

Organizadores
Sérgio Cruz Arenhart
Marco Félix Jobim
Gustavo Osna

PROCESSOS ESTRUTURAIS

6^a
edição
Revista
atualizada
ampliada

Prefácio
José Maria Tesheiner

2025

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

PRAGMATISMO JURÍDICO E AÇÕES ESTRUTURAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EDUARDA PEIXOTO DA CUNHA FRANÇA¹

MATHEUS CASIMIRO²

MARCO FÉLIX JOBIM³

SUMÁRIO • Introdução – 1. Litígios estruturais e a desigualdade social no Brasil – 2. Desmistificando o pragmatismo jurídico – 3. Pragmatismo em ações estruturais no Supremo Tribunal Federal; Conclusão – Referências

INTRODUÇÃO

A falta de congruência entre o Direito e a realidade é um problema permanente. Enquanto as normas preveem como as coisas devem ser e como se deve agir em diferentes circunstâncias, a complexidade da realidade impede que as categorias jurídicas a abarquem completamente. Não se trata de um diagnóstico pessimista, mas realista. Em alguma medida, há sempre uma diferença entre o que os textos legais prescrevem e o que, de fato, ocorre. Isso não significa, por outro lado, que qualquer discrepância entre realidade e normatividade seja aceitável. Se é impossível ter uma coincidência entre as duas, é dever os pesquisadores e profissionais do Direito pensar em formas de aproximar, na maior medida possível, o mundo real e o mundo normativo.

1 Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Pesquisadora do Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais (LAPEDI) e do Núcleo de Pesquisa em Interpretação e Decisão Judicial (NUPID). E-mail: eduardacunhapf@gmail.com.

2 Professor da Unichristus, da UFC e a FBUni. Doutor em Direito Público pela UERJ. Mestre e graduado em Direito pela UFC. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos pela Universidade de Pisa. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC-MG. Fundador e coordenador-geral do NUPID. E-mail: mcgserafim@gmail.com

3 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.

A judicialização de políticas públicas no Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente nos casos em que há falhas estruturais responsáveis por uma sistemática violação a direitos fundamentais, tem sido um dos instrumentos utilizados para diminuir a distância entre promessas constitucionais e realidade. Desde 2015, diversas ADPFs têm levado falhas estruturais Tribunal, como: sistemática violação a direitos fundamentais no sistema prisional (ADPF nº 347); a inconstitucionalidade da política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro (ADPF 635); e falta de políticas públicas para a proteção de grupos indígenas e quilombolas durante a pandemia de Covi-19 (ADPFs 709 e 742).

Por outro lado, a intervenção judicial na atuação da Administração Pública levanta objeções importantes, como a falta legitimidade e de capacidade técnica para lidar com políticas públicas, e a ameaça à separação de poderes. Em síntese, os críticos argumentam que, ao intervir na discricionariedade administrativa, os juízes usurpam competências típicas de outros poderes. E pior: fazem isso com base em valores abstratos, como dignidade, igualdade, saúde e liberdade. Nesses casos, a intervenção judicial poderia agravar problemas já existentes, em vez de contribuir com uma aproximação entre ser e dever-ser.

Partimos de uma hipótese contrária: a judicialização de políticas públicas pode, sim, contribuir com a realização do projeto transformador da Constituição de 1988. Porém, uma interpretação correta dos valores constitucionais, especialmente dos direitos sociais, não pode ser feita sem levar em consideração as consequências práticas da decisão judicial. Ao falar em consequências práticas, não estamos restringindo o olhar do juiz para os efeitos de sua decisão em um único caso. Ele precisa estar atento para as repercussões sistêmicas de suas escolhas. Assim, adotamos a pergunta central do artigo é: como o pragmatismo jurídico pode contribuir com a efetivação de ações estruturais? A pergunta se mostra relevante não só como um interesse na relação entre Teoria do Direito e prática jurídica, mas como uma imposição de nosso ordenamento jurídico. Recente alteração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) estabeleceu o art. 20, o qual determina que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Em seguida, o parágrafo único determina que a motivação da decisão demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas.

Com esse novo dispositivo, temos uma dupla consequência. Por um lado, o administrador público, ao pautar sua decisão em valores abstratos como a supremacia do interesse público – essencial ao juízo de conveniência e oportunidade –, deve antecipar as consequências práticas de sua decisão e demonstrar como a opção escolhida é melhor do que as alternativas. É importante frisar: o gestor não pode apenas afirmar que a política implementada é a melhor, ele deve justificar a sua escolha de forma empírica e comparativa, explicando o caminho que o seu raciocínio percorreu e como a alternativa escolhida supera as concorrentes⁴. Contudo, o

4 VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 79-112, p. 85-86, 2020; DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de In-

pragmatismo não vale apenas para o gestor público. O art. 20 também é aplicável a decisões judiciais. O pragmatismo impede que o magistrado profira decisões estruturais utópicas e unilaterais, tendo em vista improbabilidade de seu cumprimento. Decisões estruturais têm impacto direto no orçamento estatal e nas escolhas de como aplicar os recursos públicos, sendo essencial considerar as consequências em curto, médio e longo prazo para identificar a melhor forma de intervenção do Judiciário⁵.

Quanto à estrutura, o primeiro tópico aborda como as desigualdades sociais existentes na sociedade brasileira são levadas ao Poder Judiciário. Em seguida, o tópico 2 apresenta características básicas do pensamento pragmático, desfazendo algumas compreensões superficiais que hoje existem sobre o tema. Por fim, o terceiro tópico como o STF tem desenvolvido mecanismos que refletem o pragmatismo, mostrando a direta relação entre criatividade processual e demandas envolvendo políticas públicas. Adota-se o método hipotético-dedutivo e pesquisa de cunho bibliográfico-documental. Ademais, realiza-se uma análise qualitativa de casos envolvendo ações estruturais no STF.

1. LITÍGIOS ESTRUTURAIS E A DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL

A Constituição de 1988 foi promulgada com diversas simbologias e promessas, que tinham como intuito central mudar a história do Brasil e do povo brasileiro, que há tantos anos sofria com falhas sistêmicas que comprometiam (e ainda comprometem) sua vida e dignidade. Além disso, o Estado havia passado por um longo período de ditadura, razão pela qual o espírito da Carta de 1988 revela escopos democráticos e transformativos. Se nos primeiros anos, entretanto, seus objetivos inspiravam otimismo, nos últimos tempos eles estão, majoritariamente, desacreditados⁶, tendo em vista sua falta de compatibilidade com a realidade social e a ainda frágil capacidade do texto constitucional de proteger aqueles que mais precisam: os grupos vulneráveis⁷.

Apesar de a Constituição assegurar, por exemplo, o direito à moradia⁸ (artigo 6º) e estabelecer ser obrigação comum aos entes federativos “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (artigo 23, IX), na prática, enxerga-se milhares de brasileiros nas ruas – mais

rodução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 19, n. 75, p. 143-160, p. 144, 2019.

- 5 MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. **Processo estrutural consequencialista**: uma investigação sobre a concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário e o consequencialismo decisório. 137f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. p. 98.
- 6 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões Sobre as Críticas à Judicialização dos Direitos Prestacionais. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 2080-2114, 2015, p.2081.
- 7 Vieira argumenta que “A exclusão social e econômica, promovidas pelos extremos e duradouros níveis de desigualdade, acabam destruindo a imparcialidade da lei e provocando a invisibilidade das camadas mais pobres e marginalizadas da população” VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 06, p. 28-51, 2007, p.29.
- 8 Sobre o direito à moradia adequada no Brasil, ver obra de: MÖLLER, Gabriela Samrsla. **Proteção à moradia adequada pelo processo estrutural**: litígios e comportamento das cortes. Londrina: Toth, 2021.

especificamente, 281 mil pessoas⁹ –, sem um teto para se abrigarem, dormindo muitas vezes em papelões e passando frio quando chegam os duros invernos do Sul e Sudeste¹⁰.

A situação se repete com uma série de outros direitos. O artigo 6º também assegura o direito à educação, mas milhares de crianças estão fora das escolas; o ensino público é deficiente em diversos aspectos; e os investimentos em educação ainda não são suficientes ou sequer minimamente satisfatórios¹¹. O mesmo artigo também garante o direito à saúde, mas incontáveis brasileiros não têm acesso a medicamentos básicos e acabam morrendo por causas relativamente simples, que poderiam ser evitadas caso tivessem a oportunidade de receber tratamento, medicamentos ou mesmo atendimento médico básico¹².

Ações no controle concentrado de constitucionalidade evidenciam a inércia do Poder Público¹³ em tratar de pautas graves como as condições degradantes do cárcere brasileiro (ADPF 347), o cuidado com a saúde dos povos indígenas (ADPF 709) e a preservação do meio ambiente (“Pauta verde”). Em âmbito internacional, as condenações brasileiras pela Corte Interamericana de Direitos Humanos reforçam as falhas

9 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Expositores pedem dados mais precisos e prioridade à moradia para população em situação de rua**: no último dia do encontro, representantes do CNJ, de universidades e entidades da sociedade civil discutiram vários aspectos da questão tratada na ADPF 976. No último dia do encontro, representantes do CNJ, de universidades e entidades da sociedade civil discutiram vários aspectos da questão tratada na ADPF 976. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=497826&ori=1>. Acesso em: 11 fev. 2023.

10 Nesse sentido, a ADPF 976 foi ajuizada requerendo o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional da população de rua no Brasil, tendo em vista a situação degradante na qual essas pessoas se encontram. Acerca da temática, ver: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Alexandre de Moraes convoca audiência pública sobre população em situação de rua Inscrições vão até 17/10. O ministro é relator de ação com pedido de providências governamentais para minorar a situação precária dessas pessoas**. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=493571&ori=1>. Acesso em: 24 out. 2022 e IPEA (Goiás). **População em situação de rua supera 281,4 mil pessoas no Brasil**: estimativa divulgada pelo IPEA aponta crescimento de 38% desse segmento, durante a pandemia de covid-19. Estimativa divulgada pelo Ipea aponta crescimento de 38% desse segmento, durante a pandemia de Covid-19. 2022. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/13457-populacao-em-situacao-de-rua-supera-281-4-mil-pessoas-no-brasil>. Acesso em: 12 jan. 2023.

11 CHILD FUND BRASIL (Curitiba). **Educação de qualidade**: quem realmente tem acesso?. 2022. Disponível em: <https://www.childfundbrasil.org.br/blog/falta-de-acesso-educacao-qualidade-brasil/>. Acesso em: 11 fev. 2023.

12 Sobre a temática, ver: BRASIL. Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, v. 18, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandasjudiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em: 11 fev. 2020.

13 Reis afirma que “Paralelamente, em relação aos direitos sociais, o constitucionalismo brasileiro montou uma equação de difícil solução. No campo normativo, temos uma Carta que atribui ao Estado o dever de agir intensamente para suprir as necessidades básicas das pessoas através de políticas públicas. No plano social, convivemos com um cenário de desigualdade estrutural e multidimensional, marcada por um dos piores índices de distribuição de renda no cenário mundial.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões Sobre as Críticas à Judicialização dos Direitos Prestacionais. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 2080-2114, 2015, p.2082.

do Estado também em outras áreas, como segurança pública, vida digna (e mesmo o próprio direito à vida), alimentação e condições adequadas de trabalho¹⁴.

Amartya Sen¹⁵ destaca que a ausência de liberdades substantivas, ou seja, o núcleo mínimo de liberdades que o ser humano possui para sobreviver com dignidade, como de “escolher” não passar fome, “escolher” não ser violentado, “escolher” ter acesso a tratamento médico, costumeiramente se relaciona com a pobreza econômica. Vislumbra-se, desse modo, que em cenários de miséria, nos quais uma boa parte da população brasileira se encontra, existe uma imbricação no que concerne à violação de direitos, de modo que não somente os direitos de caráter prestacional são comprometidos, como, também, os de outras dimensões¹⁶, inclusive os direitos e liberdades individuais. Em outras palavras, dificilmente cenários nos quais vislumbra-se a violação de algum direito em específico, não envolvem, também, a violação a outros direitos (fundamentais e humanos).

Um indivíduo que habita em condições precárias não tem, somente, seu direito à moradia violado, como também, muito provavelmente, seu direito à saneamento básico, à saúde (uma vez que a precariedade de determinadas moradias pode ensejar doenças como leptospirose, doença de chagas, verminoses, hepatites, entre outros), à alimentação (visto que provavelmente enfrenta problemas de cunho financeiro), à segurança e até mesmo à educação própria ou de seus filhos (já que determinadas moradias ficam distantes das escolas públicas ou diante da hipótese da criança ou adulto ter que trabalhar para garantir sua subsistência e não ter tempo para estudar). Também pode-se falar, nessa hipótese, de possíveis violações ao direito à vida (que ocorre, frequentemente, com moradores de comunidades em diversos estados brasileiros), à liberdade (como é o caso da cidade de Fortaleza, que conta com a presença de diversas facções que impedem a mobilidade dos moradores das regiões mais pobres), à paz, entre outros.

A lógica é simples: a desigualdade, no Brasil, é multifatorial e, conseqüentemente, atinge o indivíduo (sobretudo aquele que faz parte de grupos vulneráveis) a partir de diferentes facetas. É difícil pensar, dessa forma, que camadas marginalizadas da população sofram a violação de um direito humano ou fundamental em específico. É mais provável, em contrapartida, que experimentem, diariamente, uma violação multifacetada dos direitos supramencionados.

14 Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil**. Sentença de mérito, reparações e custas de 15 de julho de 2020. San José, Costa Rica, 2020; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil**. Sentença de mérito, reparações e custas de 16 de fevereiro de 2017. San José, Costa Rica, 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentença de Exceções Preliminares, Méritos, Reparações e Custas de 20 de outubro de 2016. San José, Costa Rica, 2016.

15 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.13.

16 Sobre a palavra dimensão e não geração, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51. Em que pese ainda não existir, propriamente, a consagração da quarta fase, nem consenso sobre o que ela abrange, conforme lembra o autor: “Ainda no que tange à problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir a tendência de reconhecer a existência de uma quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas”.

A situação é lamentável e, ao mesmo tempo, desesperadora. O cenário do país seria excelente caso houvesse congruência entre as promessas da Constituição Cidadã e a realidade, mas ainda é preciso percorrer um longo caminho para que isso seja possível. Nesse sentido, Neves¹⁷ explica que toda Constituição tem uma dimensão simbólica – que tem como intuito influenciar o imaginário social, consagrando valores relevantes para a sociedade – e uma dimensão instrumental – a qual busca conformar, efetivamente, a realidade política e social subjacente. O verdadeiro problema não é a existência dessa dupla dimensão, mas sim a subordinação da segunda à primeira.

A maratona é longa e a linha de chegada distante. É preciso utilizar todos os meios possíveis para que pelo menos o núcleo mínimo dos direitos fundamentais seja assegurados aos grupos vulneráveis da população brasileira, parcela que mais sofre com desigualdade social e falta de mobilização do Poder Público para promover políticas públicas de qualidade.

A cláusula de acesso à justiça (art. 5º da CF 1998, XXXV), com alargamento de sua projeção pelo art. 3º, CPC/2015, proporciona a todos o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado. Logo, sempre que um indivíduo tiver qualquer de seus direitos lesados, pode recorrer ao Poder Judiciário para angariar a tutela necessária. Ainda nesse sentido, a vedação ao “non liquet” aparece tanto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) quanto no Código de Processo Civil, não permitindo que o magistrado se esquive de julgar uma causa sob a alegação de que não existe comando legal apto a reger a situação concreta que lhe foi submetida ou mesmo porque há dúvidas no que concerne a quem deve sair vitorioso da demanda.

A realidade de um Poder Judiciário acessível possibilita a judicialização de diversas demandas versando sobre diferentes temáticas. O fato de a Constituição de 1988 ser analítica conferiu a possibilidade de que juízes interferissem, por meio de suas decisões, em matérias originariamente políticas para assegurar a garantia de um determinado direito, como é o caso das políticas públicas.

Não raramente, decisões judiciais que concedem, por exemplo, uma vaga em um leito de hospital público que está lotado a um certo indivíduo ou determinam a matrícula de uma criança em uma creche pública que já está lotada e não tem estrutura para recebê-la, interferem diretamente na política pública de saúde e educação, respectivamente. Decisões desse tipo tendem a reduzir a problemática da saúde ou da educação a um caso específico, não analisando a situação macro do ente federativo em questão no que concerne aos déficits envolvendo as políticas públicas. É aquilo que Edilson Vitorelli denomina de justiça à conta-gotas¹⁸.

Dessa forma, ao invés de pôr fim ao problema da falta de leitos em hospitais públicos ou da falta de vagas em creches públicas, o juiz, por meio de sua decisão, concede esse direito àquele que judicializou a sua demanda, deixando de lado a ideia de que existem diversas outras pessoas na mesma situação ou até mesmo em uma situação mais grave. Obedece-se à lógica, desse modo, de que “aquele que chega primeiro, será

17 NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996, p.325.

18 VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Juspodivm, 2021.

servido” (*first come first served*). Ademais, ainda nesse sentido, o magistrado interfere de forma desordenada na política pública, não atentando às limitações de estrutura, espaço, profissionais, limitações orçamentárias, entre outros.

Problemas que envolvem, desse modo, a violação massiva e reiterada de direitos fundamentais de não somente um, mas de diversos indivíduos, são chamados de “problemas estruturais”. Problemas estruturais, usualmente, demandam o controle judicial de políticas públicas, uma vez que necessitam, para a sua superação, da implementação ou reajuste desses programas de ação governamental que visam o bem-estar social.

Importante notar, nesse sentido, que o controle judicial de políticas públicas demanda a ruptura de paradigmas culturais enraizados na sociedade para que as decisões judiciais alcancem efetividade. Também é preciso, nesse mesmo sentido, mudar a concepção tradicional que se tem do papel do juiz sem que isso provoque as tradicionais críticas à função judicante, quais sejam: a violação à separação de poderes e a falta de capacidade técnica dos magistrados para lidarem com questões originariamente políticas¹⁹.

Pensar a teoria da separação de poderes, atualmente, é projetá-la a partir das necessidades de um Estado que tem a responsabilidade de não somente se abster – no sentido de não obstar o gozo de direitos e liberdades individuais –, mas, sobretudo, de garantir, assegurar e proteger direitos fundamentais do jurisdicionado. Ademais, vale ressaltar que esses direitos são justiciáveis e, conseqüentemente, podem ser reivindicados pela via judicial, o que faz com que o Poder Judiciário, necessariamente, interfira em diversos aspectos da vida social, inclusive em aspectos políticos. Por fim, é ainda de se pensar se vale a pena responder críticas sobre separação de poderes numa sociedade como a nossa, como pondera Virgílio Afonso da Silva²⁰.

No tocante à segunda crítica, é preciso avaliá-la à luz das alternativas disponíveis. É certo que o Poder Judiciário certamente não é o *locus* mais adequado para enfrentar questões que envolvem expertises referentes às instâncias políticas (como as políticas públicas), mas diante de bloqueios institucionais ou mesmo da inércia política (seja ela proposital ou não), não raramente, este Poder aparece enquanto a única alternativa disponível para que as violações a direitos não continuem a acontecer.

Parece simples afirmar que juízes não deveriam interferir em questões “C” ou “D”, mas, usualmente, as demandas de grupos vulneráveis são urgentes e não podem esperar o despertar espontâneo dos Poderes Legislativo e Executivo, sob pena de

19 Essas críticas são aprofundadas no trabalho de: SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo**: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

20 SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas. *In O processo para solução de conflitos de interesse público*. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coords.). Salvador: Juspodivm, 2022. págs. 383-396. Escreve nas págs. 385-386: “Um dos principais argumentos que sustentam um dos lados da discussão acima delineada é a referência à teoria da separação de poderes. No Brasil, como em muitos outros países da América Latina, essa teoria é muitas vezes encarada de forma estanque e rígida. No modelo liberal clássico, no qual os juízes podiam ser considerados como simples ‘boca da lei’, seria impossível imaginar que o Judiciário pudesse intervir na realização de políticas públicas e, em alguns casos, até mesmo corrigi-las ou defini-las. Mas o que é compreendido como a ‘teoria da separação de poderes’ é, no entanto, uma simples visão enviesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu tinha como paradigma. Em vista disso, o argumento baseado puramente na separação de poderes não parece ser digno de nenhuma análise mais apurada neste trabalho”.

acarretarem danos irreversíveis à vida das camadas mais necessitadas da população. No campo dos direitos humanos e fundamentais, é preciso lutar com as armas que estão disponíveis no momento da necessidade, pois a perda de uma batalha pode significar, ao fim e ao cabo, a derrota da guerra.

Vale destacar, ainda, que mesmo quando juízes lidam com questões políticas, eles não devem assumir o protagonismo acerca das medidas que serão implementadas para solucionar o problema em questão. O Judiciário funciona enquanto um *locus* catalisador e como um fórum deliberativo, conciliando interesses, investigando limites e possibilidades de atuação das partes, assegurando que pautas importantes para grupos vulneráveis sejam devidamente representadas, facilitando o diálogo e monitorando os avanços e retrocessos para que as medidas estruturais sejam readequadas ou continuem a ser implementadas. Tudo isso requer, de fato, uma mudança na compreensão do papel da jurisdição e também uma modificação de postura por parte do magistrado, que precisa lidar com novas obrigações, estar atento às lutas sociais das camadas hipossuficientes da população (que envolvem, usualmente, transgressões a direitos fundamentais) e conhecer suas limitações (o que assegura que o julgador buscará estabelecer um diálogo ao invés de adotar uma postura solipsista, tendo em vista a consciência de que não possui uma visão macro da situação).

Em um primeiro momento, pode parecer que o controle judicial de políticas públicas demanda tarefas hercúleas e quase que impossíveis de serem realizadas por juízes. De fato, enfrentar uma demanda que requer a interferência em políticas públicas – que são, por natureza, dinâmicas – não é tão simples quanto julgar uma demanda individual, e nem tão rápido. Mas se demandas complexas têm chegado ao Judiciário, é preciso pensar em formas de fazer com que elas não voltem vazias. Para que isso aconteça, é preciso que o magistrado seja, antes de tudo, pragmático, conforme se verá a seguir.

2. DESMISTIFICANDO O PRAGMATISMO JURÍDICO

Se o leitor já teve algum contato com artigos e livros brasileiros que falam sobre o pragmatismo jurídico, é provável que tenha pré-compreensões²¹ negativas sobre o tema. Infelizmente, as críticas feitas ao pragmatismo no País estão mais direcionadas a um espantinho do que às ideias pragmáticas desenvolvidas nos Estados Unidos. É comum encontrarmos autores acusando o pragmatismo de tornar o juiz o grande protagonista do Direito, o que criaria um constante “estado de exceção hermenêutico”²², além de defenderem que “O pragmatismo jurídico não apresenta nenhum compromisso com a segurança jurídica e a objetividade [...]”²³. Para entendermos a importância do pragmatismo para o controle judicial de políticas públicas, precisamos, primeiramente, desmistificar algumas das referidas críticas.

Na filosofia, Charles Sanders Peirce, catedrático da Universidade de Harvard, é considerado o pai do Pragmatismo. Na obra “*How to make our ideas clear*” (Como tornar

21 Sobre o tema, sempre é atual a leitura de: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Tradução de: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005. V. I.

22 STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. 7 n. 2, 25-48, p. 35, 2014.

23 EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 62, p. 107-121, p. 112, 2002.

claras as nossas ideias), publicada originalmente em 1968, o autor argumenta que o Pragmatismo é, antes de tudo, um método para tornar claras as nossas ideias, uma filosofia que tem como intuito eliminar problemas abstratos e superar a obscuridade e confusão que estes ocasionam²⁴.

O método de Peirce estabelece que o significado de algo está em suas consequências práticas concebíveis. Como não é viável, entretanto, identificar inicialmente todas essas consequências e seus efeitos, o Pragmatismo do autor abre portas para um constante aperfeiçoamento e avanço no conhecimento, envolvendo, portanto, as ideias de falibilidade e continuidade²⁵. Em outras palavras, Peirce entende que dificilmente é possível antever todas as consequências provenientes de algo. Sendo assim, é preciso ter em mente que quaisquer hipóteses traçadas são passíveis de erro e, conseqüentemente, de serem reformuladas, a depender das descobertas futuras, o que demanda um alto grau de experimentalismo²⁶.

Após Pierce, outros autores desenvolveram o chamado Pragmatismo filosófico, como John Dewey, William James e, mais recentemente, Richard Rorty. Apesar de sua origem na filosofia, o Pragmatismo também influenciou importantes juristas norte-americanos ao longo do século XX, como Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo, Richard Posner, Thomas Grey e Richard Farber. Apesar da influência de autores como Pierce e Dewey, o pragmatismo jurídico pode ser adotado por juristas que seguem linhas filosóficas diferentes do pragmatismo²⁷. Pela diversidade de autores que se intitulam como pragmáticos, não é possível defender a existência de uma única escola de pensamento. Na verdade, o termo funciona como uma expressão guarda-chuva, reunindo autores com diferentes ideias, mas que adotam alguns pontos comuns. São eles: anticonceitualismo, contextualismo, instrumentalismo e falibilismo.

Primeiro, o pragmatismo não acredita na possibilidade de extrair decisões corretas de princípios e conceitos jurídicos genéricos, como se o processo decisório fosse uma simples dedução lógica a partir de axiomas universais. Alguns autores chamam esse ponto de antifundacionalismo: a descrença de que, a partir de fundamentos objetivos e gerais, sempre podemos deduzir decisões corretas. O critério fundamental pode variar de acordo com a teoria do Direito: a vontade do Legislador, a vontade legislativa, a integridade, a liberdade, entre outros elementos tidos como o fundamento último da interpretação jurídica.

Vale esclarecer um ponto importante: os críticos afirmam que, por ser antifundacionalista, o juiz pragmático não vê um dever moral e jurídico de fidelidade aos fundamentos da ordem jurídica. Quando ele respeita os fundamentos, atua com base em um simples juízo de conveniência, ou seja, apenas porque, na prática, é mais proveitoso agir dessa forma. Não é essa a visão defendida aqui. O juiz está moral e

24 PEIRCE, Charles S. Pragmatismo e abdução. In: PEIRCE, Charles S. *Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 230-255, p.232.

25 FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A lógica viva na decisão judicial: pragmatismo e processos estruturais no Brasil. *Revista de Processo*. vol. 339. ano 48. p. 249-274. São Paulo: Ed. RT, maio 2023. Disponível em: inserir link consultado. Acesso em: 04/05/2023, p.8.

26 FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A lógica viva na decisão judicial: pragmatismo e processos estruturais no Brasil. *Revista de Processo*. vol. 339. ano 48. p. 249-274. São Paulo: Ed. RT, maio 2023. Disponível em: inserir link consultado. Acesso em: 04/05/2023, p.8-9.

27 GREY, Thomas C. Freestanding legal pragmatism. *Cardozo Law Review*, v. 18, p. 254-274, p. 254, 1996.

juridicamente vinculado à Constituição do País e, dentro dela, ao projeto transformador apresentado entre os arts. 1º e 4º. Por isso, optamos por nomear a primeira característica de anticonceitualismo: não se trata de negar a existência de fundamentos que vinculam o operador do Direito, mas de reconhecer que referidos fundamentos são conceitos abstratos e que só podem ser concretizados a partir de uma análise contextual.

Como explica Brian Butler²⁸, a real oposição do pragmatismo não é à existência de fundamentos aos quais o juiz deve fidelidade, mas à irreal crença de que as decisões corretas estão contidas nesses critérios gerais, aguardando para serem descobertas ou deles deduzidas. É preciso contextualizar conceitos abstratos e analisar suas implicações práticas. Nas palavras de William James, “É espantoso de se ver quantas e quantas disputas filosóficas dão em nada no momento em que a submetemos ao simples teste de traçar uma consequência concreta.”²⁹.

Em segundo lugar, o pragmatismo entende o Direito como um fenômeno contextual, profundamente enraizado nas práticas, crenças, cultura, política e realidade socioeconômica de uma comunidade³⁰. Não é possível compreender o fenômeno jurídico apenas com reflexões teóricas. Os sentidos atribuídos às partes de um sistema jurídico dependem da realidade na qual ele está inserido, na tradição na qual se desenvolveu e, principalmente, no contexto ao qual referidas normas serão aplicadas. Não é possível exaurir o conteúdo de uma norma aprioristicamente, é preciso conhecer o seu contexto de criação, desenvolvimento e, principalmente, a realidade de aplicação.

Em terceiro lugar, o pragmatismo vê o Direito como um instrumento para realizar fins socialmente relevantes e, por isso, as consequências de uma decisão são essenciais à interpretação. Não é possível falar em “melhor decisão” se as suas consequências, imediatas e sistêmicas, não forem consideradas pelo magistrado. Provavelmente essa é a característica mais atacada e mal compreendida pelos críticos. Ronald Dworkin, em uma leitura equivocada do tema³¹, afirma que o pragmatismo vê a fontes jurídicas formas e os precedentes como simples instrumentos sem valor próprio, que são utilizados apenas na medida em que são convenientes. Segundo o autor:

O pragmatista assume uma atitude cética em relação ao pressuposto que nós assumimos ser inerente ao conceito de direito: nega que decisões políticas passadas forneçam, por si mesmas, qualquer justificação para utilizar ou não poder coercivo do Estado. Ele encontra a justificação necessária para a coerção na justiça ou na eficiência ou qualquer outra virtude contemporânea da própria decisão coerciva, quando ela é tomada pelos juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial passada não contribui, em princípio, para a justiça ou virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes são guiados por esta ideia, então, a menos que cometam grandes erros, a coerção que

28 BUTLER, Brian E. Legal Pragmatism: Banal or Beneficial as a Jurisprudential Position?. *Essays in Philosophy*, v. 3, n. 2, p. 269-286, p. 272, 2002.

29 JAMES, William. **Pragmatismo**. Trad, Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 46.

30 BUTLER, Brian E. Legal Pragmatism: Banal or Beneficial as a Jurisprudential Position?. *Essays in Philosophy*, v. 3, n. 2, p. 269-286, p. 271, 2002.

31 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo Jurídico como [Meta]Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211, p. 181-184.

dirigem tornará o futuro da comunidade mais brilhante, livre do governo dos mortos e do fetiche da consistência como um valor intrínseco³².

Assim, precisamos fazer alguns esclarecimentos sobre o instrumentalismo aqui defendido. Primeiro, o instrumentalismo não nega o valor das fontes formais, dos precedentes e da tradição jurídica. As críticas tratam o instrumentalismo como um vale tudo: se os bons resultados forem alcançados, posso fundamentar minha decisão de qualquer forma. Longe disso. John Dewey³³ deu uma das melhores respostas para essa crítica quando defendeu a inseparabilidade entre meios e fins. Na maior parte da nossa vida, realizamos atividades que têm valor instrumental e, ao mesmo tempo, são valorosas por si mesmas. Quando isso não acontece, podemos estar diante de uma situação patológica. Um exemplo disso é o trabalho. Podemos trabalhar movidos pelo dinheiro, mas se não enxergarmos algum valor inerente à função que exercemos, adoeceremos psicologicamente ou não conseguiremos seguir no ramo por muito tempo. Da mesma forma, o instrumentalismo no Direito não é um vale tudo: um ordenamento jurídico pautado em direitos fundamentais, Estado de Direitos e segurança jurídica são instrumentos para obter fins sociais importantes e, ao mesmo tempo, são bens em si mesmos³⁴. Portanto, é possível ser pragmático e enxergar o respeito à lei e aos precedentes como uma necessidade prática e, ao mesmo tempo, como uma conduta valorosa em si mesma, por promover respeito à democracia e ao Estado de Direito.

Em segundo lugar, o pragmatismo não apoia um solipsismo judicial, no sentido de o juiz buscar, a qualquer custo, a melhor decisão para um caso³⁵. Quando se fala em considerar as consequências da decisão, faz-se referência às consequências sistêmicas que podem decorrer da decisão judicial. Um juiz pragmático pode desejar conceder um medicamento caro a um paciente que dele necessita, todavia, precedendo os efeitos sistemáticos da decisão, pode negar o pedido da parte autora. Além disso, como explica Richard Posner³⁶, o pragmatismo é “conservador”: ele tenta solucionar novos problemas gerando a menor perturbação possível no sistema jurídico existente.

Por último, em uma Constituição que se enquadra no chamado constitucionalismo transformador³⁷, é impossível não interpretar o ordenamento jurídico à luz do projeto

32 “The pragmatist takes a skeptical attitude toward the assumption we are assuming is embodied in the concept of law: he denies that past political decisions in themselves provide any justification for either using or withholding the state's coercive power. He finds the necessary justification for coercion in the justice or efficiency or some Other contemporary virtue of the coercive decision itself, as and when it is made by judges, and he adds that consistency with any past legislative or judicial decision does not in principle contribute to the justice or virtue of any present one. If judges are guided by this advice, he believes, then unless they make great mistakes, the coercion they direct will make the community's future brighter, liberated from the dead hand of the past and the fetish of consistency for its own sake.” DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Harvard University Press, 1986. p. 151.

33 DEWEY, John. **Theory of Valuation**. Chicago: University of Chicago Press, 1939. p. 40-50.

34 FARBER, Daniel A. Legal pragmatism and the constitution. **Minnesota Law Review**, v. 72, p. 1331-1378, p. 1344-1346, 1988.

35 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo Jurídico como [Meta]Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211, p. 201-208.

36 POSNER, Richard A. Legal pragmatism. **Metaphilosophy**, v. 35, n. 1-2, p. 147-159, p. 150, 2004.

37 Segundo Karl Klare, Constituições transformadoras apresentam um projeto de longo prazo, no qual as instituições públicas têm o dever constitucional de transformar a realidade política e socioeconômica do

sociopolítico definido pelo texto constitucional. A Constituição de 1988, dos arts. 1º ao 4º, fixa não só os fundamentos de nossa sociedade, mas o projeto de comunidade política que temos de realizar ao longo do tempo. O projeto transformador não vincula só o Executivo e o Legislativo, mas também o Judiciário, que deve levá-lo em consideração ao interpretar as demais normas constitucionais e infralegais³⁸. Se os quatro primeiros artigos apresentam um empreendimento a ser realizado, as consequências de uma decisão devem ser consideradas por todos os poderes vinculados por esse projeto, inclusive o Judiciário.

Finalmente, a quarta característica do pragmatismo: a falibilidade. O jurista pragmático sabe que a realidade é compreendida a partir de diferentes perspectivas e que normas e decisões podem ser questionadas mediante novos argumentos ou informações³⁹. Ainda que acredite em uma verdade objetiva, reconhece as limitações da razão humana e a impossibilidade de alcançá-la por completo. Segundo Karl Popper⁴⁰, o falibilismo é a ideia de que um conhecimento só pode ser considerado como científico se puder ser testado, questionado e, eventualmente, superado por novos dados. O falibilismo relembra que nossa busca por respostas corretas é um empreendimento contínuo e que, por mais que tenhamos certeza de que estamos certos, podemos estar errados e, assim, devemos seguir abertos à contestação e a revisão de nossas crenças e decisões. O Pragmatismo, portanto, não é um método cujo escopo consiste em alcançar certeza e precisão absolutas ou verdades evidentes por si mesmas, pois proporciona sempre a abertura a novas possibilidades⁴¹.

Recente alteração na LINDB parece acolher a lógica do pragmatismo⁴², especialmente nos casos de controle judicial de políticas públicas. O *caput* do art. 20 estabelece que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em

país. Enquanto constituições associadas ao pensamento liberal tradicional, como a norte-americana, focam em limitar o poder do Estado e fixar os princípios fundantes do pacto social, uma constituição transformadora, além disso, estabelece um projeto de sociedade que deve ser gradualmente realizado mediante a atuação estatal. Busca-se a criação de uma democracia mais participativa, justa e igualitária. KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998.

- 38 JOBIM, Marco Félix; CUNHA, Guilherme Antunes da. Ativismo judicial e VAR: Quem controla o controlador no Estado Democrático de Direito?. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 17, n. 47, p. 93-114, p. 110, 2022.
- 39 GREY, Thomas C. Freestanding legal pragmatism. *Cardozo Law Review*, v. 18, p. 254-274, p. 260, 1996.
- 40 POPPER, Karl. *A vida é aprendizagem*: epistemologia evolutiva e sociedade aberta. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 26.
- 41 NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *Um método para a investigação das consequências*: A lógica pragmática da abdução de C.S. Peirce aplicada ao Direito. João Pessoa: Idea, 2013, p.51.
- 42 Ainda que autores associem o consequencialismo às mudanças da LINDB, o novo texto parece fazer referência à lógica própria do pragmatismo jurídico. O consequencialismo pode ser compreendido como uma classe de teorias normativas éticas cuja afirmação central é a ideia de que as consequências de determinada conduta deverão ser a medida de sua correição. A sua manifestação mais conhecida é o utilitarismo, que adota como critério avaliativa da conduta a maximização da utilidade. Diversamente, o pragmatismo jurídico não possui um conceito pré-determinado a respeito daquilo que seriam as consequências desejáveis para todo e qualquer contexto, a exemplo do que seria a utilidade para os utilitaristas. POSNER, Richard A. Legal pragmatism. *Metaphilosophy*, v. 35, n. 1-2, p. 147-159, p. 151, 2004. Sobre a distinção entre pragmatismo, consequencialismo e Análise Econômica do Direito, Cf. ARAUJO, Thiago Cardoso; FERREIRA JR, Fernando; MONTENEGRO, Lucas Dos Reis. Consequencialismo, pragmatismo e análise econômica do direito: semelhanças, diferenças e alguns equívocos. *Revista Quaestio Iuris*, v. 14, n. 04, p. 2106-2130, 2021.

valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Em seguida, o parágrafo único determina que a motivação da decisão demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas. Com esse novo dispositivo, temos uma dupla consequência.

Por um lado, o administrador público, ao pautar sua decisão em valores abstratos como a supremacia do interesse público – essencial ao juízo de conveniência e oportunidade –, deve antecipar as consequências práticas de sua decisão e demonstrar como a opção escolhida é melhor do que as alternativas. É importante frisar: o gestor não pode apenas afirmar que a política implementada é a melhor; ele deve justificar a sua escolha de forma empírica e comparativa, explicando o caminho que o seu raciocínio percorreu e como a alternativa escolhida supera as concorrentes⁴³.

Contudo, o pragmatismo não vale apenas para o gestor público. O art. 20 também é aplicável a decisões judiciais, o que é especialmente relevante para o controle judicial de políticas públicas. O pragmatismo impede que o magistrado profira decisões utópicas e unilaterais, tendo em vista improbabilidade de seu cumprimento⁴⁴. Ordens judiciais têm impacto direto no orçamento estatal e nas escolhas de como aplicar os recursos públicos, sendo essencial considerar as consequências em curto, médio e longo prazo para identificar a melhor forma de intervenção do Judiciário⁴⁵. Por isso, o juiz pragmático, diante de um litígio envolvendo políticas públicas, deve adotar uma postura dialógica e conciliatória, em busca de soluções viáveis e capazes de proteger adequadamente os direitos fundamentais em questão.

3. PRAGMATISMO EM AÇÕES ESTRUTURAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O presente tópico tem como intuito apresentar manifestações do Pragmatismo em atuações do Supremo Tribunal Federal em ações estruturais.

Antes de prosseguir com o conteúdo proposto, faz-se necessário realizar uma distinção de conceitos que são tratados, usualmente, como sinônimos, não obstante possuírem significados diferentes. Essa confusão entre conceitos pode comprometer toda a compreensão acerca da matéria que se pretende abordar, razão pela qual faz-se importante que o leitor vislumbre as nuances de cada um. Os conceitos mencionados são: litígio/problema estrutural, ação estrutural e processo estrutural.

43 VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 79-112, p. 85-86, 2020; DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 19, n. 75, p. 143-160, p. 144, 2019.

44 BUTLER, Brian E. Legal Pragmatism: Banal or Beneficial as a Jurisprudential Position?. *Essays in Philosophy*, v. 3, n. 2, p. 269-286, p. 279-280, 2002.

45 “O modelo tradicional bipolar não permite uma adjudicação pelo Estado-juiz para estabelecer políticas públicas. Uma decisão judicial estrutural envolve consequências sistêmicas, como, por exemplo, afeta todo um planejamento orçamentário-financeiro do ente para suas obrigações constitucionais. [...] Assim, o magistrado, diante de um processo estrutural, deve se pautar por uma visão realista, afastada de um sonho utópico, dentro da possibilidade dos entes ou órgãos envolvidos.” MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. *Processo estrutural consequencialista: uma investigação sobre a concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário e o consequencialismo decisório*. 137f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. p. 98.

Um litígio ou problema estrutural é aquele que envolve a violação massiva e reiterada de direitos fundamentais⁴⁶, demandando, para a sua resolução, a reestruturação ou implementação de políticas públicas, e/ou a readequação do modus operandi de determinados agentes (públicos ou privados). Uma ação estrutural é uma ação que trata de um problema estrutural e pretende, por meio de sua judicialização, a prolação de medidas estruturais por parte do Poder Judiciário. Um processo estrutural, por fim, ocorre após o Poder Judiciário reconhecer que uma ação estrutural deve ser convertida em um processo estrutural. É no processo estrutural que ocorrem, no âmbito do Judiciário, a prolação de medidas estruturais. Importante frisar, nesse sentido, que também existe a possibilidade de medidas estruturais serem emitidas em procedimentos extrajudiciais, a exemplo do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

Ultrapassada essa questão, passa-se, agora, à análise das ações estruturais em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

A primeira é a ADPF 709⁴⁷, que versava sobre a situação dos povos indígenas no Brasil durante o período de pandemia do COVID-19.

A Ação foi ajuizada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), que, em sua inicial, apresentou o estado de extrema vulnerabilidade no qual se encontravam os povos indígenas no Brasil em virtude da pandemia, uma vez que enquanto a taxa de mortalidade da doença na população brasileira era de 5,6%, entre os povos indígenas esse percentual aumentava para 9,6%. Além disso, omissões como a decisão da Fundação Nacional do Índio de só prestar assistência especializada de saúde a povos residentes em terras indígenas homologadas e a falta de um plano de ação, por parte da União, com o intuito de criar estratégias de proteção desses grupos, agravam a situação, sem que houvesse qualquer perspectiva de melhora⁴⁸.

Desde o julgamento da medida cautelar (confirmada pelo Pleno em 05/08/2020), foram estabelecidas medidas que demonstram uma atuação pragmática por parte do Supremo Tribunal Federal, dentre os quais destacam-se: a criação de uma sala de situação para a gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos em isolamento e a determinação de elaboração e monitoramento de um Plano de Ação para enfrentar adequadamente a pandemia do COVID-19 no que concerne às necessidades dos povos indígenas, que contaria com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas.

A Sala de Situação foi criada com o propósito de assegurar o estabelecimento de um diálogo intercultural. Vale mencionar que ela não foi criada pelo STF e tem sua

46 Nem sempre os litígios estruturais versam sobre direitos fundamentais. É possível a existência de litígios estruturais na esfera privada. Apesar disso, sempre que fizer menção aos litígios estruturais, o presente artigo estará fazendo menção a litígios estruturais que envolvem a violação de direitos fundamentais.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709**. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Diário Oficial da União. Brasília, 2020e. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2023.

48 FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Processos estruturais e COVID-19: a efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia. **Revista Culturais Jurídicas**, v. 8, n. 19, p. 31-58, 2021, p.49.

previsão estabelecida na Portaria Conjunta nº 4.094/2018 (art. 12, § 2º)⁴⁹, elaborada pelo Ministério da Saúde e pela Fundação Nacional do Índio. Consiste, portanto, em uma: “instância de caráter técnico com vistas a subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato”⁵⁰.

A primeira reunião da Sala de Situação contou com a presença de mais de 60 participantes, que representavam o governo federal, a Secretaria Especial de Saúde Indígena, o ministério da Defesa, a Fundação Nacional do Índio, a APIB⁵¹, entre outros. Como apoio técnico, contou-se com a participação de três indigenistas, dois médicos sanitaristas, o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União.

Em que pese as críticas referentes à forma como o diálogo aconteceu⁵², a ideia de uma Sala de Situação que possibilite o diálogo entre o STF e os demais agentes envolvidos no enfrentamento de litígios estruturais permite que haja um processo de deliberação capaz de proporcionar ao Tribunal subsídios suficientes para tomar uma decisão pautada nas reais necessidades (das vítimas) e possibilidades (orçamentárias e operacionais) do caso concreto. As medidas adotadas pelo STF, desse modo, passam a não somente fugir das críticas que são realizadas à interferência judicial em políticas públicas – uma vez que o diálogo viabiliza uma tomada de decisão orientada e congruente com a realidade – como, também, possibilita a participação de indivíduos que sofrem com o descaso das instâncias políticas e enfrentam, ao mesmo tempo, violações massivas e reiteradas a seus direitos fundamentais.

A criação da Sala de Situação, portanto, é uma ferramenta pragmática na medida em que busca resolver o problema em questão a partir da realidade e de suas particularidades, buscando compreender seus efeitos práticos concebíveis, que, caso não observados, podem comprometer a eficácia da decisão judicial.

O pragmatismo atenta, assim, aos estímulos dados a partir da experiência, fazendo com que o direito seja aplicado não a partir de abstrações, mas sim a partir de

49 “Art. 12. Deverá ser ativada uma Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato. § 1º A Sala de Situação terá como objetivos precípuos o compartilhamento e a sistematização de informações, o favorecimento do processo decisório, a organização de respostas para emergências e o monitoramento e avaliação das intervenções realizadas. § 2º A Sala de Situação será composta por membros indicados pela SESAI/MS e membros indicados pela FUNAI e poderá ser integrada também por colaboradores convidados, com a anuência conjunta de ambos os órgãos.”. BRASIL. Ministério da Saúde e Fundação Nacional do Índio. **Portaria Conjunta nº 4.094/2018**. Define princípios, diretrizes e estratégias para a atenção à saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato. Brasília, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57220459. Acesso em: 19 abr. 2023.

50 GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo de. STF, povos indígenas e Sala de Situação: diálogo ilusório. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, n. 3, p. 2174-2205, 2185, 2021, p.2184.

51 A APIB contou com a participação de 4 indígenas, entre eles um dos advogados da ADPF em questão: Angela Kaxuyana, Eriverto Marubo, Sonia Guajajara e Dr. Luiz Henrique Eloy Amado Terena. GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo de. STF, povos indígenas e Sala de Situação: diálogo ilusório. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, n. 3, p. 2174-2205, 2185, 2021, p.2184.

52 Nesse sentido, ver: GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo de. STF, povos indígenas e Sala de Situação: diálogo ilusório. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, n. 3, p. 2174-2205, 2185, 2021, p.2188-2191.

necessidades concretas. Supera, desse modo, o dualismo entre “ser” e “dever ser”⁵³, conectando o mundo dos fatos e o mundo dos direitos num plano único, o que parece profícuo, sobretudo, em cenários de violação a direitos nos quais estes precisam ser assegurados com urgência, sob pena de provocarem danos irreversíveis aos grupos vulneráveis da população brasileira.

No que concerne ao monitoramento do Plano de Ação, importante destacar que o monitoramento permite que dois pontos do pragmatismo sejam efetivados: a flexibilidade e a continuidade. O pragmatismo possibilita que o processo de investigação esteja sempre aberto a novas possibilidades, caso estas sejam mais eficazes para resolver o problema em questão, não tendo como objetivo alcançar certezas abstratas, previsões absolutas ou verdades evidentes por si mesmas. O contexto da descoberta, assim, insere-se em um procedimento que, gradualmente, avança a partir do surgimento de novas demandas e limitações, moldando-se às peculiaridades do caso concreto. Vale ressaltar que a utilização o pragmatismo não é contrário à legislação, mas, tão somente, à aplicação cega da norma jurídica, que não considera o contexto de sua incidência.

O monitoramento do plano de ação permite que determinadas medidas sejam revisadas caso não estejam sendo úteis à solução do caso. Desse modo, sua reformulação viabiliza um constante aprimoramento da interferência judicial, que será sustentada por dados da realidade. Peirce⁵⁴, nesse sentido, afirma que uma determinada hipótese deve ser testada a partir da experiência, e não de meras abstrações, o que parece ser congruente com questões que envolvem políticas públicas, uma vez que a estas é inerente um ciclo de tentativas, erros e acertos, fazendo com que as demandas para que seu reajuste ou implementação sejam contingentes. A partir do momento em que políticas públicas estão em jogo, não existe certeza, mas, tão somente, entendimentos provisórios.

Outros dois mecanismos que podem ser apontados enquanto pragmáticos no STF são as audiências públicas e o *amicus curiae*. As audiências públicas são reuniões democráticas e transparentes que viabilizam a participação da sociedade, especialmente das pessoas diretamente atingidas, em questões que afetam as suas vidas, permitindo o encaminhamento de solicitações, pleitos, opiniões e sugestões por parte desses indivíduos. O *amicus curiae* (expressão que, em latim, significa “amigo da corte”), por sua vez, consiste na possibilidade de que terceiros (pessoa física ou jurídica) ingressem no processo com o intuito de fornecer subsídios ao órgão julgador. Essa interferência acontece, usualmente, em processos cuja matéria seja relevante e de grande repercussão na sociedade ou em demandas cujo tema seja muito específico.

Tanto as audiências públicas quanto o *amicus curiae* já foram utilizados em importantes ações que chegaram em sede de controle concentrado de constitucionalidade, representando, desse modo, fortes mecanismos que asseguram a participação. Tanto a participação da sociedade e das vítimas, quanto a participação de especialistas, conferem ao Tribunal uma maior base de segurança para prolatar suas decisões, uma vez

53 Conferir capítulo 3 do livro: NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**: A lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito. João Pessoa: Idea, 2013.

54 PEIRCE, Charles S. How to make our ideas clear. In: **Charles S. Peirce – Selected Writings**. New York: Dover, 1966, p. 1-20, p. 15.