeat. Why run the risk, they wondered, if narrower challenges to racial inequality were virtually certain to succeed? Even Thurgood Marshall had doubts whether the justice were yet prepared to invalidate school segregation. As we shall see, such concerns were well-founded”.

43. VILE, John R. **Essential Supreme Court decisions**: summaries of leading cases in U.S. constitutional law. 15. ed. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010. p. 409. O que pode ser confirmado com a leitura do autor: “A series of cases went to the Supreme Court from the states ok Kansas, South Carolina, Virginia, and Delaware. Since all of the cases involved the same basic problem – African American minors, through their legal representatives, seeking the aid of the courts in obtaining admission to the public schools of their respective communities on a non-segregated basis – all where determined by one decision of the Court. The Kansas case became the nominal leading case. In the various states, the black children were of elementary or high school age or both. Segregation requirements were on a statutory and state constitutional basis except in Kansas where only statutory provisions were involved”.
44. CHEMERINSKY, Erwin. **The case against the supreme court**. New York: Viking, 2014. p. 40, tradução nossa.
45. In a series of per curiam opinions handed down between 1954 and 1962, the Supreme Court holds unconstitutional a wide variety of Jim Crow laws, citing *Brown* as authority. The Court strikes down segregation in golf courses and fishing lakes in *Muir v. Louisville Park Theatrical Ass’n*, 347 U.S. 971 (1954) and *Holmes v. City of Atlanta*, 350 U.S. 879 (1955); in public beaches, bathhouses, and swimming pools in *Mayor of Baltimore*

*Theatrical Ass'n, Mayor of Baltimore v. Dawson, Hawkins v. Board of Control, Gayle v. Browder, New Orleans City Park Improvement Ass'n v. Detiege, Turner v. City of Memphis e Schiro v. Bynum*,<sup>46</sup> de acordo com Robert G. McCloskey.<sup>47</sup>

### 1.3 *Brown* e as medidas estruturantes

Stephen Breyer afirma que grande parte das decisões da *Supreme Court* não só dividiu os *Justices* como também foram muito impopulares diante da sociedade estadunidense. Ao menos, diante do julgamento *Brown v. Board of Education*, os *Justices* corrigiram erros anteriores e promoveram não só a educação como também o direito da igualdade e não discriminação para as gerações futuras.<sup>48</sup> Este é um exemplo paradigmático do que o Poder Judiciário contemporâneo assumiu novos papéis e destaque na sociedade, espaço este já ocupado em planos e momentos diferentes da história pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Por certo, o julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* não aparentava facilidade de ser concretizado. Enfrentar uma cultura mais que centenária, partindo-se dos casos julgados na Corte, numa sociedade não é algo que se possa realizar naturalmente. Diante dessa constatação, alguns questionamentos eram previsíveis para os *Justices* ao julgarem o litígio posto em causa, entre eles: (i) como dar condições de possibilidade de uma afrodescendente frequentar uma escola para brancos sem que seja discriminada? (ii) será que apenas pelo julgamento do caso pela Suprema Corte dos Estados Unidos haveria de ser cumprida a decisão? Essas e outras tantas preocupações restaram consignadas na *opinion* da Corte no julgamento do caso.<sup>49</sup>

---

v. Dawson, 350 U.S. 877 (1955); in a public law school in Florida ex rel. Hawkins v. Board of Control, 350 U.S. 413 (1956); on buses in Gayle v. Browder, 352 U.S. 903 (1956); in city parks in New Orleans City Park Improvement Ass'n v. Detiege, 358 U.S. 54 (1958); and in airport restaurants and rest rooms in Turner v. City of Memphis, 369 U.S. 350 (1962). Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/brown/1954.html>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

46. O caso *Schiro v. Bynum*, de 1964, foi sobre segregação em auditórios municipais. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/anncon/search/display.html?terms=marriage&url=/anncon/html/amdt14gfrag7\\_user.html](http://www.law.cornell.edu/anncon/search/display.html?terms=marriage&url=/anncon/html/amdt14gfrag7_user.html)>. Acesso em: 10 mar. 2017.
47. McCLOSKEY, Robert G. **The modern Supreme Court**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1972. p. 247. Expõe o autor: "Since 1954, as every schoolboy knows, the Supreme Court – and even more the lower federal courts which it supervises – has been heavily preoccupied with the problem of public school integration. After the seven-league stride of the Brown decision, the Court has moved steadily but not hastily forward against other forms of racial discrimination. The implications of the Brown doctrine were applied in per curiam holdings against segregation in such facilities as public recreation grounds and intrastate buses; the states that sought to take retributive action against the NAACP were stymied; the concept so 'state action' was extended so as to make it a little harder to maintain a discriminatory policy. With the possible exception of this last case, these developments might be said to be logically inherent in the broad disapproval of racial discrimination that was exemplified by the Brown doctrine".
48. O autor comenta que "*Brown* permanece como uma das decisões mais importantes da Suprema Corte na história de nosso país, e demonstra como em momentos cruciais, a Suprema Corte pode convocar o país para aderir a seus princípios fundamentais" (BREYER, Stephen. **Making our democracy work: a judge's view**. New York: Vintage Books, 2010. p. 51 e 68, traduziu-se).
49. A *footnote* n. 13 assim traz as preocupações emanadas pela Corte: "Assuming it is decided that segregation in public schools violates the Fourteenth Amendment (a) would a decree necessarily follow providing that, within the limits set by normal geographic school districting, Negro children should forthwith be admitted to schools of their choice, or (b) may this Court, in the exercise of its equity powers, permit an effective gradual adjustment to be brought about from existing segregated systems to a system not based on color distinctions? 5. On the assumption on which questions 4 (a) and (b) are based, and assuming further that this Court will

As relações sociais, culturais, políticas e econômicas não são alteradas pelo simples fato de existir uma decisão judicial que direcione para um lado oposto ou diferente. Por esta razão, a decisão de *Brown* é considerada por muitos como a mais importante da Suprema Corte dos Estados Unidos em matéria de direitos civis.<sup>50</sup> Por outro lado, Nathan Aaseng<sup>51</sup> aponta para o fato de, talvez, a decisão tenha sido mais simbólica que prática, pois o recado havia sido dado. Mas ressalta Pablo Luis Manili<sup>52</sup> que toda decisão de um Tribunal Superior tem efeitos não só para o caso em concreto, repercutindo em toda a sociedade, como são os julgamentos dos casos *Dred Scott v. Sandford* e *Brown v. Board of Education*.

A decisão do caso, julgado na Corte de Warren, cuja *opinion* rechaçou de vez a doutrina do *separate but equal* advinda do julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, abarcou a tese de que as oportunidades educacionais deveriam ser iguais para brancos e negros. Recordar-se, no entanto, que o sistema escolar segregava desde a partida do ônibus escolar até os corredores das escolas, com a separação dos bebedouros d'água e banheiros, inclusive. Quando havia escolas só para negros, a situação era bem mais precária, conforme relata Erwin Chemerinsky ao avaliar o sistema educativo do Estado da Carolina do Sul:

The white schools had one teacher for every twenty-eight pupils; the black schools had one teacher for every forty-seven students. The white schools were brick and stucco; the

---

exercise its equity powers to the end described in question 4 (b), (a) should this Court formulate detailed decrees in these cases;(b) if so, what specific issues should the decrees reach;(c) should this Court appoint a special master to hear evidence with a view to recommending specific terms for such decrees;(d) should this Court remand to the courts of first instance with directions to frame decrees in these cases and, if so, what general directions should the decrees of this Court include and what procedures should the courts of first instance follow in arriving at the specific terms of more detailed decrees?" Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0347\\_0483\\_ZO.html#347\\_US\\_483n13ref#347\\_US\\_483n13ref](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZO.html#347_US_483n13ref#347_US_483n13ref)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

50. FISS, Owen M. **Troubled beginnings of the modern state, 1888-1910**. New York: Cambridge University Press, 2006. (History of the Supreme Court of the United States, v. 3). p. 392. Segundo o autor, foi o caso que marcou sua geração: "Then in 1954, in *Brown v. Board of Education* – a case that has inspired my generation [...]"
51. AASENG, Nathan. **You are the Supreme Court justice**. Minneapolis: The Oliver Press, 1994. p. 58. Aduz: "Despite the problems, complaints, and violence surrounding the *Brown* case, the decision is widely considered 'one of the most humane acts in our history', one historian has said. The importance of the *Brown* decision was perhaps more symbolic than practical. By declaring an end to governmental support of segregation, the ruling gave an important boost to the civil rights movement that went on to develop during the 1960s. The decision held out the promise of equality for blacks and gave Congress the courage to enact laws that would help to fulfill those promises".
52. MANILI, Pablo Luis. El rol político de las cortes supremas y de los tribunales constitucionales. In: \_\_\_\_ (Coord.). **Marbury v. Madison**: reflexiones sobre una sentencia bicentenaria. México: Editorial Porrúa, 2011. p. 138-139. Refere: "Toda decisión de un TS, aún en los países donde éstas tienen efectos sólo para el caso concreto, repercute sobre el resto de la sociedad. El ejemplo más palmario de ello es el caso '*Dred Scott vs. Sandford*' resuelto por la Corte Suprema norteamericana en 1857 y que fue una de las principales causas de la guerra civil desatada en 1863, por haberles negado el carácter de ciudadanos a las personas de raza negra. En el mismo sentido, cuando esa Corte resolvió '*Brown vs. Board of Education of Topeka*' en 1954 sabía que estaba resolviendo mucho más que el caso concreto del Sr. *Brown*, estaba regulando todo el sistema educativo norteamericano y decidiendo sobre el grave problema de la segregación racial en las escuelas; tanto es así que diez años después se sanciona la ley de integración racial, basada en ese fallo".

black schools were made of rotting wood. The white schools had indoor plumbing; the black schools had outhouses.<sup>53</sup>

Assim, não era possível estar em situação de igualdade, mas ao mesmo tempo separados. A Suprema Corte dos Estados Unidos se baseou, dentre outros fatores, nos testemunhos de psicólogos sociais que alertaram para o impacto psicológico que aquele tipo de segregação oportunizava, conforme alude Ricardo Luis Lorenzetti<sup>54</sup> e segundo parte do *opinion* do C. J. Warren, *Chief Justice* da época em que foi julgado *Brown v. Board of Education*.<sup>55</sup> Segundo relata John R. Vile,<sup>56</sup> a Corte se reuniu, em 1955, para reargumentar o caso, que ficou conhecido como *Brown v. Board of Education II*, para analisar as resistências oferecidas quanto à implementação pacífica do que foi decidido, em especial às oferecidas no Sul do país.<sup>57</sup>

- 
53. “As escolas para brancos tinham um professor para cada vinte e oito alunos; as escolas para negros tinham um professor para cada quarenta e sete alunos. As escolas para brancos eram de tijolo e de estuque; as escolas para negros eram feitas de madeira podre. As escolas para brancos tinham banheiros internos; as escolas para negros tinham latrinas externas” (CHEMERINSKY, Erwin. *Op. cit.*. p. 39, tradução nossa).
54. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. Tradução de: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 116-117. Relembra o autor: “Quando o caso – junto com outros quatro – chegou à Suprema Corte, esta pôs de lado a doutrina do ‘separados mas iguais’. Assim, recorrendo a uma interpretação dinâmica da XIV emenda da Constituição dos Estados Unidos, tendo em conta os valores e princípios regentes neste momento e não segundo a intenção que tiveram em conta os constituintes, a Corte concluiu que a segregação das crianças nas escolas públicas, baseada na raça, privava os afetados da igual proteção da lei, garantida pela mencionada emenda. O argumento utilizado pelo Presidente da Corte, Earl Warren – que emitiu a opinião da Corte – consistiu em que a doutrina do ‘separado mas iguais’ – além de ter tido sua aparição em 1896 em ‘Plessy’, um caso vinculado com o transporte – não podia ter lugar já que as instalações educacionais separadas eram inerentemente desiguais. Isso porque, fossem iguais as escolas para brancos e negros, a segregação imposta pela lei e baseada somente na raça privava as crianças do grupo minoritário de ter iguais oportunidades educacionais, como os benefícios que receberiam em um sistema escolar racionalmente integrado. Para chegar a essa conclusão, a Corte outorgou um papel categórico aos testemunhos dos psicólogos sociais, que se haviam dado conta do impacto psicológico que a segregação produzia”.
55. Parte da *opinion* de C. J. Warren, *Chief Justice* da época em que julgado *Brown v. Board of Education*, que rechaça a doutrina do *separate but equal*, afirmando ela não ter mais lugar na sociedade, assim afirmando: “we conclude that, in the field of public education, the doctrine of ‘separate but equal’ **has** no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment. This disposition makes unnecessary any discussion whether such segregation also violates the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment”. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0347\\_0483\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZO.html)> Acesso em: 10 mar. 2017.
56. VILE, John R. **Essential Supreme Court decisions**: summaries of leading cases in U.S. constitutional law. 15. ed. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010. p. 410. Refere: “After the Supreme Court’s historic decision in *Brown v. Board of Education* (1954), the Court ordered rearguments on how this ruling should be implemented. The U.S. attorney general as well as attorneys general of several states participated in oral arguments”.
57. *Ibid.*, p. 411. Aduz: “*Brown v. Board of Education* faced a policy of ‘massive resistance’ throughout the South. Some scholars have argued that the phrase ‘with all deliberate speed’ (added at the suggestion of Justice Felix Frankfurter) encouraged states to resist, but, given the volatility of the desegregation issue, such resistance would likely have with or without this particular phrase”.

De acordo com Desirê Bauermann,<sup>58</sup> em estudo comparativo sobre o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer entre as tradições dos Estados Unidos e do Brasil, o caso Brown foi o *leading case* do que seriam “ações estruturais”.<sup>59</sup> Elas visariam atender a deliberações judiciais, garantindo-se, assim, a dignidade do Poder Judiciário ao pressionar os devedores ao cumprimento da decisão por meio de condutas comissivas e omissivas (abstenções) a fim de garantir a melhoria de direitos constitucionalmente agredidos, como a de não sofrer discriminação, entre outros.

Assim, neste caso, ações foram implementadas (medidas estruturantes) para que a decisão judicial que admitisse uma negra numa escola pública para brancos, sem a possibilidade de segregação, fosse uma realidade.<sup>60</sup> A *opinion*<sup>61</sup> em Brown II, de 1955, toca em pontos sensíveis para que a política de integração racial fosse uma realidade. Segundo Owen Fiss, para que houvesse efetividade a decisão, um esforço radical deveria ser tomado para transformar a realidade social do momento. Desta forma, medidas como a exigência de novos procedimentos para a escolha dos professores,

---

58. BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 53-54. Ressalta a autora: “Como referido na introdução do presente trabalho, o direito norte-americano há décadas aplica formas as mais variadas para garantir o atendimento de decisões judiciais, sobretudo as que não se limitam a impor o pagamento de uma soma em dinheiro ao autor para que o seu direito reste atendido, mas, sim, que exijam a realização de determinadas atividades ou a abstenção do obrigado para atingir esse escopo”. E continua “Naquele país a preocupação com o cumprimento específico intensificou-se principalmente após a propositura de processos que visavam afastar violação a direitos constitucionalmente garantidos, como não sofrer discriminação, respeitar a dignidade humana de presos e doentes mentais internados em instituições destinadas ao seu cuidado, receber moradia adequada, entre outros, que não seria devidamente compensada com o pagamento de indenização por perdas e danos, exigindo-se o seu cumprimento específico”. Seguindo, relata que: “Nessa perspectiva, e também visando sempre ao atendimento das deliberações judiciais como forma de garantir a dignidade da Justiça e o respeito ao próprio Poder Judiciário, desenvolveu-se um sistema específico tanto para pressionar o devedor a cumprir a obrigação pessoalmente como para puni-lo caso não o faça; da mesma forma, buscou-se solução para afastar a violação ao direito na prática quando o devedor se recusava a cumpri-la pessoalmente, a despeito da efetiva aplicação desses mecanismos”. E finaliza, afirmando que: “Todo esse movimento teve início com o julgamento do caso Brown v. Board of Education, *leading case* das chamadas ‘ações estruturais’, cujo estado se faz necessário aqui em decorrência de sua grande repercussão, sobretudo, nas seguintes áreas: i) na forma de julgar dos tribunais americanos; ii) na alteração de paradigmas da sociedade como um todo; iii) na aplicação de meios executórios inovadores para dar cumprimento a valores garantidos constitucionalmente, mas não cumpridos tanto pelos governantes em geral como pela própria população, inaugurando a época de vasta utilização dos auxiliares do juízo e, por consequência, da intervenção judicial, especialmente no campo da elaboração de políticas públicas e de reestruturação de instituições públicas”.

59. Aqui se manteve a tradução da autora em sua tese de doutorado.

60. JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 96.

61. Dentre os destaques, leia-se: “While giving weight to these public and private considerations, the courts will require that the defendants make a prompt and reasonable start toward full compliance with our May 17, 1954, ruling. Once such a start has been made, the courts may find that additional time is necessary to carry out the ruling in an effective manner. The burden rests upon the defendants to establish that such time is necessary in the public interest and is consistent with good faith compliance at the earliest practicable date. To that end, the courts may consider problems related to administration, arising from the physical condition of the school plant, the school transportation system, personnel, revision of school districts and attendance areas into compact units to achieve a system of determining admission to the public schools”.

novos critérios para construção de escolas e do sistema de transporte público foram necessárias para enfrentar a sociedade burocratizada e racista.<sup>62</sup>

Sob uma visão sistêmica e histórica, há uma evolução cultural da sociedade estadunidense ao longo dos anos em que a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou, desde *Dred Scott v. Sandford*, passando por *Plessy v. Ferguson* e, finalmente, *Brown v. Board of Education*, e culminou com a decisão abolicionista à ilusão de que pessoas de raças diferentes, em condições iguais, mas separadas, têm as mesmas oportunidades na vida.<sup>63</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em pelo menos duas oportunidades (*Dred Scott v. Sandford* e *Plessy v. Ferguson*), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América julgou ações que, naquele determinado ambiente cultural, levando-se em conta as questões de espaço/tempo em que inseridas, não poderiam ter outro julgamento que não aqueles realizados. Em que pese hoje serem marcadas por algumas vozes como decisões que envergonham aquela Corte, na época, isso pouco foi ventilado, uma vez que uma parcela considerável da sociedade estadunidense estava de acordo com as decisões proferidas.

Os tempos passaram e a doutrina construída nos Estados Unidos do *separate but equal*, fortalecida pelo julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, não mais se sustentava frente aos avanços que os direitos dos negros ganhavam, dia a dia, na sociedade. Era tempo de mudanças, e a Suprema Corte deveria intervir. Um dilema era certo: modificar uma orientação centenária que segregava brancos e negros seria algo viável se a Corte assim o dissesse?

A resposta à pergunta veio com a chegada de momento tão esperado: o julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka (I e II)*. Foram neles que, finalmente, o sistema de segregação racial foi amplamente discutido e rechaçado pelos *Justices* integrantes da Suprema Corte estadunidense, fulminando a doutrina até então dominante naquele país. Contudo, sabia-se que, possivelmente, pouca efetividade haveria naquela decisão se não tivesse o Tribunal tomado medidas necessárias ao seu cumprimento, criando-se, assim, o que Owen Fiss denominou de *structural reform*, expressão que foi

62. FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**, p. 27-29.

63. POLLACK, Malla. O alto custo de não ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estados Unidos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 342. Mas, de mesma forma, foram respeitados aspectos culturais, mantendo-se a autonomia da vontade em alguns casos específicos, conforme alerta a autora: “Segregação em escolas públicas foi uma área fortemente impactada pela mudança dos juízes [da Suprema Corte]. Em 1954, a Suprema Corte considerou que as escolas racialmente segregadas eram fundamentalmente desiguais, por conseguinte, em violação à Cláusula de Proteção Igual da Emenda 14. Em 1955, a Corte ordenou que as escolas públicas da nação que desagregassem ‘com todo discurso deliberado’. Alguma integração aconteceu, mas nos anos 70, a Corte distinguiu a segregação inconstitucional, estabelecida legalmente (*de jure*) daquela separação de raças aceitável, causada por escolhas individuais (*de facto segregatio*); a Corte não permitiu que ‘remédios’ para a segregação *de jure* cruzassem a linha jurisdicional adentrando em comunidades segregadas apenas por escolhas individuais. Em 1988, quase 45% dos estudantes negros de escolas públicas que frequentavam escola de maioria branca; em retrospectiva, este foi o pico da integração escolar”.

na traduzida por “medidas estruturantes”, ou seja, uma nova forma de *adjudication*, na qual os valores constitucionais são preenchidos pelos juízes que, conscientes da estrutura burocratizada do Estado, devem apontar soluções para a efetividade da decisão judicial.

## REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

- AASENG, Nathan. **You are the Supreme Court justice**. Minneapolis: The Oliver Press, 1994.
- APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2009.
- APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- BREYER, Stephen. **Making our democracy work**: a judge’s view. New York: Vintage Books, 2010.
- COTTRILL, Robert J.; DIAMOND, Raymond T.; WARE, Leland B. **Brown v. Board of Education**: caste, culture, and the Constitution. Kansas: University Press of Kansas, 2003.
- FISS, Owen M. **Troubled beginnings of the modern state, 1888-1910**. New York: Cambridge University Press, 2006. (History of the Supreme Court of the United States, v. 3).
- FISS, Owen M. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria geral do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007.
- FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives**: an introduction to procedure. New York: Foundation Press, 2003.
- JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- JOHNSON, Gerard W. **A Suprema Corte dos Estados Unidos**. Tradução de Luiz Fernando. Rio de Janeiro: Record, 1964.
- KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. **Ações afirmativas à brasileira**: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KLARMAN, Michael J. Brown vs. Board of Education: Law or Politics? **SSRN Electronic Journal**, UVA School of Law, Public Law Research Paper n. 02-11, dez. 2002. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=353361>> ou <[doi:10.2139/ssrn.353361](https://doi.org/10.2139/ssrn.353361)>.
- LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. Tradução de: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MANILI, Pablo Luis. El rol político de las cortes supremas y de los tribunales constitucionales. In: \_\_\_\_ (Coord.). **Marbury v. Madison**: reflexiones sobre una sentecia bicentenaria. México: Editorial Porrúa, 2011.
- McCLOSKEY, Robert G. **The modern Supreme Court**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1972.
- McNEESE, Tim. **Dred Scott v. Sandford**. New York: Chelsea House, 2007.
- McNEESE, Tim. **Plessy v. Ferguson**: separate but equal. New York: Chelsea House Publishers, 2007.
- MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- POLLACK, Malla. O alto custo de não ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estados Unidos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **Processo civil coletivo e sua efetividade**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VILE, John R. **Essential Supreme Court decisions: summaries of leading cases in U.S. constitutional law**. 15. ed. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010.
- With all deliberate speed**: a look at the landmark Brown vs. The Board of Education. Direção de Peter Gilbert. Anchor Bay, 2004. 1 DVD (111 min). Color.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.



# REFLEXÕES SOBRE A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DOS PROCESSOS ESTRUTURAIIS: BASES DE UMA POSSÍVEL CONSTRUÇÃO

MARCO FÉLIX JOBIM<sup>1</sup>

**SUMÁRIO** • Introdução – 1. Teoria do processo estrutural: uma necessidade? – 2. Teoria do processo ou litígio estrutural: o ponto de partida – 3. Temas inerentes a uma teoria do processo ou litígio estrutural.

*We come then to the question presented: Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other “tangible” factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities? We believe that it does. (Chief Justice Earl Warren na opinião do caso Brown v. Board of Education of Topeka)<sup>2</sup>.*

*Adjudication is the social process that enables judges to give meaning to public values. Structural reform – the subject of this essay – is one type of adjudication, distinguished by constitutional character an encounter between the judiciary and the states bureaucracies. The judge tries to give meaning to our constitutional values in the operation of these organizations. Structural reform truly acknowledges the bureaucratic character of the modern state, adapting traditional procedural forms to the new social reality. (Owen Finn, The Law as it could be<sup>3</sup>).*

- 
1. Pós-doutor pela Universidade Federal da Paraná. Doutor em Teoria Geral da Jurisdição e Processo pela PUC-RS. Mestrado em Direitos Fundamentais pela ULBRA-RS. Professor Adjunto da Escola de Direito da PUC-RS, graduação, especialização, mestrado e doutorado. Coordenador da Escola de Direito e da especialização em Processo Civil da PUC-RS. Advogado.
  2. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483>. Acesso 16 abril 2017.
  3. FISS, Owen. **The law as it could be**. New York: New York University Press, 2003. p. 2.

## INTRODUÇÃO

As reflexões apresentadas no presente texto são advindas dos últimos anos de estudo que realizei acerca de questões relacionadas ao experimentalismo<sup>4-5</sup>, processo estrutural, litígio estrutural<sup>6</sup> – *structural litigation*<sup>7</sup> ou outras tantas nomenclaturas possíveis sobre a mesma temática –, e as teorias do processo, realizando, nos pensamentos que se seguem, uma imbricação entre os temas, que foram consolidados nesse breve ensaio.

Pode-se notar, assim, traços existentes de um contínuo pensar que vão desde minha tese doutoral cuja obra restou denominada de **Medidas Estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal<sup>8-9</sup>, até artigos com menor pretensão, sendo eles: *A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil*;<sup>10</sup> *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção*: condições de fixação de técnicas estruturantes para o exercício de direitos assegurados constitucionalmente;<sup>11</sup> *Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos processos estruturais*: bases de uma possível construção;<sup>12</sup> *O publicismo e o privatismo no processo estrutural*: o papel do juiz e a audiência pública;<sup>13</sup> *Medidas*

- 
4. PUGA, Mariela. **Litígio estrutural**. Tesis doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Registro em la DNDA: 12/06/2013. p. 292. Também é uma possível forma de se referir ao instituto.
  5. A expressão e sua conceituação podem ser encontradas também na obra: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
  6. PUGA, Mariela. **Litígio estrutural**. Tesis doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Registro em la DNDA: 12/06/2013. p. 13. A autora aborda algumas nomenclaturas existentes, preferindo a do litígio estrutural. Refere: “La expresión ‘litigio estructural’ o ‘caso estructural’ califica a intervenciones judiciales que, de algún modo, expanden el territorio de lo justiciable. En nuestro país, tal expansión pareciera montada sobre los rieles institucionales diseñados por la reforma constitucional de 1994, en particular sobre las acciones y el nuevo catálogo de derechos constitucionales. Quizás por ello, la doctrina nacional tiende a analizar este tipo de litígios partiendo preferentemente de conceptos como ‘litigio de derecho sociales’, o ‘acciones colectivas’, antes que de la idea de litígio estructural aquí propuesta”.
  7. FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria geral do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 761-767. É uma nova forma de Adjudication para o autor.
  8. JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
  9. Hoje em segunda edição. Ver: JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes na jurisdição constitucional: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
  10. JOBIM, Marco Félix. *A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil*. In *Processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 215-234.
  11. SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção*: condições de fixação de técnicas estruturantes para o exercício de direitos assegurados constitucionalmente. In *Jurisdição constitucional em perspectiva*: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/99. Clèmerson Merlin Clève; Paulo Ricardo Schier; Bruno Meneses Lorenzetto (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 35-56.
  12. JOBIM, Marco Félix. *Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos processos estruturais*: bases de uma possível construção. In *Processos estruturais*. 3. ed. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). Salvador: Juspodivm, 2021. p. 815-834.
  13. JOBIM, Marco Félix; SQUADRI, Ana Carolina. *O publicismo e o privatismo no processo estrutural*: o papel do juiz e a audiência pública. In *Processos estruturais*. 3. ed. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). Salvador: Juspodivm, 2021. p. 835-852.