

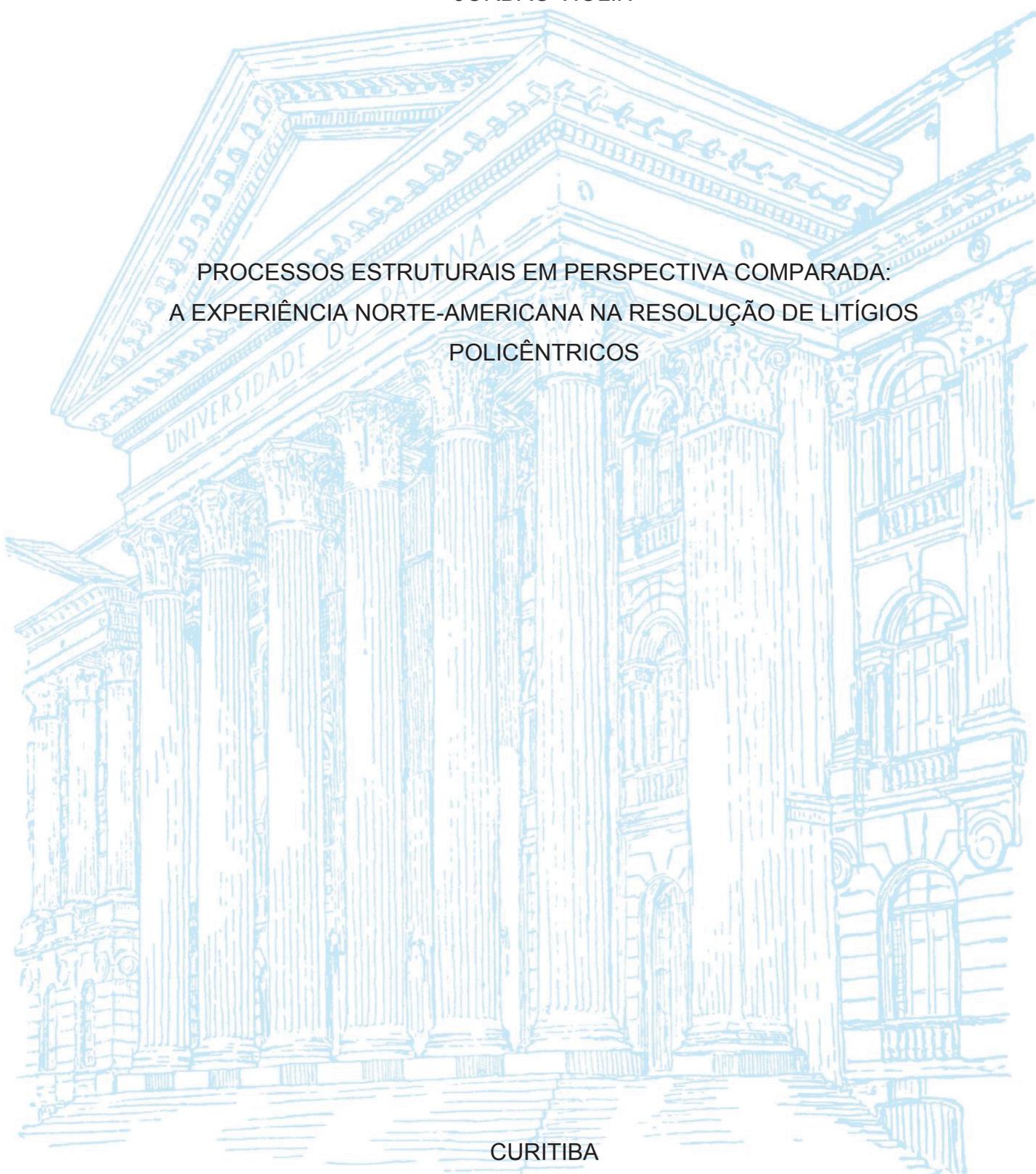
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JORDÃO VIOLIN

PROCESSOS ESTRUTURAIS EM PERSPECTIVA COMPARADA:
A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA NA RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS
POLICÊNTRICOS

CURITIBA

2019



JORDÃO VIOLIN

PROCESSOS ESTRUTURAIS EM PERSPECTIVA COMPARADA:
A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA NA RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS
POLICÊNTRICOS

Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart.

CURITIBA
2019

V795p

Violin, Jordão

Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos / Jordão Violin; orientador: Sérgio Cruz Arenhart. – Curitiba, 2019.

244 p.

Bibliografia: p. 225-244.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

1. Processo civil - Estados Unidos. 2. Direito comparado. I. Arenhart, Sérgio Cruz. II. Título.

CDU 347.91(73)

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **JORDÃO VIOLIN** intitulada: **PROCESSOS ESTRUTURAIS EM PERSPECTIVA COMPARADA: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos.**, sob orientação do Prof. Dr. SERGIO CRUZ ARENHART, que após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 02 de Setembro de 2019.



SERGIO CRUZ ARENHART
Presidente da Banca Examinadora



CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



ANTÔNIO CARLOS OLIVEIRA GIDI
Avaliador Externo (SYRACUSE UNIVERSITY COLLEGE OF LAW)



MARCO FELIX JOBIM
Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA)



MIGUEL GUALANO DE GODOY
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)





MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

ATA Nº58

**ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO
GRAU DE DOUTOR EM DIREITO**

No dia dois de setembro de dois mil e dezenove às 10:30 horas, na sala De Defesas - 317, Praça Santos Andrade, 50 - Centro - PPGD - UFPR, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **JORDÃO VIOLIN**, intitulada: **PROCESSOS ESTRUTURAIS EM PERSPECTIVA COMPARADA: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos.**, sob orientação do Prof. Dr. SERGIO CRUZ ARENHART. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná em DIREITO, foi constituída pelos seguintes Membros: SERGIO CRUZ ARENHART (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ANTONIO CARLOS OLIVEIRA GIDI (SYRACUSE UNIVERSITY COLLEGE OF LAW), MARCO FELIX JOBIM (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA), MIGUEL GUALANO DE GODOY (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela aprovção. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação, Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada à sessão, da qual eu, SERGIO CRUZ ARENHART, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 02 de Setembro de 2019.


SERGIO CRUZ ARENHART
Presidente da Banca Examinadora


CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)


ANTONIO CARLOS OLIVEIRA GIDI
Avaliador Externo (SYRACUSE UNIVERSITY COLLEGE OF LAW)


MARCO FELIX JOBIM
Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA)


MIGUEL GUALANO DE GODOY
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



A Nelson e Lilian Violin.

AGRADECIMENTOS

Escrever é um ato essencialmente solitário. Mas o produto final é resultado do esforço combinado de muitas pessoas.

Deixo aqui registrada minha gratidão a Sérgio Cruz Arenhart, meu orientador na graduação, no mestrado e, agora, no doutorado; e a Antonio Gidi, meu orientador no curso de LL.M. na *Syracuse University*, nos Estados Unidos, que tive a honra de realizar concomitantemente ao doutorado, no Brasil. A ambos agradeço não só pela orientação, mas principalmente pela amizade, pela inspiração e pelo aprendizado constante que me proporcionam.

Meu reconhecimento também a Elton Venturi e a Marco Félix Jobim, expoentes do processo coletivo que integraram a banca de qualificação deste trabalho e contribuíram com inúmeras sugestões. Espero tê-las incorporado todas à versão final.

Agradeço ainda a três jovens profissionais que me acompanharam durante o período de doutorado: Camila Alves da Rosa, que por um ano me auxiliou com as atividades acadêmicas; Julia Spinicci, que leu versões iniciais deste texto e apontou diversos erros que insistem em esconder-se dos olhos do autor; e Mariana Matias Ramos, que me auxiliou com a revisão final do trabalho, organização dos casos e das referências bibliográficas.

In English, I would like to thank Mr. Andrew Horsfall for all the support in Syracuse, and Professor Cora True-Frost for being such an inspirational human being. These pages are filled with your lessons.

Muito obrigado a amigos queridos que fiz durante a passagem pelo programa de pós-graduação da UFPR: Thaís Paschoal, Rogéria Dotti, Frederico Augusto Gomes, Marcela Ferraro, Maurício Doutor, Melina Faucz Kletemberg, Paula Pereira Pessoa, Paulo Mazini, Ricardo Alexandre da Silva, Ricardo Menezes, Ramon Ouais, Fernando Castelo, Letticia Schaitza e Fernanda Fujiwara. Muito obrigado pelos cafés, pelos debates, pelos almoços. Por estarem lá.

E, acima de tudo, meu reconhecimento à Roberta Kreutz. Porque, sem você, não teria a menor graça.

"Nothing in our national experience prior to 1955 prepared anyone for dealing with changes and adjustments of the magnitude and complexity encountered since then".

Justice Warren Burger, Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Ed., 402 U.S. 1, 13 (1971).

"[W]e deal here with the right of all children, whatever their race, to an equal start in life and to an equal opportunity to reach their full potential as citizens. Those children who have been denied that right in the past deserve better than to see fences thrown up to deny them that right in the future".

Justice Thurgood Marshall, Miliken v. Bradley, 418 U.S. 717, 783 (1974).

"[T]he Constitution does not stop at the prison gate, but rather inures to the benefit of all, even to those citizens behind prison walls".

Judge Luther Bohanon, Battle v. Anderson, 447 F. Supp. 516, 524 (E.D. Okl. 1977)

RESUMO

O presente trabalho analisa a trajetória dos processos estruturais no direito norte-americano. A contextualização desse tipo de litígio permite demonstrar que seu surgimento nos Estados Unidos não decorre de peculiaridades do direito norte-americano, mas de uma opressão intolerável. São analisadas as características essenciais de um processo estrutural. A tese rejeita a ideia de que processos estruturais são manifestação de ativismo judicial. Argumenta-se que litígios estruturais surgem em razão de disputas policêntricas. Defende-se que o policentrismo extrajurídico é a origem das complexidades a serem enfrentadas no âmbito processual. São expostas e rejeitadas as teses que negam a aptidão do processo para resolver problemas policêntricos. Analisam-se também as possíveis razões pelas quais demandas estruturais entraram em declínio a partir dos anos 1980 nos Estados Unidos. Identifica-se uma tendência generalizada de restrição do acesso à justiça, não só em litígios estruturais. Argumenta-se que litígios estruturais sofreram impacto desse movimento, mas continuam existindo de modo relevante, veiculando novos tipos de pretensões. São analisadas ainda as dificuldades próprias da fase de implementação e as diferentes estratégias adotadas no processo norte-americano para superação desses obstáculos. Defende-se que essas estratégias são compatíveis com o direito brasileiro. São sugeridos critérios para definição de um parâmetro de conformidade e para eleição dos meios de implementação por meio de ordens mandamentais ou executivas. Por fim, identificam-se possíveis incompatibilidades no direito brasileiro, que tornam recomendável intervenção legislativa, para que demandas estruturais possam ser processadas de modo eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: processos estruturais; medidas estruturantes; litígios complexos; problemas policêntricos; ativismo judicial.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the development of structural litigation in the United States, from its birth to contemporaneity. Contextualization makes it possible to show that this kind of litigation is not a specific development of the American legal system, but a reaction to intolerable oppression. We analyze the essential features of structural litigation. We reject the link between institutional reform and judicial activism. We assert that structural conflicts are caused by polycentricity. Specifically, extralegal polycentricity raises complexities that should be addressed by the judge. We counter the thesis according to which adjudication is a poor instrument to solve polycentric problems. We analyze the possible reasons why, starting in the 1980's, structural reform litigation declined in the United States. We conclude that there is an ongoing trend of limiting access to justice. We maintain that institutional litigation suffered the impact of this trend, but it still exists, and still produces relevant outcomes. Structural claims, nowadays, are different from the "classic" ones. We analyze typical implementation problems and the strategies American courts use to overcome them. We affirm that these strategies are consistent with Brazilian legal system. We suggest criteria to define a standard of compliance and to fashion the remedy. Finally, we identify incompatible rules in Brazilian civil procedure that may interfere in structural reform, and we suggest legislative alternatives to solve these problems.

KEYWORDS: institutional litigation; structural injunctions; complex litigation; polycentricity; judicial activism.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la trayectoria de los procesos estructurales en el derecho norteamericano. La contextualización de ese tipo de litigios permite demostrar que su surgimiento en los Estados Unidos no deriva de peculiaridades del derecho norteamericano sino de una intolerable opresión. Son analizadas las características esenciales de un proceso estructural. La tesis rechaza la idea de que los procesos estructurales constituyen manifestación del activismo judicial. Se argumenta que los litigios estructurales surgen en razón de disputas policéntricas. Se defiende que el policentrismo extrajurídico es el origen de las complejidades a ser enfrentadas en el ámbito procesal. Son expuestas y rechazadas las tesis que niegan tal aptitud del proceso para resolver problemas policéntricos. Se analizan también las posibles razones por las cuales las demandas estructurales entraron en declive a partir de 1980 en Estados Unidos. También, se identifica una tendencia generalizada de restricción al acceso a la justicia, no solo en lo que atañe a litigios estructurales. Se argumenta que este tipo de litigios sufrieron el impacto de tal movimiento, pero continúan existiendo de modo relevante, facilitando nuevos tipos de pretensiones. Son analizadas las dificultades propias de la fase de implementación y las diferentes estrategias adoptadas en el proceso norteamericano para la superación de esos obstáculos. Se defiende que esas estrategias son compatibles con el derecho brasileiro. Son sugeridos criterios para la definición de un parámetro de conformidad y para la elección de los medios de implementación por medio de órdenes mandamentales o ejecutivas. Finalmente, se identifican posibles incompatibilidades en el derecho brasileiro, que motivan la intervención legislativa para que las demandas estructurales puedan ser procesadas de modo eficaz.

PALABRAS-CLAVE: procesos estructurales; medidas estructurantes; litigios complejos; problemas policêntricos; activismo judicial.

RIASSUNTO

Il presente saggio analizza lo sviluppo dello "structural litigation" nel diritto nordamericano dalle origini all'età contemporanea. La contestualizzazione permette di dimostrare che la procedura che si è sviluppata negli Stati Uniti non trova origine nella peculiarità del diritto nordamericano, ma in un'oppressione intollerabile. Vengono analizzate le caratteristiche essenziali dello "structural litigation", negando qualsiasi collegamento tra riforma istituzionale e attivismo giudiziario. Viene affermato che le liti "strutturali" (secondo il concetto nordamericano di "structural litigation") sono causati dalla policentricità, in particolare, che il policentrismo stragiudiziale solleva complessità che dovrebbero essere sottoposte all'autorità giudiziale, negando al contempo che il processo non sia idoneo a risolvere problematiche policentriche. Si analizzano le ragioni per le quali negli Stati Uniti le liti "strutturali" sono diminuite fortemente a partire dagli anni '80 del secolo scorso, sino a giungere a dimostrare che è in corso una tendenza a limitare l'accesso alla giustizia, non soltanto nelle liti "strutturali". Si argomenta che le liti "strutturali" hanno subito l'impatto di questo movimento, ma continuano esistendo in modo rilevante, veicolando nuovi tipi di pretese. Si analizzano ancora le difficoltà caratteristiche della fase di implementazione e le diverse strategie adottate nel processo nordamericano per il superamento di questi ostacoli. Si difende che queste strategie sono compatibili con il diritto brasiliano. Vengono suggeriti dei criteri per la definizione di un parametro di conformità e per l'elezione dei mezzi di implementazione tramite ordini mandamentali o esecutivi. Infine, si identificano possibili incompatibilità nel diritto brasiliano, che rendono raccomandato l'intervento legislativo, affinché le domande "strutturali" possano essere processate in modo efficace.

PAROLE-CHIAVI: domande strutturali; riforma istituzionale; litigi complessi; policentricità; attivismo giudiziario.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. DA ESCRAVIDÃO À REFORMA ESTRUTURAL	8
1.1. TRÊS QUINTOS DE UM HOMEM	8
1.2. AS PRIMEIRAS DECISÕES	10
1.3. DRED SCOTT V. SANDFORD	13
1.4. A RECONSTRUÇÃO	16
1.5. A REAÇÃO	18
1.6. O DESMONTE	20
1.7. JIM CROW	25
1.8. BROWN E A SEGUNDA RECONSTRUÇÃO	29
1.9. O <i>CIVIL RIGHTS ACT</i> DE 1964	34
1.10. O NASCIMENTO DAS <i>CLASS ACTIONS</i> CONTEMPORÂNEAS	39
2. O POLICENTRISMO NO PROCESSO	46
2.1. PROBLEMAS POLICÊNTRICOS	46
2.2. A TRAGÉDIA DOS COMUNS	49
2.3. UM PROBLEMA IMPRÓPRIO PARA A JURISDIÇÃO?	52
2.4. LITÍGIOS DE INTERESSE PÚBLICO E LITÍGIOS ESTRUTURAIS	56
2.5. O IMPACTO NO PROCESSO	62
2.5.1. <i>As partes</i>	63
2.5.2. <i>O juiz</i>	65
2.5.3. <i>A prova</i>	66
2.5.4. <i>A fase de implementação</i>	67
2.5.5. <i>Síntese</i>	68
2.6. POLICENTRISMO E LITÍGIOS COMPLEXOS	70
2.6.1. <i>Identificando litígios policêntricos</i>	71
2.6.2. <i>Policentrismo jurídico: uma característica dos ordenamentos contemporâneos</i>	72
2.6.3. <i>Policentrismo extrajurídico: uma característica de litígios estruturais</i>	74

2.7.	O IMPACTO NA RELAÇÃO ENTRE PODERES	77
2.7.1.	<i>O que é ativismo judicial?</i>	78
2.7.2.	<i>Litígios estruturais não estão ligados ao ativismo judicial</i>	81
2.7.3.	<i>Mérito simples, execução complexa I: a definição de distritos eleitorais</i>	85
2.7.4.	<i>Mérito simples, execução complexa II: a dessegregação escolar</i>	88
2.8.	UMA ESPERANÇA VAZIA?	90
2.8.1.	<i>Três deficiências e quatro condições</i>	90
2.8.2.	<i>Uma decisão inútil?</i>	92
2.9.	DESEMBARAÇANDO AS CRÍTICAS	93
2.9.1.	<i>A obtenção de informações</i>	96
2.9.2.	<i>O ovo, a galinha e a interação entre os poderes</i>	98
2.10.	OS VERDADEIROS PROBLEMAS	101
3.	AS RAZÕES DO DECLÍNIO	109
3.1.	A DIFÍCIL COMPROVAÇÃO DE UM PADRÃO DE CONDUTA	109
3.2.	PREVENÇÃO OU CONJECTURA?	112
3.3.	A PROBLEMÁTICA VISUALIZAÇÃO DE QUESTÕES COMUNS	117
3.4.	PENSANDO INDIVIDUALMENTE O PROCESSO COLETIVO	121
3.5.	O PROCESSO COLETIVO EM DECADÊNCIA	128
3.6.	O APEGO À TUTELA RESSARCITÓRIA	132
3.7.	TWIQBAL E A TENDÊNCIA GENERALIZADA DE RESTRIÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA ...	137
3.8.	A RESISTÊNCIA.....	141
3.9.	A TRANSFORMAÇÃO	145
3.10.	UM INSTITUTO PRÓPRIO AO DIREITO AMERICANO?	152
4.	A FASE DE IMPLEMENTAÇÃO: O MÉTODO JUDICIAL DE RESOLUÇÃO DE PROBLEMAS POLICÊNTRICOS	161
4.1.	TATEANDO NO ESCURO.....	161
4.2.	A DEFINIÇÃO DE STANDARDS.....	167
4.2.1.	<i>A redução da complexidade por ato normativo</i>	168
4.2.2.	<i>O método de comparação institucional</i>	170
4.2.3.	<i>A adoção de critérios elaborados por fontes independentes</i>	172
4.2.4.	<i>O juízo de concreção</i>	175
4.3.	A ESTRATÉGIA ABSENTEÍSTA	177

4.4.	O PARADOXO DA CONFORMIDADE, A INTERFERÊNCIA DE TERCEIROS E MUDANÇAS CONTEXTUAIS.....	184
4.4.1.	<i>O paradoxo da conformidade</i>	184
4.4.2.	<i>A interferência de terceiros</i>	186
4.4.3.	<i>As mudanças contextuais</i>	190
4.5.	A ESTRATÉGIA MEDIADORA	193
4.6.	A ESTRATÉGIA CATALISADORA	198
4.7.	A ESTRATÉGIA DIRETIVA.....	204
4.8.	A COMPATIBILIDADE DO MODELO AMERICANO DE CUMPRIMENTO COM O DIREITO BRASILEIRO.....	209
4.9.	PEQUENAS GRANDES DIFERENÇAS.....	213
	CONCLUSÃO.....	219
	REFERÊNCIAS.....	222
	LISTA DE CASOS.....	235

INTRODUÇÃO

O direito processual civil brasileiro foi forjado para a resolução de conflitos privados. Nesse tipo de demanda, o litígio é apresentado ao julgador de maneira polarizada. Sua decisão obedece a uma lógica binária: ou se acolhe ou se rejeita o pedido. A decisão representa a opção por uma das vertentes argumentativas apresentadas no processo.

Essa característica pode ser compreendida contextualmente. O direito processual adquiriu autonomia científica após a publicação do estudo de Oskar von Bülow sobre as exceções e os pressupostos processuais, em 1868. Ao estabelecer que o processo é uma relação jurídica, Bülow buscou no direito privado os elementos constitutivos dessa relação.

O processo civil foi criado, assim, à imagem e semelhança do direito civil oitocentista. Que, por sua vez, estava profundamente comprometido com o arcabouço principiológico liberal: propriedade, liberdade individual e igualdade formal eram seus valores mais marcantes. A sistematização do direito processual como ramo do direito ocorreu, portanto, sob a óptica do direito privado, espelhando o individualismo a ele subjacente.

O processo não é uma entidade neutra. Ele reflete os princípios, as crenças e a moral da sociedade que o estruturou. Nem mesmo séculos de uma suposta objetividade científica foram capazes de esconder a tendência privatística do processo. O princípio da demanda e a legitimidade para agir submeteram o Estado à vontade e iniciativa do indivíduo. Os princípios dispositivo e da paridade de armas, por sua vez, asseguraram às partes tratamento formalmente igual, ainda que houvesse entre elas desigualdade substancial. E o processo de execução, que por muito tempo foi a única forma de satisfação de direitos, mostrou a irrelevância que direitos extrapatrimoniais tradicionalmente tiveram para o sistema jurídico brasileiro.

A maior herança que o racionalismo legou ao direito processual, entretanto, está no próprio conceito de jurisdição, sua função e seus limites. Enxergando na função jurisdicional a resolução jurídica de uma controvérsia pontual, o racionalismo colocou o direito a serviço da manutenção do *status quo* e subordinou o Judiciário ao Legislativo, afastando-lhe do mundo dos fatos e retirando-lhe todo e qualquer poder de *imperium*.

A função do juiz, de acordo com essa concepção, seria pontual, abstrata e orientada ao passado. A disputa era vista como um mal a ser extirpado, não como um sintoma a ser investigado. O litígio seria resolvido pela simples declaração de direitos, não por sua materialização – atividade prática demais para a dignidade jurisdicional. Tudo isso a partir da reconstrução de fatos passados, jamais pela especulação quanto a acontecimentos futuros.

Nenhuma dessas características é em si mesma certa ou errada, boa ou ruim. O processo individual reflete as necessidades de sua época. É uma resposta mais ou menos adequada aos tipos de conflitos mais comuns no tempo de sua criação. O problema consiste em replicar esse modelo para a solução de conflitos complexos, não previstos quando o processo foi arquitetado.

O mecanismo processual simplifica o conflito. O processo filtra as complexidades sociais do litígio e torna irrelevantes seus enredamentos. A disputa do mundo real é traduzida friamente em uma pretensão deduzida pelo autor em face do réu. Se essa redução favorece a “justa composição da lide” em demandas patrimoniais privadas, isso não acontece em litígios complexos. Ao converter questões complexas em simples pretensões do autor contra o réu, o processo esconde do julgador elementos essenciais à resolução da causa. Autoriza decisões que prejudicam terceiros e interferem em políticas públicas, sob uma aparência de objetividade.

Freqüentemente, o problema apresentado ao juiz situa-se num contexto social que a estrutura tradicional do processo esconde. Ao recortar o litígio de seu contexto social, o processo descomplica a resolução da causa, mas descarta elementos fundamentais para a decisão.

Alguns exemplos podem expor essas situações. Numa ação de reintegração de posse, os fatos são apresentados em juízo como uma desavença entre o possuidor legítimo (autor) e aqueles que lhe impedem o exercício de seu direito (réus). A lógica estritamente jurídica exige que se dê ganho de causa àquele que comprovar seu direito material. O juiz deve resolver a desavença restabelecendo o direito da parte que tem razão.

A aparente simplicidade decorre da desconsideração dos efeitos da decisão. E a solução jurídica pode criar um problema mais grave que o conflito inicial.

Ao resolver a ação possessória, a decisão judicial é tomada como se a lide se

resumisse ao possuidor e ao grupo invasor. Deferir a reintegração de posse aprofunda o problema social. Indeferi-la viola o direito fundamental à propriedade. Resolver problemas sociais, todavia, não é função jurisdicional; tutelar direitos é. O juiz tende a julgar procedente a ação possessória, ainda que sua decisão não resolva o conflito.

O mesmo problema ocorre quando se deferem pedidos para transplante imediato de órgãos, fornecimento de medicamentos, disponibilização de vagas em creche e desocupação de áreas de preservação permanente. Nesses casos, o processo tende a fazer com que o juiz enxergue um conflito pontual quando, na verdade, o que está em discussão é a gestão da fila de transplantes, a alocação de recursos para compra de medicamentos, a política pública de educação e a atuação do poder público na proteção ao meio ambiente.

Esses litígios podem ser ditos complexos, policêntricos, ou de interesse público. Veiculam valores sociais e envolvem vários centros de interesses concorrentes. Sua complexidade exige soluções que vão além da simples determinação de um fazer ou não fazer, entregar coisa ou pagar quantia. A simples imposição de uma ordem não costuma resolver esse tipo de conflito. Eles exigem “decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado”.¹

Uma relação jurídica complexa é, por sua própria natureza, mutável. Sua conformação ao direito pode exigir a prática de uma série de atos, de maneira prolongada no tempo. Por isso, requer medidas que não se limitem à tentativa de restaurar o *status quo ante*. Esse tipo de conflito exige aquilo que se tem chamado de processo estrutural.

O termo vem do direito norte-americano e denota o uso do processo com a finalidade de reestruturar grandes instituições, para que suas práticas se adequem aos valores jurídicos. Trata-se de uma espécie de processo que reconhece a inevitabilidade das grandes instituições na vida hodierna e a insuficiência do processo tradicional, destinado à resolução de disputas privadas, para adequar a conduta delas a um parâmetro mínimo de conformidade.

O direito norte-americano convive há mais de 60 anos com processos

¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. RePro, n. 225, nov. 2013, p. 07.

estruturais, lá chamados de *structural reform litigation*, ou simplesmente *institutional litigation*. Por meio de provimentos mandamentais ou executivos, cuja implementação se prolonga no tempo, o Judiciário promove uma verdadeira reforma institucional. Historicamente, esse tipo de processo foi utilizado para extinguir o sistema de segregação racial em escolas públicas; reformar sistemas prisionais inteiros para adequá-los a padrões mínimos de dignidade; reestruturar instituições psiquiátricas, para assegurar o direito a um tratamento minimamente adequado; eliminar práticas discriminatórias, racistas, machistas, xenofóbicas ou homofóbicas, em empresas privadas; combater a brutalidade policial perversa; e, mais recentemente, para estruturar sistemas escolares de qualidade mínima e programas de monitoramento médico em favor de pessoas expostas a agentes químicos perigosos.

É fácil perceber por que esse tipo de litígio é considerado de interesse público (*public law litigation*). Suas características desafiam os limites do processo tradicional, pensado para resolver disputas pontuais entre sujeitos determinados. Litígios estruturais envolvem múltiplos interesses jurídicos em situações de fato em constante transformação. Tal qual um caleidoscópio, a interferência judicial pode provocar uma série de repercussões imprevistas e alterar todo o cenário.

Embora litígios estruturais sejam um dado fático, não existe no Brasil um processo propriamente estrutural. Há tentativas de adaptação do procedimento para acomodar essas situações jurídicas. O tema tem chamado a atenção da doutrina² e, recentemente, começa a aparecer de modo explícito nos tribunais.³

A despeito do crescente interesse brasileiro por medidas estruturais, nos Estados Unidos, curiosamente, o instituto parece estar em declínio. Estaríamos nós

² V. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. RePro, n. 225, nov. 2013; JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: JusPodivm, 2013; ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, 2015; ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017; VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, p. 147-177, jan.-jun. 2018; FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista estudos institucionais*, v. 4, n. 1, jan.-jun. 2018; DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional*. Curitiba: Juruá, 2019.

³ Em 2019, o Ministério Público Federal de Minas Gerais ajuizou ação requerendo “a adoção de medidas estruturais para a revisão da política federal de aprovação, licenciamento, operação e fiscalização de barragens” a cargo da União e da Agência Nacional de Mineração. ACP nº 1005310-84.2019.4.01.3800(PJe). Íntegra da petição inicial disponível em << http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp_anm_uniao-1>>.

importando uma espécie de processo fadada ao fracasso?

O objetivo do presente estudo é compreender os processos estruturais em seu contexto original. A aparente trajetória de ascensão e queda das demandas estruturais, no direito estadunidense, pode fornecer um valioso conhecimento para o jurista brasileiro. As razões que levaram à sua utilização pioneira nos anos 1950 e os motivos do declínio a partir dos anos 1980 ajudam a compreender suas potencialidades e limitações. As dificuldades práticas enfrentadas pelos sujeitos do processo para promover a reforma estrutural, por sua vez, fornecem diretrizes quanto à implementação de medidas de cumprimento prolongado.

Este é um trabalho de direito comparado. Como tal, reflete as pré-compreensões de seu autor. Como afirma Pierre Legrand, “o comparatista brasileiro que explica o Direito do Texas não dirá as coisas tal como elas seriam ditas no próprio Texas (...). O comparatista nunca pode substituir o jurista daquele país e pensar como ele”.⁴ Mas é exatamente esse distanciamento que permite analisar criticamente ambos os ordenamentos. O estranhamento ajuda a perceber práticas arraigadas no direito brasileiro. Perceber é pressuposto lógico para questionar.

Embora não se faça, a todo momento, o cotejo entre os ordenamentos norte-americano e brasileiro, a perspectiva crítica, a seleção dos temas a serem trabalhados e, principalmente, a seleção dos temas a *não* serem trabalhados, demonstram que este é um texto destinado ao público brasileiro. Os tormentosos problemas de competência impostos pelo federalismo estadunidense, por exemplo, são interessantíssimos para o leitor norte-americano, mas quase irrelevantes para o processualista brasileiro. Por isso, questões federativas (e outras complexidades próprias do ordenamento estadunidense) foram abordadas apenas quando indispensáveis à compreensão do leitor brasileiro.

Esta tese parte do pressuposto de processos estruturais veiculam litígios estruturais. É preciso, portanto, compreender o que são litígios estruturais e em que contexto eles surgiram, para então analisar seus reflexos no processo. Essa premissa determina a ordem dos temas.

O primeiro capítulo desta tese busca contextualizar o nascimento da reforma estrutural. Ele evidencia que (1) decisões estruturais somente são possíveis quando

⁴ LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 87.

se aceita que o direito é ferramenta para promoção de mudanças sociais, (2) litígios estruturais são indissociáveis do direito material e (3) sua legitimidade não pode repousar numa suposta capacidade heroica do juiz. Como ficará claro, a história dos litígios estruturais está umbilicalmente ligada à luta pela igualdade de grupos minoritários.

O segundo capítulo vai do contexto à substância. Nele, abandona-se a narrativa concretista, linear, e parte-se para o geral. Nesse capítulo, busca-se o que há de comum a litígios estruturais. Demonstra-se que (1) litígios estruturais são definidos pelo policentrismo extrajurídico, (2) o modelo de resolução de controvérsias privadas é insuficiente para resolver a complexidade extrajurídica, e (3) decisões estruturais não são exercício de ativismo judicial, seja qual for o significado que se empreste a esse termo.

O terceiro capítulo investiga as razões do declínio na utilização de processos estruturais nos Estados Unidos. Ele não fornece conclusões, mas propõe leituras alternativas à opinião majoritária de que processos estruturais seriam resquícios de uma era passada. Nesse capítulo, demonstra-se que (1) a progressiva restrição a demandas estruturais decorre da sujeição do processo coletivo a uma lógica individualista, (2) todo o processo civil norte-americano passa por uma onda de enxugamento do acesso à justiça, e (3) o ordenamento brasileiro, por mais contraintuitiva que seja essa afirmação, provê um ambiente jurídico mais receptivo a processos estruturais que o direito norte-americano.

O quarto capítulo, finalmente, é dedicado à fase de implementação. A partir da catalogação dos casos de sucesso e insucesso extraídos da jurisprudência norte-americana em quatro perfis gerais, apresentam-se possíveis soluções para reduzir a complexidade extrajurídica e permitir que os sujeitos processuais (1) definam um parâmetro mínimo de conformidade ao direito de modo racional e (2) estabeleçam os meios de cumprimento de maneira informada. Nesse capítulo são apresentadas também (3) diferenças sensíveis entre os ordenamentos brasileiro e estadunidense, em tese capazes de minar a eficácia de litígios estruturais no território brasileiro e as respectivas propostas de compatibilização.

Por fim, são necessários alguns esclarecimentos conceituais e metodológicos.

O estudo de direito comparado não permite a perfeita tradução de todos os institutos. O termo *structural injunction*, por exemplo, pode ser traduzido por “ordem

estrutural”, “medida estruturante”, “injunção institucional” e outras variáveis. Este trabalho adota, na medida do possível, as traduções mais intuitivas, que permitam a melhor compreensão ao leitor brasileiro.

Outros institutos são de difícil tradução por simplesmente não terem equivalente no Brasil. Decisões negando *certification* a uma demanda coletiva ilustram essa dificuldade. Não há, no processo coletivo brasileiro, uma fase de *certification*. Adotar a tradução literal, “certificação”, faria pouco sentido, já que esse termo não possui qualquer sentido técnico no direito processual civil brasileiro. Manter o original em inglês, por outro lado, dificultaria a compreensão do texto. Apenas os iniciados no processo coletivo norte-americano compreenderiam o que é uma decisão que nega *certification*. Por isso, esse tipo de decisão é traduzido neste trabalho simplesmente como decisão que extingue o processo sem resolução do mérito. Embora não seja a tradução tecnicamente mais precisa, é aquela que torna mais fácil e intuitiva a compreensão do direito estrangeiro.

Quando a tradução comprometeria a compreensão adequada do instituto norte-americano, ou quando o termo em inglês é de fácil entendimento, preferiu-se mantê-lo no original. É o caso de *standing to sue*, que não encontra vocábulo adequado no direito brasileiro, nem mesmo por aproximação; e de *class action*, ora traduzida como ação coletiva, ora mantida no original. Os significados originais, contudo, são fornecidos em nota de rodapé.

Evitou-se, finalmente, a reprodução de longos trechos de decisões em inglês. Sempre que possível, preferiu-se a paráfrase à citação direta e a tradução à citação original. Há, todavia, situações em que a menção ao texto original foi inevitável. O preconceito racial inerente a decisões como *Dred Scott* e *Plessy* exige que o leitor tenha ciência dos termos originais.

A mesma lógica orientou a tradução ou não de excertos legislativos: quando necessária a compreensão do texto original, manteve-se sua citação em língua inglesa. Sempre que possível a tradução sem perda significativa do conteúdo, procedeu-se à conversão do texto para o português. Buscou-se sempre preservar o objetivo da norma, em vez de se proceder a uma tradução literal.

1. DA ESCRAVIDÃO À REFORMA ESTRUTURAL

1.1. Três quintos de um homem

A história dos Estados Unidos é a história do preconceito. O status jurídico das minorias tem sido tema central no direito e na política norte-americanos desde a fundação do país. De tempos em tempos, a opressão atinge níveis insuportáveis e violentas reações irrompem. Esses períodos de mudança social produzem repercussões jurídicas significativas.

Já na redação original da Constituição (1787) era possível encontrar fundamentos para a distinção entre brancos e negros. Apesar de a Declaração de Independência (1776) afirmar que “todos os homens são criados iguais” e de acrescentar que essa seria uma “verdade autoevidente”, o texto constitucional não se manteve fiel ao ideal igualitário.

As palavras “escravo” ou “escravidão” jamais constaram da Constituição. Mas três enunciados normativos implicitamente reconheciam e legitimavam a prática.

O primeiro definia o número de cadeiras na Câmara dos Deputados em razão do número de “pessoas livres” em cada Estado, excluídos os indígenas em reservas (“índios não tributados”), mais “três quintos de todas as outras pessoas”.⁵

O segundo proibia o Legislativo federal de interferir na “importação de pessoas” até 1808, ao mesmo tempo em que admitia tributação dessa atividade.⁶

O terceiro, por fim, impunha aos Estados a restituição de qualquer “pessoa mantida a serviço ou trabalho” que escapasse para outro Estado, ainda que, no Estado de destino, a lei proibisse a escravidão.⁷

As longas construções eufemísticas evidenciam a reticência do constituinte em

⁵ Artigo I, Seção 2, Cláusula 3: “Representatives (...) shall be apportioned among the several States which may be included within this Union, according to their respective Numbers, which shall be determined by adding to the whole Number of free Persons, including those bound to Service for a Term of Years, and excluding Indians not taxed, three fifths of all other Persons”.

⁶ Artigo I, Seção 9, Cláusula 1: “The Migration or Importation of such Persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the Year one thousand eight hundred and eight, but a Tax or duty may be imposed on such Importation, not exceeding ten dollars for each Person”. Note-se que 1808 não é o termo a partir do qual o Congresso poderia proibir a escravidão. Trata-se do ano a partir do qual o Congresso poderia proibir a importação de escravos, apenas.

⁷ Artigo IV, Seção 2, Cláusula 3: “No Person held to Service or Labour in one State, under the Laws thereof, escaping into another, shall, in Consequence of any Law or Regulation therein, be discharged from such Service or Labour, but shall be delivered up on Claim of the Party to whom such Service or Labour may be due”.

utilizar termos que remetessem diretamente à escravidão. Tratou-se, como descreveu Thurgood Marshall, de uma omissão estrategicamente calculada.⁸ Não apenas por desconforto moral, mas principalmente pela impossibilidade política de se chegar a um acordo. Na metáfora de John Adams, a independência das treze ex-colônias britânicas exigia sincronia, como treze relógios batendo simultaneamente. Se a Declaração de Independência ou a Constituição incorporassem críticas à escravidão, a revolução provavelmente não teria acontecido. E a Constituição jamais seria aprovada.⁹

A contradição entre valores e fatos era evidente. Thomas Jefferson, um dos mais eloquentes defensores da liberdade individual, era proprietário de escravos. James Madison, cuja liderança durante a Convenção Constitucional rendeu o título de “Pai da Constituição”, era proprietário de escravos. John Rutledge, que elaborou a primeira definição de poder legislativo, representava proprietários de escravos. A fortuna de George Washington vinha, em grande medida, do trabalho de escravos. Dos quinze representantes mais proeminentes, sete eram produtores rurais, cujas atividades dependiam da mão-de-obra escrava.¹⁰

Como justificar o descompasso entre os valores proclamados e os praticados pelos constituintes? Vários argumentos tentam desvendar aquela que é considerada uma má-formação congênita da nação norte-americana.¹¹

A primeira explicação estaria na ambivalência dos direitos naturais. Ao mesmo tempo em que se acreditava na igualdade entre os homens, considerava-se sagrado e inalienável o direito à propriedade. Num contexto em que negros eram considerados propriedade há mais de um século, o jusnaturalismo serviu tanto para atacar a

⁸ MARSHALL, Thurgood. Commentary: Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution. *Harvard Law Review*, v. 101, n. 1, p. 1-5, nov. 1987, p. 2.

⁹ LEVESQUE, George A. Slavery in the ideology and politics of the revolutionary generation, 1750-1783. *Harvard Law Journal*, v. 30, p. 1051-1065, 1987, p. 1059.

¹⁰ ROBINSON, Donald L. *Slavery in the structure of American Politics: 1765-1820*. New York: Norton Publishers, 1979, p. 209; LEVESQUE, George A. Slavery in the ideology and politics of the revolutionary generation, 1750-1783. *Harvard Law Journal*, v. 30, p. 1051-1065, 1987, p. 1056.

¹¹ “Slavery appears, with metaphorical regularity, as the architectural flaw, the noxious weed in a garden, the hidden disease in an otherwise sound and growing body”. DAVIS, David Brion. *Slavery and human progress*. New York: Oxford University Press, 1984, p. 283. No mesmo sentido, MARSHALL, Thurgood. Commentary: Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution. *Harvard Law Review*, v. 101, n. 1, p. 1-5, nov. 1987, p. 2. Para uma compilação de argumentos pseudocientíficos que, à época, justificavam a inferioridade do negro, v. FOSTER, Gerald A. American slavery: the complete story. *Cardozo Public Law, Policy and Ethics Journal*, v. 2, n. 2, p. 401-420, 2004, p. 410-412.

escravidão quanto para justificá-la.¹²

Arelada à coisificação do negro e à naturalização da propriedade, estava uma impossibilidade prática. Se o constituinte quisesse abolir a escravidão, deveria indenizar os proprietários. Além do custo impraticável, havia o temor de que essa massa de pessoas, que em alguns Estados chegava a 85% da população, se voltasse contra seus antigos senhores.¹³

Mas nenhuma explicação é tão poderosa e simples quanto a pragmática. Os Estados do sul concordariam em dar ao Congresso competência para legislar sobre comércio somente se os Estados do norte concordassem em manter intocado o comércio de escravos.¹⁴ Mesmo Gouverneur Morris, que durante a Convenção afirmou que a escravidão seria uma afronta às “mais sagradas leis da humanidade” por separar uma pessoa de seus entes queridos e condená-la às “amarras mais cruéis”, votou a favor da regra segundo a qual um escravo contaria como três quintos de um homem livre para fins de representação na Câmara. Os registros da Convenção deixam clara a troca de um valor moral por um interesse econômico.

Dada a divergência entre os Estados, a única Constituição possível foi aquela que deixou a escravidão de fora da arena política. Ao perceber que o consenso seria inatingível naquele momento, os membros da Convenção se contentaram com normas que se limitavam a reconhecer o estado de coisas da época para evitar tensão imediata entre os Estados. O vácuo proposital deixou ao futuro a resolução do impasse.¹⁵

1.2. As primeiras decisões

A estratégia deu certo no curto prazo. Logo após a aprovação e ratificação da Constituição, porém, o Judiciário teve que se posicionar quanto à validade de normas estaduais que regulavam a escravidão. No centro da disputa estava a interpretação

¹² LEVESQUE, George A. Slavery in the ideology and politics of the revolutionary generation, 1750-1783. *Harvard Law Journal*, v. 30, p. 1051-1065, 1987, p. 1059.

¹³ LEVESQUE, George A. Slavery in the ideology and politics of the revolutionary generation, 1750-1783. *Harvard Law Journal*, v. 30, p. 1051-1065, 1987, p. 1056; 1060.

¹⁴ MARSHALL, Thurgood. Commentary: Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution. *Harvard Law Review*, v. 101, n. 1, p. 1-5, nov. 1987, p. 2

¹⁵ ROBINSON, Donald L. *Slavery in the structure of American Politics: 1765-1820*. New York: Norton Publishers, 1979, p. 244.

daquelas normas constitucionais que, implicitamente, reconheciam a prática.

Em 1836, em *Commonwealth v. Aves*,¹⁶ a justiça estadual de Massachusetts decidiu que qualquer escravo que ingressasse no Estado “por qualquer propósito temporário de negócios ou recreação” teria direito à liberdade.¹⁷

No caso, Mary Aves Slater, que residia na Louisiana, viajou a Boston, Massachusetts, para visitar seu pai. Ela levou consigo uma escrava, Med, de seis anos de idade. A escravidão, todavia, era proibida no estado de destino. Pouco tempo após sua chegada, membros do *Boston Female Anti-Slavery Society* souberam da presença de Med na cidade. Elas conduziram uma investigação e contrataram Rufus Choate, famoso advogado das elites de Boston, para obter a libertação da criança.¹⁸

Choate impetrou *habeas corpus* contra Thomas Aves, pai de Mary Aves Slater, em cuja casa Med era mantida. De acordo com o costume da época, mulheres deveriam manter-se afastadas do fórum público. Por isso, Levin Harris, um conhecido abolicionista, figurou como impetrante. No *writ* argumentava-se que, ao voluntariamente trazer sua escrava para Massachusetts, Mary Aves Slater teria concordado em submeter-se às leis do Estado. Med, portanto, tornara-se livre ao cruzar a fronteira.¹⁹

Aves, por outro lado, foi representado por Benjamin Curtis. Ele argumentou que, de acordo com o princípio do *interstate comity*, o Estado de Massachusetts deveria reconhecer a lei da Louisiana para permitir que, ainda que por breve período, qualquer cidadão pudesse manter seus escravos antes de retornar a seu Estado de origem.²⁰

A decisão da Corte do Estado analisou detidamente o princípio do direito internacional, para concluir que o *interstate comity*²¹ não se aplicava a casos em que a validade da regra era dúbia. Invocando precedentes de cortes europeias, incluindo Inglaterra e França, o tribunal decidiu que a escravidão era proibida em Massachusetts, exceto nas hipóteses constitucionalmente previstas. E a única

¹⁶ 35 Mass. 193 (1836).

¹⁷ *Commonwealth v. Aves*, 35 Mass. 193 (1836).

¹⁸ FINKELMAN, Paul. *Commonwealth v. Aves* (1836). In HINKS, Peter; MCKIVIGAN, John (ed.). *Abolition and antislavery: a historical encyclopedia of the American mosaic*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2015, p. 85-86.

¹⁹ FINKELMAN, Paul. *Commonwealth v. Aves* (1836). In HINKS, Peter; MCKIVIGAN, John (ed.). *Abolition and antislavery: a historical encyclopedia of the American mosaic*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2015, p. 86.

²⁰ FINKELMAN, Paul. *Commonwealth v. Aves* (1836). In HINKS, Peter; MCKIVIGAN, John (ed.). *Abolition and antislavery: a historical encyclopedia of the American mosaic*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2015, p. 86.

²¹ *Comitas gentium* em países de tradição latina, ou ainda “cortesia internacional”.

hipótese constitucionalmente prevista era a obrigação de devolver ao Estado de origem um escravo fugitivo. Como Med não havia fugido, mas entrado voluntariamente em Massachusetts, ela tornara-se livre.²²

Commonwealth v. Aves tornou-se um importante precedente antiescavidão. Sua *ratio decidendi* foi adotada pela Corte de Connecticut.²³ Ohio, Nova York e Pensilvânia, por sua vez, incorporaram sua conclusão em lei. Esses Estados aprovaram as primeiras normas estabelecendo que qualquer escravo voluntariamente levado a seus territórios seria imediatamente liberto. Anos mais tarde, quando a Guerra Civil teve início, apenas três estados do norte não seguiam regra similar.²⁴

A despeito de sua importância, a *ratio* exposta em *Commonwealth v. Aves* não foi unanimemente adotada em outros Estados. O Judiciário norte-americano dividiu-se.

Em New Jersey, por exemplo, desde cedo leis estaduais progressivamente restringiram a escravidão. A importação foi proibida em 1788. Em 1804, promulgou-se uma “lei do ventre livre”.²⁵ Em 1844, a nova Constituição do Estado previu que “todos os homens são, por natureza, livres e independentes” e “têm determinados direitos naturais e inalienáveis”, entre eles a liberdade.²⁶

Essa norma animou grupos abolicionistas a levantarem a tese de que o novo texto constitucional teria proibido a escravidão no Estado. O argumento, contudo, foi rejeitado.

Ao julgar um *habeas corpus* em que se buscava a libertação de três escravos (dois deles casados entre si e, o outro, menor), a Corte de New Jersey observou que previsão normativa semelhante já constava da Declaração de Independência e da Constituição. E, ainda assim, a escravidão era amplamente reconhecida como uma decorrência do direito à propriedade.²⁷

²² FINKELMAN, Paul. *Commonwealth v. Aves* (1836). In HINKS, Peter; MCKIVIGAN, John (ed.). *Abolition and antislavery: a historical encyclopedia of the American mosaic*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2015, p. 86.

²³ *Jackson v. Bulloch*, 12 Conn. 38 (1837).

²⁴ FINKELMAN, Paul. *Commonwealth v. Aves* (1836). In HINKS, Peter; MCKIVIGAN, John (ed.). *Abolition and antislavery: a historical encyclopedia of the American mosaic*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2015, p. 87.

²⁵ *An Act for the Gradual Abolition of Slavery*. Disponível em <http://njlegallib.rutgers.edu/slavery/acts/A78.html>. Acesso em 21 de setembro de 2018.

²⁶ “All men are by nature free and independent, and have certain natural and unalienable rights, among which are those of enjoying and defending life and liberty, acquiring, possessing and protecting property, and of pursuing and obtaining safety and happiness”. A Constituição atual do Estado, promulgada em 1947, mantém essa previsão. Apenas a expressão “todos os homens” foi substituída por “todas as pessoas”.

²⁷ 20 N.J.L. 368 (Supreme Court of New Jersey) 1845.

A fundamentação de *Commonwealth v. Aves* foi expressamente rejeitada pela corte estadual. Para o tribunal de New Jersey, o precedente do Estado vizinho seria explicado mais por razões de opinião pública, política de Estado ou benevolência humanitária do que por razões jurídicas.²⁸

A decisão da Corte de New Jersey demonstra o assento constitucional da escravidão nos Estados Unidos. Esse fato autorizou a criação e utilização do conceito de raça para diferenciar pessoas.²⁹ O caso ilustra também a dificuldade de o Judiciário se manter afastado de uma questão politicamente sensível. O reconhecimento constitucional da escravidão, somado ao silêncio normativo quanto à sua limitação, levou o problema à arena jurisdicional. E, frequentemente, o Judiciário reconhecia a inconstitucionalidade de leis estaduais que limitassem o direito à propriedade de escravos.

A divisão política tornou-se divisão jurisprudencial. A Suprema Corte teria que se manifestar sobre o assunto.

1.3. Dred Scott v. Sandford

Os fatos que levaram *Dred Scott v. Sandford*³⁰ à Suprema Corte são similares aos de *Commonwealth v. Aves*. Dred Scott era um escravo e fora voluntariamente levado por seu senhor do Missouri, onde a escravidão era permitida, para Illinois e, na sequência para a Louisiana. Em ambos os destinos, a escravidão era proibida. Em Illinois, por lei estadual. Na Louisiana – à época, um imenso território federal recentemente adquirido da França –, por lei federal.

Quando retornaram a seu estado de origem, Dred Scott ajuizou ação na Justiça Federal requerendo o reconhecimento de seu status de cidadão livre.³¹ Em sua defesa, Sanford³² alegou (a) a incompetência da Justiça Federal para resolver o

²⁸ 20 N.J.L. 368 (Supreme Court of New Jersey) 1845.

²⁹ FOSTER, Gerald A. American slavery: the complete story. *Cardozo Public Law, Policy and Ethics Journal*, v. 2, n. 2, p. 401-420, 2004, p. 402-403.

³⁰ 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

³¹ De acordo com a Constituição norte-americana, a justiça federal tem competência para julgar, *inter alia*, conflitos entre cidadãos de Estados diferentes. Dai por que Dred Scott ajuizou sua demanda na Justiça Federal. O elemento técnico encobria também um elemento estratégico: dificilmente a justiça estadual de um Estado escravocrata lhe daria ganho de causa.

³² O nome do caso foi registrado com erro de grafia.

conflito, pois Dred Scott era um escravo, não um cidadão;³³ e (b) que a entrada voluntária em estados que proibiam a escravidão não desfazia o vínculo de propriedade previamente existente.

A questão a ser decidida foi definida pela Suprema Corte nos seguintes termos: poderia um escravo demandar na Justiça Federal? Teria ele capacidade para ser parte?³⁴

A despeito de ter enquadrado a questão como um problema processual, havia uma questão substancial a ser enfrentada: se escravos seriam cidadãos. Disso decorreria sua aptidão jurídica para litigar.

A decisão da Corte foi constrangedoramente racista. O tribunal concluiu que a Constituição não incluía os negros, fossem eles livres ou escravos, no conceito de cidadãos. Nos termos empregados pela Suprema Corte, a “raça desafortunada” era considerada, à época da Declaração de Independência e da promulgação da Constituição, “uma classe subordinada e inferior de seres, subjugada pela raça dominante”, “tão inferior que não tinha direitos aos quais o homem branco devia respeito” e que poderia ser “justa e legalmente reduzida à escravidão em seu próprio benefício”.³⁵

Afirmando não ser papel do Judiciário analisar a justiça ou injustiça da escravidão, a Corte declarou que Dred Scott não era pessoa, mas propriedade. E, como tal, não poderia ter ajuizado a demanda na justiça federal. Faltava a ele capacidade processual. E, ao Judiciário Federal, competência.

Tivesse a Suprema Corte encerrado sua decisão nesses termos, ela já seria lastimável. Mas o tribunal foi além. Desconsiderando sua própria incompetência para analisar a causa, adentrou no mérito e analisou também se Dred Scott permanecia escravo. Ao fazê-lo, acabou invalidando dois importantes argumentos pró-abolição.

Segundo a Corte, haveria duas cidadanias: uma estadual, atribuída pela Constituição do Estado e com eficácia somente nos respectivos limites territoriais; e outra nacional, atribuída pela Constituição federal. A lei de Illinois poderia reconhecer

³³ Note-se que Sanford não questionou o fato de ele e Scott residirem em Estados diferentes, apenas o fato de Scott ser cidadão.

³⁴ Tecnicamente, a Suprema Corte referiu-se à falta de *standing to sue*, um requisito processual que agrega elementos similares à nossa capacidade para ser parte, capacidade para estar em juízo, legitimidade *ad causam* e interesse de agir.

³⁵ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 404-407 (1857).

Dred Scott como um cidadão do Estado, mas a norma seria eficaz apenas em território estadual. Jamais poderia ser oposta a outro Estado da Federação. Com essa fundamentação, afastou-se a tese de que, uma vez em território livre, um negro seria sempre livre. Sua reentrada em Estado escravocrata faria dele, novamente, um escravo.³⁶

O tribunal também declarou inconstitucionais, material e formalmente, quaisquer leis federais de conteúdo abolicionista. Formalmente, porque a competência para legislar sobre o tema seria privativa dos Estados, mesmo em território federal. E, materialmente, porque restringir o direito do senhor seria restringir o direito constitucional à propriedade. O Congresso somente poderia legislar sobre o tema para ampliar e proteger os direitos do proprietário. A lei da Louisiana, portanto, era inválida.³⁷ Esta foi a primeira vez em que a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei desde o paradigmático *Marbury v. Madison*.³⁸

Dred Scott é provavelmente o caso mais infame da história da Suprema Corte. Benjamin Curtis, um dos dois Ministros vencidos, pediu exoneração do cargo após a decisão – o mesmo Benjamin Curtis que, anos antes, defendera o direito do proprietário em *Commonwealth v. Aves*.

É impossível afirmar o que teria acontecido se o caso tivesse sido decidido em sentido contrário. Mas é possível concluir que, se *Dred Scott* não foi a causa da Guerra Civil (1861-1865), foi ao menos um de seus precipitadores. A tentativa de impor uma solução unilateral seria, qualquer que fosse o resultado do julgamento, problemática. *Dred Scott* foi a tentativa de impor a solução errada.³⁹

Não obstante a revogação desse precedente pelas Emendas de Reconstrução, *Dred Scott* permaneceu relevante mesmo após a Guerra Civil. Os argumentos utilizados pelo tribunal seriam reiterados anos mais tarde para ressuscitar a artificial diferença entre cidadania federal e cidadania estadual. Também o federalismo continuou sendo invocado como argumento jurídico para acobertar o racismo.⁴⁰

³⁶ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 405 (1857).

³⁷ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 450-451 (1857).

³⁸ 5 U.S. 137 (1803).

³⁹ BURT, Robert A. *The Constitution in conflict*. Boston: Harvard University Press, 1992, p. 193. Sustentando que, apesar de criticável, *Dred Scott* foi uma decisão em sintonia com os valores majoritários da época, v. GRABER, Mark A. *Dred Scott and the problem of constitutional evil*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 28.

⁴⁰ V. SCHMIDT, Christopher W. Beyond backlash: conservatism and the civil rights movement. *American Journal of Legal History*, v. 56, n. 1, p. 179-194, mar. 2016.

1.4. A Reconstrução

Apenas 73 anos após ratificada a Constituição, o silêncio do constituinte esteve perto de destruir a federação. A Guerra Civil (1861-1865) dividiu o país. A decorrência jurídica mais evidente do fim do conflito foi a promulgação da 13^a, 14^a e 15^a Emendas – as chamadas Emendas de Reconstrução, promulgadas entre 1865 e 1870. Todas elas, de uma forma ou de outra, eram destinadas a superar *Dred Scott*.

A 13^a Emenda, diretamente contrária à conclusão de *Dred Scott*, aboliu a escravidão e proibiu a servidão involuntária, salvo como pena criminal.

A 14^a Emenda, por sua vez, igualou a cidadania nacional à estadual. Ao estabelecer que todo aquele nascido em território norte-americano (ou naturalizado) seria cidadão dos Estados Unidos e do Estado de residência, a norma derogou a *ratio* exposta em *Dred Scott*. Proibiu também que os Estados restringissem os privilégios ou imunidades dos cidadãos norte-americanos (*privileges or immunities clause*). Estabeleceu ainda o direito de todos ao devido processo legal e à igualdade (*equal protection clause*). Por fim, revogou a malfadada regra dos três quintos, determinando que o número de Deputados de cada Estado seria fixado em razão de sua população total.

A 15^a Emenda, por fim, proibiu a União e os Estados de negar ou restringir o direito ao voto em razão da raça, da cor ou da prévia condição servil do eleitor. Ulysses Grant, então Presidente da República, exultou a ratificação da norma. Para ele, o povo completara a erradicação de *Dred Scott*.⁴¹

Um mesmo enunciado normativo se repete ao fim de cada uma das três emendas: “o Congresso terá poderes para impor, por lei, as previsões deste artigo”. Seu objetivo era claro: retirar dos Estados a competência para desequiparar pessoas.

As emendas da Reconstrução redesenharam a relação entre os Estados e a União. A Constituição original via no governo federal a maior ameaça à liberdade individual. Após a Guerra Civil, ficou claro que os governos locais é que deveriam ser contidos. De uma Constituição que protegia os Estados contra a interferência federal, passou-se a uma Constituição que centralizava na União a autoridade e os poderes

⁴¹ LANE, Charles. *The Day Freedom Died: The Colfax Massacre, the Supreme Court, and the Betrayal of Reconstruction*. New York: Henry Holt and Co., 2008, p. 3.

para proteger os indivíduos contra a interferência estadual.⁴²

Essa mudança no arranjo federativo alterou a própria identidade do país. Antes da guerra, os Estados Unidos eram muito mais uma agremiação de Estados soberanos do que uma nação. *The United States* era uma expressão geralmente empregada no plural. Após a guerra, tornou-se singular. Também o termo *Union*, até então utilizado para se referir ao ente nacional, cedeu espaço, gradualmente, à palavra *nation*. Os discursos de Abraham Lincoln ilustram a mudança. Em sua posse, em março de 1861, Lincoln usou 20 vezes o termo *Union* para referir-se ao país. O vocábulo *nation* sequer foi mencionado. Quase três anos depois, em novembro de 1863, em Gettysburg, o Presidente não se referiu a *Union*, mas usou cinco vezes o termo *nation*, para referir-se ao renascimento do país. No discurso de posse de seu segundo mandato, em março de 1865, Lincoln falou sobre um lado tentando dissolver a *Union* e o outro tentando preservar a *nation*. Hoje, o termo *Union* quase que só é usado em contexto histórico. A união de Estados tornou-se, após a guerra civil, uma nação.⁴³

Por pouco, a Reconstrução não reformulou também as relações entre os poderes. O Judiciário, cuja credibilidade estava abalada após *Dred Scott*, quase teve restringida sua aptidão para controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos. John Bingham, principal autor da 14^a Emenda, defendeu a previsão de quórum qualificado de dois terços para que a Suprema Corte pudesse exercer o *judicial review*. Seu principal argumento era evitar uma nova decisão como *Dred Scott*, que ele classificava como uma “blasfêmia repugnante”.⁴⁴ A proposta, contudo, foi rejeitada.

A Reconstrução foi uma tentativa arrojada de aumentar o protagonismo do governo federal, limitar a soberania dos Estados e estender a todo o território nacional direitos básicos decorrentes da igualdade. Mas o país não estava pronto para mudanças tão drásticas. As Emendas de Reconstrução foram muito além daquilo que o americano branco, do norte ou do sul, estava preparado para aceitar. À época, apenas uma minoria de radicais considerava ilegítima a segregação racial em espaços

⁴² STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis Michael; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V.; KARLAN, Pamela S. *Constitutional Law*. 7. ed. Frederick: Wolters Kluwer, 2017, p. 463.

⁴³ McPHERSON, James M. *Battle cry of freedom: the civil war era*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 858-859.

⁴⁴ McCONNELL, Michael W. Institutions and Interpretation: A Critique of *City of Boerne v. Flores*. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 1, p. 153-195, nov. 1997, p. 182.

públicos, leis antimiscigenação ou a proibição de negros comporem júris. Normas assim eram comuns nos Estados do norte, onde negros sempre foram livres, mas nunca tiveram tratamento jurídico igual ao de brancos.⁴⁵ Exatamente onde a escravidão era proibida, a segregação era mais intensa.⁴⁶

Essa visão reverberou na Suprema Corte. A Reconstrução não implicou a igualdade entre brancos e negros. Longe disso. A interpretação reiteradamente restritiva do texto dessas emendas deu origem ao infame período conhecido como *Jim Crow*, quando a segregação e a discriminação raciais tornaram-se políticas públicas oficiais.

1.5. A reação

Os Estados do sul, derrotados na Guerra Civil, rapidamente aprovaram leis que testavam os limites das Emendas de Reconstrução. Muitos deles promulgaram normas que proibiam negros de adquirir propriedades, exercer determinadas profissões, morar em certas áreas, exercer a função de jurado ou mesmo de testemunhar em juízo.⁴⁷

São também dessa época tipos penais que, embora não direcionados explicitamente à população negra, criminalizavam condutas de modo seletivo, como a vadiagem e a quebra de contratos de trabalho. Com a abolição da escravatura, o mercado foi inundado por escravos libertos. À previsível dificuldade de obter emprego em razão do racismo somou-se o obstáculo criado por leis que impediam o exercício de determinadas profissões. Nesse contexto, a criminalização da vadiagem teve impacto quase que exclusivo sobre a população negra. A criminalização da quebra de contratos de trabalho, por sua vez, buscava manter a mão-de-obra liberta nas plantações.⁴⁸

Em resposta a essas leis, conhecidas como *Black Codes*, o Congresso aprovou o *Civil Rights Act* de 1866. Após derrubar o veto de Andrew Johnson, que sucedera a

⁴⁵ LEVESQUE, George A. Slavery in the ideology and politics of the revolutionary generation, 1750-1783. *Harvard Law Journal*, v. 30, p. 1051-1065, 1987, p. 1054.

⁴⁶ WOODWARD, C. Van. *The Strange Career of Jim Crow*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 17 e 19-20.

⁴⁷ V. WOODWARD, C. Van. *The Strange Career of Jim Crow*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 22-23.

⁴⁸ WEAVER, Chris; PURCELL, Will. The prison industrial complex: a modern justification for African enslavement. *Howard Law Journal*, v. 41, n. 2, p. 349-382, inverno de 1998, p. 354-355.

Lincoln na Presidência da República, o legislativo federal garantiu a “todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos” os mesmos direitos de contratar, processar, produzir provas e adquirir propriedade que eram assegurados aos “cidadãos brancos”.

O racismo, todavia, não vinha apenas do Estado. O período que vai de 1865 a 1870 viu a criação e ascensão da *Ku Klux Klan (KKK)*, uma instituição que se afirmava “cavalheiresca, humanitária, piedosa e patriótica”, destinada a “proteger os fracos, inocentes e indefesos”. Mas que tinha um objetivo bem menos nobre: perseguir, aterrorizar e agredir, se necessário até a morte, a população negra e os brancos que a apoiavam – em geral, membros ou simpatizantes do Partido Republicano de Lincoln.⁴⁹

Num período de apenas três anos, integrantes da *KKK* assassinaram um deputado federal negro do Arkansas e três deputados estaduais negros na Carolina do Sul. Na Geórgia, 400 membros abriram fogo contra negros que participavam de um comício e perseguiram aqueles que conseguiram fugir. Mais de vinte pessoas foram mortas ou feridas. Também na Carolina do Sul, uma “caçada” convocada pela associação ceifou outras treze vidas. Ainda nesse estado, cerca de 500 pessoas invadiram a cadeia de *Union County* e lincharam treze detentos negros. No Mississippi, 30 negros foram mortos por integrantes da organização.⁵⁰

Esse modo de agir produziu resultados rápidos. Em parte por conta da intimidação aos eleitores republicanos, o Partido Democrata, que apoiava a segregação, retomou o poder em cinco Estados do sul em 1870: Alabama, Virginia, Tennessee, Carolina do Norte e Geórgia.⁵¹

O governo federal, entretanto, era ocupado por um republicano: Ulysses Grant, que fora Comandante do Exército da União (norte) durante a Guerra Civil. Também o Congresso era majoritariamente republicano. Para conter a onda de violência e o avanço dos democratas no sul, em maio de 1870 foi aprovado o *Enforcement Act*. Essa foi a primeira lei federal a criminalizar condutas. Até então, direito penal era matéria de competência privativa dos Estados. Invocando a autoridade conferida ao

⁴⁹ LANE, Charles. *The Day Freedom Died: The Colfax Massacre, the Supreme Court, and the Betrayal of Reconstruction*. New York: Henry Holt and Co., 2008, p. 3.

⁵⁰ LANE, Charles. *The Day Freedom Died: The Colfax Massacre, the Supreme Court, and the Betrayal of Reconstruction*. New York: Henry Holt and Co., 2008, p. 4.

⁵¹ LANE, Charles. *The Day Freedom Died: The Colfax Massacre, the Supreme Court, and the Betrayal of Reconstruction*. New York: Henry Holt and Co., 2008, p. 3.

legislativo federal pelas Emendas de Reconstrução para proteger o direito dos negros ao voto e para assegurar os direitos civis, o novo diploma tipificou o chamado *white terrorism*.⁵²

No ano seguinte, outra lei federal – o *Ku Klux Klan Act* – tornaria ato de “insurreição” e “rebelião” contra os Estados Unidos a conduta de integrar a organização. Onde as autoridades locais falhassem em processar e julgar membros da instituição, o Presidente poderia suspender o direito ao *habeas corpus* e determinar às forças armadas que apresentassem os suspeitos perante uma corte federal.⁵³

Ano após ano, lei após lei, Executivo e Legislativo federais travaram uma cruzada contra a discriminação, fosse ela institucionalizada em normas estaduais ou simplesmente tolerada pelas autoridades locais, convenientemente omissas diante de atos de violência racial. Todo esse esforço seria frustrado, uma vez mais, pela Suprema Corte.⁵⁴

1.6. O desmonte

O primeiro golpe às Emendas de Reconstrução veio em 1873, quando a Suprema Corte decidiu que a cláusula de igualdade não garantiria um direito geral à não-discriminação. Embora o caso não guardasse relação com a discriminação racial, o precedente nele firmado foi determinante para restringir a Reconstrução.

A decisão foi proferida num conjunto de ações conhecido como *Slaughterhouse Cases*.⁵⁵ Com a intenção declarada de promover uma reforma sanitária em New Orleans, o Estado determinou o fechamento de todos os açougues da cidade e concedeu monopólio de 25 anos a uma empresa para abater animais fora da área urbana. Os açougueiros prejudicados, se quisessem, poderiam alugar um lote nos limites concedidos à empresa monopolista e operar sob sua supervisão. Os autores impugnaram esse ato com base no direito à igualdade previsto na 14^a Emenda.

As ações, contudo, foram julgadas improcedentes. Para a Suprema Corte, a

⁵² LANE, Charles. *The Day Freedom Died: The Colfax Massacre, the Supreme Court, and the Betrayal of Reconstruction*. New York: Henry Holt and Co., 2008, p. 3-4.

⁵³ LANE, Charles. *The Day Freedom Died: The Colfax Massacre, the Supreme Court, and the Betrayal of Reconstruction*. New York: Henry Holt and Co., 2008, p. 4.

⁵⁴ HUHN, Wilson R. The Legacy of Slaughterhouse, Bradwell, and Cruikshank in Constitutional Interpretation. *Akron Law Review*, v. 42, n. 4, p. 1051-1080, out. 2009, p. 1074-1075.

⁵⁵ 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).

norma questionada veiculava uma limitação razoável à livre iniciativa para proteção da saúde pública. Tratava-se, portanto, de legítimo exercício do poder de polícia pelo Estado.⁵⁶

A Corte poderia ter limitado sua fundamentação a esse ponto, mas foi além. A *ratio* exposta nos *Slaughterhouse Cases* limitou o alcance objetivo da 14^a Emenda. A cláusula geral de igualdade foi, na prática, dilacerada.⁵⁷

A Suprema Corte afastou a incidência do direito à igualdade no caso, interpretando-o no estreito contexto da Reconstrução. A aplicação da norma seria, portanto, restrita à igualdade racial e não se aplicaria a outras formas de discriminação. Se a competência para legislar sobre toda forma de igualdade fosse transferida ao ente federal, afirmou a Corte, os governos estaduais seriam degradados, subjugados ao controle do Congresso Nacional.⁵⁸ Embora essa interpretação seja compatível com a história da emenda, ela não encontra respaldo no texto da norma, que fala genericamente em “cidadãos dos Estados Unidos”.⁵⁹

Slaughterhouse começou a produzir efeitos na mesma tarde em que o precedente foi firmado. Em *Bradwell v. Illinois*,⁶⁰ discutia-se o direito de a autora, Mary Bradwell, inscrever-se na Ordem dos Advogados de Illinois. Sua inscrição fora recusada por ela ser mulher. O judiciário estadual decidiu que, a despeito de a lei estadual utilizar o termo “pessoas”, a intenção do legislador era admitir apenas o ingresso de homens no exercício da advocacia. A Suprema Corte, por sua vez, confirmou a decisão. Na fundamentação, replicou a *ratio* definida horas antes em *Slaughterhouse*: o direito fundamental à igualdade não incidiria no caso, porquanto restrito objetivamente à igualdade racial. Inaplicável, portanto, a causas envolvendo igualdade de gênero.⁶¹

Seriam necessários 98 anos para a superação de *Bradwell*.⁶² Em 1948, a Corte

⁵⁶ *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 59-63 (1873).

⁵⁷ HUNN, Wilson R. The Legacy of Slaughterhouse, Bradwell, and Cruikshank in Constitutional Interpretation. *Akron Law Review*, v. 42, n. 4, p. 1051-1080, out. 2009, p. 1052.

⁵⁸ *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 78 (1873).

⁵⁹ Essa expressão também foi objeto de consideração pela Corte, que ressuscitou a velha distinção entre cidadania nacional e cidadania estadual. Embora fundamental para a compreensão do direito constitucional norte-americano, essa complexa distinção é irrelevante para o estudo dos processos estruturais. Por isso, é omitida nas páginas que seguem.

⁶⁰ 83 U.S. 130 (1873).

⁶¹ *Bradwell v. Illinois*, 83 U.S. 130, 130-139 (1873).

⁶² A enumeração que segue consta em HUNN, Wilson R. The Legacy of Slaughterhouse, Bradwell, and Cruikshank in Constitutional Interpretation. *Akron Law Review*, v. 42, n. 4, p. 1051-1080, out. 2009, p. 1067.

ainda considerou constitucional lei estadual que proibia mulheres de trabalharem em bares, a menos que o estabelecimento pertencesse a seu pai ou marido.⁶³ Apenas em 1971 a Suprema Corte declararia inconstitucional uma norma por discriminação de gênero. Lei do Estado do Idaho dava tratamento preferencial à nomeação de homens para a função de inventariante.⁶⁴ Outras formas de discriminação foram ainda mais longevas. A primeira vez em que a Suprema Corte declarou inconstitucional uma norma discriminatória contra homossexuais foi em 1996. Uma emenda à Constituição do Colorado proibia a adoção de políticas afirmativas em favor de homossexuais.⁶⁵ E somente em 2003 se declarou inconstitucional uma lei que criminalizava a orientação sexual.⁶⁶ O desmonte do desmonte é fenômeno recente no direito norte-americano.

Para além dos *Slaughterhouse Cases*, uma segunda e definitiva restrição foi feita em *United States v. Cruikshank*.⁶⁷ Nesse caso decidiu-se que a 14ª Emenda não teria eficácia entre particulares. O caso originou-se do massacre de Colfax, provavelmente o mais sangrento conflito racial da história da Louisiana.⁶⁸

Após as eleições estaduais de 1872, tanto democratas (majoritariamente brancos) quanto republicanos (apoiados pela população negra)⁶⁹ reivindicaram vitória. Acusações de fraude eleitoral e intimidação partiram dos dois lados. Ambos os candidatos a Governador indicaram nomes para cargos de confiança, como juízes e xerifes. Em New Orleans, um juiz federal determinou que o candidato republicano tomasse posse. Em muitos lugares, todavia, as autoridades nomeadas pela antiga administração recusaram-se a reconhecer o resultado das eleições e a desocupar seus postos.

Em Colfax, no interior do Estado, a tensão política e racial elevou-se até o ponto em que um grupo de negros tomou o prédio onde funcionava a administração local, formando um semicírculo em torno do edifício. Após três semanas, cerca de 300 homens brancos armados com rifles, revólveres e um canhão foram até o local e

⁶³ *Goesaert v. Cleary*, 335 U.S. 464 (1948).

⁶⁴ *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971).

⁶⁵ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

⁶⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁶⁷ 92 U.S. 542 (1875).

⁶⁸ Para um aprofundado estudo sobre esse episódio, v. LANE, Charles. *The Day Freedom Died: The Colfax Massacre, the Supreme Court, and the Betrayal of Reconstruction*. New York: Henry Holt and Co., 2008.

⁶⁹ Atualmente, as plataformas políticas dos partidos inverteram-se. Republicanos são em geral conservadores e defendem um poder federal mais passivo, enquanto os democratas são progressistas e defendem um governo federal mais atuante.

exigiram a rendição do grupo. Diante da recusa, os brancos abriram fogo, o que forçou a entrada dos negros no prédio em busca de refúgio. O prédio foi então incendiado. Na medida em que os ex-escravos saíam, eram perseguidos e mortos. Não há um número oficial de vítimas fatais do massacre, mas sabe-se que ele gira em torno de sessenta. Todos os cadáveres eram negros e estavam desarmados. Muitas vítimas foram assassinadas após a rendição.⁷⁰

Embora 97 pessoas tenham sido indiciadas, apenas oito foram a julgamento. Desses, somente três resultaram em condenação. Não por homicídio, mas por violação ao *Enforcement Act* – a lei federal aprovada em 1870 para combater as ações da *Ku Klux Klan*. A Suprema Corte, todavia, reverteu todas as condenações.

A 14^a Emenda proíbe expressamente os Estados de privar uma pessoa da vida, da liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. Mas ela é silente quanto à conduta de indivíduos. O direito à igualdade, afirmou a Corte, “proíbe um Estado de negar a qualquer pessoa em seu território o direito à igualdade; mas esse enunciado (...) nada diz a respeito dos direitos constitucionais de uma pessoa em face de outra”.⁷¹

Ao afirmar que as emendas de reconstrução não afetariam particulares, *Cruikshank* estabeleceu o precedente que fundamentaria a segregação racial nos 78 anos seguintes. Pela primeira vez na história, a Corte invocou a tese que ficaria conhecida como *state action doctrine*: as Emendas de Reconstrução proibiam a discriminação racial pelos Estados, não por indivíduos. O direito à igualdade, em outras palavras, não tinha eficácia horizontal.⁷²

Essa decisão abriu caminho para o período conhecido como *Jim Crow*, quando a desigualdade e o preconceito chancelados pelos Estados do sul tornaram-se tão insuportáveis que fariam eclodir o *Civil Rights Movement*. O desenvolvimento de processos estruturais, voltados à reforma global de uma instituição ou política pública, é uma das consequências desse movimento.

Slaughterhouse e *Cruikshank* demoliram os pilares da Reconstrução. Limitado à conduta estatal comissiva, o direito à igualdade foi esvaziado. A proibição de

⁷⁰ LANE, Charles. *The Day Freedom Died: The Colfax Massacre, the Supreme Court, and the Betrayal of Reconstruction*. New York: Henry Holt and Co., 2008, p. 22.

⁷¹ *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 548 (1876), p. 553-554.

⁷² HUHN, Wilson R. The Legacy of *Slaughterhouse*, *Bradwell*, and *Cruikshank* in Constitutional Interpretation. *Akron Law Review*, v. 42, n. 4, p. 1051-1080, out. 2009, p. 1074.

discriminar foi facilmente contornada.⁷³ Nos anos que se seguiram, esses precedentes sustentaram a anulação de leis federais que asseguravam direitos civis; toleraram a segregação racial em estabelecimentos privados e em prédios públicos; validaram leis antimiscigenação; permitiram restrições ao direito de votar; e mantiveram o governo federal de mãos atadas diante da prática corriqueira de linchamentos.⁷⁴

A *state action doctrine*, desenvolvida a partir de *Cruikshank*, mostrou-se tão duradoura quanto *Slaughterhouse* e *Bradwell*. Em 2000, a Suprema Corte declarou inconstitucional lei federal que criminalizava atos de violência doméstica contra mulheres (*Violence Against Women Act*). Os motivos, ainda e sempre, foram a inoponibilidade do direito à igualdade a entes privados e a incompetência da União para legislar sobre direito à igualdade.⁷⁵

Embora esses precedentes tenham sido em larga medida superados ou artificialmente contornados na segunda metade do século XX,⁷⁶ é imprescindível notar que o Judiciário foi corresponsável pela institucionalização da desigualdade após a Guerra Civil. Os Estados do sul, avessos às Emendas de Reconstrução, encontraram na Suprema Corte um ambiente receptivo àquela concepção ultrapassada de federalismo. O apego do Judiciário ao passado foi determinante para negar eficácia a direitos reconhecidos constitucionalmente. Mais que isso, sua posição institucional facilitou a imposição de valores individuais sob o manto da argumentação técnica.⁷⁷

Enquanto o direito à liberdade individual foi interpretado de modo extensivo, ao direito à igualdade se deu interpretação restritiva. Não somente o Judiciário se negou

⁷³ Dentre as poucas normas estaduais discriminatórias consideradas inconstitucionais pela Suprema Corte estão aquelas que excluíam negros da função de jurados. V. *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 306, 307; *Virginia v. Rives*, 100 U.S. 313; *Ex parte Virginia*, 100 U.S. 339; *Neal v. Delaware*, 103 U.S. 370, 386; *Bush v. Kentucky*, 107 U.S. 110, 116.

⁷⁴ HUNN, Wilson R. The Legacy of *Slaughterhouse*, *Bradwell*, and *Cruikshank* in Constitutional Interpretation. *Akron Law Review*, v. 42, n. 4, p. 1051-1080, out. 2009, p. 1077-1078.

⁷⁵ *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

⁷⁶ Em 1964, a Suprema Corte pela primeira vez declarou válida lei federal (*Civil Rights Act* de 1964) que proibia discriminação racial por entes privados. *Cruikshank*, contudo, não foi formalmente superado. Curiosamente, a Suprema Corte não abordou o tema sob a perspectiva do direito à igualdade. A Corte considerou a norma constitucional por ser um válido exercício do poder da União para legislar sobre comércio interestadual. V. *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964).

⁷⁷ Registre-se, contudo, que a posição da Suprema Corte encontrava respaldo na opinião popular. Como afirma Woodward, era comum encontrar na imprensa, nos anos 1880 e 1890, manifestações de superioridade branca, inclusive em jornais abolicionistas do norte. Na sua opinião, foi o racismo que uniu novamente o país após a Guerra Civil: “[s]uch expressions doubtless did much to add to the reconciliation of North and South, but they did so at the expense of the Negro. Just as the Negro gained his emancipation and new rights through a falling out between white men, he now stood to lose his rights through the reconciliation of white men”. WOODWARD, C. Van. *The Strange Career of Jim Crow*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 70.

a mudar suas concepções ético-valorativas, mas também impediu o Congresso de fazê-lo, esvaziando as Emendas de Reconstrução.⁷⁸

Isso mostra que a legitimidade para reformar instituições sociais não pode repousar sobre uma suposta capacidade da magistratura para decifrar o conteúdo de direitos. Mesmo com todas as garantias de imparcialidade, o Judiciário já se comportou como um ferrenho agente de conservação do *status quo*. Essa postura é ainda mais devastadora quando, sob a aparência de tecnicismo, adquire força de precedente vinculante.

1.7. Jim Crow

Thomas Dartmouth Rice foi um ator e dançarino nova-iorquino. Embora tenha atuado em mais de 100 peças e escrito seus próprios roteiros, sua personagem mais famosa – e que lhe rendeu fama internacional – foi Jim Crow. A partir de uma canção tradicional africana cantada por escravos (*Jump Jim Crow*), Rice criou uma personagem que incorporava estereótipos raciais negativos. Expressões faciais, sotaque, comportamento e características corporais eram exagerados com o intuito de ridicularizar a personagem. Jim Crow era um velho negro deficiente, atrapalhado, inocente e preguiçoso. Em suas performances, Rice pintava o rosto e vestia uma máscara de cortiça queimada. Ele cantava uma paródia de *Jump Jim Crow* e fazia uma dança supostamente ensinada a ele por um escravo.⁷⁹

Jim Crow – a personagem – foi um sucesso. Não apenas deu a seu criador a oportunidade de viajar pelos Estados Unidos e de apresentar-se em Londres, como inaugurou um gênero da cultura popular norte-americana: o *minstrelsy*. Tamanha foi a repercussão da personagem que seu nome passou a designar pejorativamente os negros. E foi com esse significado que a expressão batizou o período que vai do fim da Reconstrução, em 1877, até a eclosão do *Civil Rights Movement*, nos anos 1950. Batizou também uma série de leis que impunham ou autorizavam a segregação racial.

Jim Crow – o regime jurídico de segregação – foi consequência direta do desmonte das Emendas de Reconstrução. Já em 1883, nos chamados *Civil Rights*

⁷⁸ HUHN, Wilson R. The Legacy of Slaughterhouse, Bradwell, and Cruikshank in Constitutional Interpretation. *Akron Law Review*, v. 42, n. 4, p. 1051-1080, out. 2009, p. 1077.

⁷⁹ WOODWARD, C. Van. *The Strange Career of Jim Crow*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 245.

Cases, cinco casos decididos em conjunto, a Suprema Corte aplicou a *ratio* elaborada em *Cruikshank* e declarou inconstitucionais dispositivos do *Civil Rights Act* que proibiam a segregação e a discriminação em locais privados, porém abertos ao público, como hotéis, restaurantes, teatros e transportes ferroviários.⁸⁰

Em 1896, outro importante precedente deu o último passo rumo à segregação oficial. Em *Plessy v. Ferguson*,⁸¹ a Corte teve que analisar a constitucionalidade de lei da Louisiana que determinava às companhias ferroviárias a disponibilização de acomodações iguais, porém separadas, para brancos e negros. O passageiro que utilizasse o vagão indevido seria responsabilizado criminalmente.⁸²

Plessy, que era “sete oitavos caucasiano”, foi condenado em dois graus de jurisdição. Seu recurso à Suprema Corte arguia a inconstitucionalidade da lei da Louisiana frente à 14ª Emenda. Argumentava ainda que a separação das duas raças marcaria a população negra com um rótulo de inferioridade.

A novidade do caso residia em duas peculiaridades. A primeira estava no fato de a segregação advir de lei estadual. Não se tratava de ato privado das companhias ferroviárias no exercício de sua autonomia privada, mas de política pública prevista em lei. A segunda estava na estrutura impositiva da norma. A segregação não era apenas tolerada pelo Estado, mas imposta por norma penal. Até então, a Suprema Corte somente havia analisado casos em que a discriminação era privada ou autorizada a entes privados. E, em todos os casos anteriores, o “direito privado de discriminar” fora protegido. Nunca nesses termos, mas sempre com esse efeito.

A Corte decidiu que a 14ª Emenda não proibira toda e qualquer diferenciação baseada na cor da pele. Tampouco teria imposto “a convivência das duas raças em termos insatisfatórios para ambas”. Partindo do pressuposto de que o direito seria incapaz de superar o preconceito, a Corte afirmou que a igualdade social deve ser “resultado de afinidades naturais, apreciação mútua e consentimento voluntário”. Os direitos civis e políticos de uma raça, disse a Corte, “não podem ser inferiores aos da outra”. Mas, “se uma raça é socialmente inferior à outra, a Constituição não pode alçá-la ao mesmo patamar”.⁸³

Por esse motivo, a obrigatoriedade da segregação, desde que razoável, seria

⁸⁰ 109 U.S. 3 (1883).

⁸¹ 163 U.S. 537 (1896).

⁸² *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁸³ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 551-552 (1896).

legítimo exercício do poder de polícia dos Estados. A prática seria respaldada pelos usos, costumes e tradições locais e tinha o objetivo de promover o conforto dos usuários, a paz e a ordem públicas.⁸⁴

Ao argumento de que a segregação inferiorizaria a população negra, a Corte respondeu friamente que a alegação só seria verdadeira se os negros escolhessem interpretar a norma desse modo. Se uma lei similar fosse aprovada por um legislativo estadual majoritariamente negro, conjecturou a Corte, dificilmente a raça branca se sentiria relegada a uma posição inferior.⁸⁵

Plessy deu respaldo jurídico à segregação racial, que já ocorria há muito tempo de fato (a própria Corte menciona que a segregação nas escolas era praticada desde a abolição) e passou a ocorrer também de direito. A doutrina do *separate but equal* começa oficialmente com essa decisão.

Plessy foi uma continuação da *ratio* desenvolvida em *Slaughterhouse* e em *Cruikshank*. Tal qual esses precedentes, *Plessy* teve imensa repercussão. Até 1900, a única norma segregatória adotada pela maior parte dos Estados do sul exigia a separação de vagões de trem. Nos dez anos seguintes, todos os Estados do sul aprovaram leis segregatórias também para ônibus urbanos. Até 1920, o número de leis e as hipóteses de segregação cresceram de modo a tornar impossível uma compilação exaustiva. Os exemplos vão da proibição de brancos e negros trabalharem na mesma sala à divisão das cidades em quadras brancas e quadras negras. Não apenas Estados, mas também municípios aprovaram normas segregatórias.

A ideia de que a segregação racial seria compatível com o direito à igualdade

⁸⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 550-551 (1896).

⁸⁵ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 551 (1896). O ponto foi objeto da dissidência do Justice Harlan, para quem “[e]veryone knows that the statute in question had its origin in the purpose not so much to exclude white persons from railroad cars occupied by blacks as to exclude colored people from coaches occupied by or assigned to white persons. Railroad corporations of Louisiana did not make discrimination among whites in the matter of accommodation for travelers. The thing to accomplish was, under the guise of giving equal accommodation for whites and blacks, to compel the latter to keep to themselves while traveling in railroad passenger coaches”. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 557 (1896). A despeito de sua defesa consistente da igualdade jurídica entre brancos e negros, Harlan escorrega quando deixa transparecer sua crença na supremacia branca: “The white race deems itself to be the dominant race in this country. And so it is, in prestige, in achievements, in education, in wealth, and in power. So, I doubt not, it will continue to be for all time, if it remains true to its great heritage and holds fast to the principles of constitutional liberty. But in the view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here”. Harlan também deixa evidente seu preconceito contra imigrantes chineses: “There is a race so different from our own that we do not permit those belonging to it to become citizens of the United States. Persons belonging to it are, with few exceptions, absolutely excluded from our country. I allude to the Chinese race”. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 561 (1896).

produziu inúmeros subprodutos normativos. As normas mais comuns proibiam o casamento inter-racial e determinavam a separação de pessoas de acordo com sua cor em estabelecimentos públicos e privados, de escolas a prisões, de banheiros a balcões de lanchonetes.⁸⁶

Qualquer uma dessas leis, isoladamente, seria humilhante. Em conjunto, elas pintam um triste retrato de racismo. E, apesar de aviltantes, os exemplos colhidos na legislação da época nem de longe refletem o período com exatidão. A lei fornece exemplos típicos e pontuais. Na prática, especialmente nos Estados do sul, a segregação era total. E fazia-se acompanhar da opressão.⁸⁷

Diante de uma Corte claramente avessa a interferir nas escolhas locais, diversos Estados aprovaram leis que dificultavam o acesso da população negra ao voto. A 14ª Emenda, contudo, expressamente proibia qualquer limitação ao voto em razão de raça. As barreiras, por isso, tornaram-se insidiosas. As mais comuns condicionavam o voto a testes de leitura e interpretação ou à propriedade de imóveis. Alguns Estados cobravam um tributo eleitoral. Para acomodar brancos pobres ou analfabetos, essas regras gerais eram acompanhadas por outras, especiais: poderia votar aquele cujo avô podia votar (*grandfather clause*); aquele que, embora analfabeto, pudesse interpretar um texto após ouvi-lo (*understanding clause*); ou aquele que tivesse um “bom caráter” (*good character clause*) – na prática, uma carta em branco ao administrador.⁸⁸

Com algumas variações, normas desse tipo foram incorporadas às Constituições da Carolina do Sul em 1895, da Louisiana em 1898, da Carolina do Norte em 1900, do Alabama no ano seguinte, da Virginia em 1902, da Geórgia em 1908 e de Oklahoma em 1910. A efetividade desse sistema pode ser aferida numericamente. Na Louisiana, em 1896, havia mais de 130 mil eleitores negros. Em 1904, eram pouco mais de 1.300. Entre essas duas datas, o Estado aprovou normas que condicionavam o voto à propriedade, a testes de alfabetização e ao pagamento de um tributo.⁸⁹ Como jurados eram selecionados a partir de listas de eleitores, não é

⁸⁶ Uma extensa compilação, organizada por Martin Luther King Jr., está disponível em https://www.nps.gov/malu/documents/jim_crow_laws.htm. Acesso em 02/01/2019.

⁸⁷ WOODWARD, C. Van. *The Strange Career of Jim Crow*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 96-100.

⁸⁸ WOODWARD, C. Van. *The Strange Career of Jim Crow*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 83-85.

⁸⁹ WOODWARD, C. Van. *The Strange Career of Jim Crow*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 83-85.

difícil imaginar o impacto desse sistema no índice de condenações de negros.⁹⁰

Ano a ano, mais leis segregacionistas foram aprovadas. Na medida em que a indústria se desenvolveu, a discriminação rapidamente se expandiu para as novas áreas. Táxis, ônibus interestaduais, aeroportos. Cada nova atividade econômica era rapidamente regulada para dividir brancos e negros. Em 1915, Maurice Evans, escritor inglês radicado na África do Sul, afirmou não ver diferença alguma entre o *apartheid* sul-africano e a segregação norte-americana. Gunnar Myrdal, escritor sueco, observou em 1944 que a separação racial era tão completa que seria possível a um sulista branco praticamente nunca ver um negro, a não ser como seu servente.⁹¹ Em 1946, lei da Califórnia determinou a segregação escolar não apenas de brancos e negros, mas também de crianças descendentes de indígenas, hispânicos e asiáticos.

O resultado de segregação e exclusão foi a gradativa redução dos direitos da população negra (e de outras minorias) a níveis insuportáveis. Ironicamente, o ímpeto para a mudança veio justamente de onde toda tentativa de equiparação racial fora anteriormente frustrada: do Judiciário.

1.8. Brown e a segunda Reconstrução

Entre *Plessy* e o *Civil Rights Movement*, cerca de 60 anos se passaram. É difícil apontar uma razão definitiva pela qual esse movimento deu certo, quando todos os anteriores foram duramente reprimidos. Uma conjunção de fatores tornou Jim Crow um anacronismo insustentável a partir dos anos 1950: o desenvolvimento de uma consciência de classe, que levou à criação de importantes organizações civis, como a NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*); o despertar artístico e literário de uma cultura negra nos anos 1920 e 1930; a migração massiva da população negra para grandes centros urbanos do norte, que tornou Jim Crow um problema nacional e urbano, não mais confinado às áreas rurais do sul; o *crash* da bolsa em 1929, que devastou os Estados e praticamente os obrigou a ceder poder à União em troca de verbas; o surgimento de uma até então inédita classe-média negra, capaz de consumir e de produzir ideias nos campos acadêmico, artístico e político; o

⁹⁰ GLENNON, Robert Jerome. The jurisdictional legacy of the civil rights movement. *Tennessee Law Review*, v. 61, n. 3, p. 869-932, mar. 1994, p. 875.

⁹¹ WOODWARD, C. Van. *The Strange Career of Jim Crow*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 110 e 116.

fim da Segunda Guerra, que expôs o paradoxo de uma nação que se orgulhava de ter derrotado um regime baseado na supremacia racial, mas que replicava essa ideologia; e o início da Guerra Fria, quando os países do bloco comunista apresentaram a discriminação racial norte-americana como um subproduto do regime capitalista.⁹²

Mas, de todos os fatores que antecederam o *Civil Rights Movement*, há pelo menos um cuja causalidade é objeto de amplo consenso.⁹³ Sem ele, o movimento pelos direitos civis provavelmente não teria acontecido naquele momento e com tamanha força. Trata-se da decisão proferida em 1954 pela Suprema Corte em *Brown v. Board of Education of Topeka*.⁹⁴

Brown foi, na verdade, a reunião de quatro casos que desafiavam a segregação escolar. Todos foram julgados improcedentes em seus Estados de origem – Delaware, Kansas, Carolina do Sul e Virginia. Na Suprema Corte, foram reunidos para julgamento conjunto. O nome vem de Oliver Brown, um dos treze pais que ajuizaram uma ação coletiva contra a Secretaria de Educação de Topeka, Kansas, em favor de 20 crianças negras cujas matrículas em escolas brancas foram negadas. A NAACP coordenou os casos e patrocinou as ações.⁹⁵

Ao enfrentar a constitucionalidade do regime segregacionista, o tribunal assim definiu a questão: “a segregação de crianças em escolas públicas, com base unicamente na raça, assegurada a igualdade de instalações e outros fatores 'tangíveis', priva as crianças do grupo minoritário de iguais oportunidades educacionais?” E, sem meias palavras, respondeu: “Nós acreditamos que sim”.⁹⁶

No que dizia respeito à educação pública, a Corte expressamente reconsiderou *Plessy*.⁹⁷ E concluiu que, “no campo da educação pública, a doutrina do 'separados,

⁹² WOODWARD, C. Van. *The Strange Career of Jim Crow*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 125-130. Para uma extensa discussão dos fatores que levaram à superação de Jim Crow, v. DUDZIAK, Mary. *Cold War Civil Rights*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2011; KLARMAN, Michael. *From Jim Crow to Civil Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

⁹³ Amplo, mas não unânime. As correntes contrárias, capitaneadas pelo pensamento de Gerald Rosenberg, serão consideradas adiante. V. ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008

⁹⁴ 347 U.S. 483 (1954).

⁹⁵ Detalhes dos quatro casos originais podem ser obtidos em <https://brownvboard.org/content/combined-brown-cases-1951-54>. Acesso em 05/01/2019. A primeira nota de rodapé de *Brown* resume os fatos específicos de cada ação.

⁹⁶ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 493 (1954).

⁹⁷ Como anota David O'Brien, Brown não superou *Plessy* integralmente. Apenas deixou de aplicar a doutrina do “separados, mas iguais” às escolas públicas. A segregação em outros ambientes continuou válida. Mas é inegável que foi a partir de Brown que a legalidade da segregação racial começou a ruir. V. O'BRIEN, David M. *Precedent and courts*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Precedentes judiciais: diálogos*

mas iguais' não tem lugar. Escolas segregadas são inerentemente desiguais".⁹⁸

Brown inaugurou um novo paradigma. Não por acaso, Woodward chama o período imediatamente posterior ao julgamento de “segunda Reconstrução”.⁹⁹ Em poucos anos, a Corte declararia inconstitucionais também a segregação em ônibus,¹⁰⁰ campos de golfe¹⁰¹ e praias públicas.¹⁰²

A cronologia dos eventos que se seguiram à decisão sugere um forte impacto não apenas jurídico, mas também fático.¹⁰³ *Brown* foi um catalisador da luta pelos direitos civis.¹⁰⁴ Em dezembro de 1955, Rosa Parks foi condenada criminalmente por recusar-se a ceder seu lugar no ônibus a um passageiro branco em Montgomery, Alabama. Após sua prisão, a população negra organizou um boicote ao sistema de ônibus – um dos momentos mais emblemáticos desse período. Foi a partir desse episódio que Martin Luther King, Jr., até então um pastor semianônimo em Montgomery, despontou como um dos líderes do *Civil Rights Movement*. Em fevereiro de 1956, foi ajuizado *Browder v. Gayle*, que questionava a segregação em ônibus. No mesmo ano, a Suprema Corte julgou procedente a demanda.¹⁰⁵

O julgamento de 1954, todavia, não encerrou o caso *Brown*. Havia ainda um ponto a ser decidido pela Corte: como implementar a decisão? Como dessegregar as escolas de todo o país, a despeito da esperada resistência? Porque os diferentes casos reunidos para julgamento surgiram em locais e contextos diversos, a Corte decidira dividir o julgamento. Com o mérito já definido, permitiu-se ao Advogado Geral da União e a cada um dos Procuradores Gerais dos Estados que se manifestassem sobre a forma de execução da medida. Em 1955, a Corte proferiu uma nova

transnacionais. São Paulo: Tirant Brasil, 2018, p. 33.

⁹⁸ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 494-495 (1954).

⁹⁹ WOODWARD, C. Van. *The Strange Career of Jim Crow*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 134-135.

¹⁰⁰ *Gayle v. Browder*, 352 U.S. 903 (1956).

¹⁰¹ *Holmes v. City of Atlanta*, 350 U.S. 879 (1955).

¹⁰² *Mayor of Baltimore v. Dawson*, 350 U.S. 877 (1955).

¹⁰³ YEAZELL, Stephen. Brown, the Civil Rights Movement and the silent litigation revolution. *Vanderbilt Law Review*, v. 57, n. 6, p. 1975-2004, nov. 2004, p. 1975-1976.

¹⁰⁴ Em sentido contrário, argumentando a inevitabilidade de Brown diante de razões econômicas, políticas e sociais, v. KLARMAN, Michael J. Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement. *Virginia Law Review*, v. 80, n. 1, fev. 1994, p. 7-150. Destacando outros fatores, mas reconhecendo a contribuição de *Brown*, v. PATTERSON, James. Brown and the Civil Rights Movement. *Stetson Law Review*, v. 34, n. 2, p. 413-421, dez. 2005. Defendendo que o impacto de Brown foi mais simbólico do que factual, v. GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops... it's still moving. *University of Miami Law Review*, v. 58, n. 1, p. 143-171, out. 2003, p. 149, especialmente a nota de rodapé 29.

¹⁰⁵ Fred Gray, um dos advogados que atuaram em *Browder*, fornece um interessante encadeamento de eventos em GRAY, Fred D. Civil Rights – Past, Present and Future, Part II. *Alabama Lawyer*, v. 64, n. 8, p. 8-9, jan. 2003, p. 9.

decisão.¹⁰⁶

Brown II é tão paradigmático quanto *Brown I*. Em razão da complexidade da tarefa de redesenhar os sistemas escolares locais, a Corte deixou a cargo das respectivas administrações a implementação de medidas para dessegregação escolar. E delegou aos juízos locais o acompanhamento da execução.¹⁰⁷

A Corte anteviu a complexidade da tarefa. Recomendou que a decisão fosse integralmente cumprida na data mais próxima possível, mas reconheceu a necessidade de um período de transição para remoção gradual e sistemática de obstáculos. Prevendo a recalcitrância dos governos estaduais, a decisão autorizou os juízos de origem a considerar problemas relacionados à administração do sistema educacional. Encarregou os magistrados de primeiro grau de avaliar a adequação das condições físicas das escolas, do sistema de transporte escolar, da distribuição de pessoal e da definição geográfica de distritos escolares. E orientou esses juízos a utilizar medidas flexíveis, ajustáveis e aderentes às necessidades de cada caso para a criação de um sistema racialmente neutro.¹⁰⁸

Em vez de fixar um prazo para completa dessegregação, a Corte utilizou uma fórmula aberta, que se tornou famosa: a decisão deveria ser cumprida *with all deliberate speed*.¹⁰⁹

Essas escolhas procedimentais foram decisivas. Alguns autores atribuem tal delegação de poderes à relutância da Suprema Corte em “sujar as mãos” e erradicar por conta própria a segregação escolar.¹¹⁰ Outros acreditam que a Corte não tinha outra escolha para evitar a resistência massiva que a dessegregação imediata poderia levantar.¹¹¹ O fato é que a descentralização permitiu aos juízos de primeiro grau a adoção de medidas individualizadas para cada caso. A forma, a velocidade e os meios de imposição variaram de acordo com as peculiaridades locais.¹¹²

¹⁰⁶ 349 U.S. 294 (1955).

¹⁰⁷ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294, 299 (1955).

¹⁰⁸ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294, 300 (1955).

¹⁰⁹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294, 301 (1955).

¹¹⁰ SCHLANGER, Margo. Civil rights injunction over time. *New York University Law Review*, v. 81, n. 2, p. 550-630, mai. 2006, p. 552.

¹¹¹ WEAVER, Russell L. The rise and decline of structural injunctions. *San Diego Law Review*, v. 41, p. 1617-1632, mar. 2004, p. 1620.

¹¹² A heterogeneidade dos problemas e soluções pode ser inferida das diferenças entre as comunidades em que a decisão seria implementada. A variação populacional ia de meio milhão (Cincinnati, Ohio) a nove mil pessoas (Salem, New Jersey). O perfil das cidades variava desde capitais com forte base industrial (Indianapolis, Indiana) a pequenas comunidades com população transitória (Atlantic City, New Jersey); em algumas, a dessegregação

Logo ficou claro que qualquer um poderia demandar em juízo a dessegregação da sua escola.¹¹³ A dispersão geográfica das instituições violadoras não seria mais uma barreira à efetividade da decisão.¹¹⁴ Tampouco a magnitude da tarefa seria um empecilho. Brown mostrou a possibilidade de se promover judicialmente a conformação de uma instituição de grande porte aos valores constitucionais. Ao longo dos 20 anos seguintes, tornaram-se comuns ações buscando a adequação de prisões e sistemas penitenciários,¹¹⁵ hospitais psiquiátricos e políticas de saúde mental,¹¹⁶ políticas de habitação¹¹⁷ e de contratação por instituições públicas.¹¹⁸

É usual considerar *Brown II* o primeiro e mais emblemático caso de reforma estrutural.¹¹⁹ Nessa decisão, em que a Suprema Corte determinou a adoção de medidas flexíveis e diferidas no tempo para erradicar o sistema escolar dual baseado na cor da pele, encontram-se todas as características essenciais daquilo que se convencionou chamar *public interest litigation*: uma demanda multipolarizada; orientada para o futuro; formada por pretensões difusas; baseada em direitos fundamentais abstratos cujo conteúdo requer concreção; que visa à reforma global de uma instituição social; cuja implementação exige ações que se protraem no tempo; conduzida por juiz e partes em cooperação.¹²⁰

Se *Brown I* é paradigmático por seu conteúdo, *Brown II* o é pela forma. Pela primeira vez, o Judiciário assumiu o papel de agente de transformação social. Afastando-se de sua tradicional função restrita a declarar direitos, a Corte incumbiu-

envolveria também descendentes de imigrantes mexicanos. V. McKAY, Robert B. With all deliberate speed: a study of school desegregation. *New York University Law Review*, v. 31, n. 6, p. 991-1091, jun.1956, p. 1007.

¹¹³ V. *Cooper v. Aron*, 358 U.S. 1 (1958); *St. Helena Parish School Board v. Hall*, 368 U.S. 515 (1962); *McNeese v. Board of Education*, 373 U.S. 668 (1963); *Goss v. Board of Education*, 373 U.S. 683 (1963); *Griffin v. County School Board*, 377 U.S. 218 (1964); *Bradley v. School Board*, 382 U.S. 103 (1965); *Rogers v. Paul*, 382 U.S. 198 (1965).

¹¹⁴ SCHLANGER, Margo. Civil rights injunction over time. *New York University Law Review*, v. 81, n. 2, p. 550-630, mai. 2006, p. 552.

¹¹⁵ V. *Holt v. Sarver*, 300 F. Supp. 825 (E.D. Ark. 1969), 309 F. Supp 362 (E.D. Ark 1970), 442 F.2d 304 (8th Cir. 1971); *Taylor v. Perini*, 413 F. Supp. 189 (N.D. Ohio 1976); *Battle v. Anderson*, 376 F. Supp. 402 (E.D. Okla. 1974).

¹¹⁶ V. *Wyatt v. Stickney*, 334 F. Supp. 1341 (M.D. Ala 1971), 344 F. Supp. 373 (M.D. Ala. 1972); *Wyatt v. Aderholt*, 503 F.2d 1305 (5th Cir. 1974); *New York State Assoc. for Retarded Children v. Rockefeller*, 357 F. Supp. 752 (E.D.N.Y. 1973), *New York State Assoc. for Retarded Children v. Carey*, 393 F. Supp. 715 (E.D.N.Y. 1975).

¹¹⁷ V. *Gautreaux v. Chicago Housing Authority*, 296 F. Supp. 907 (N.D. Ill. 1969).

¹¹⁸ V. *Kirkland v. New York State Dept. of Correctional Servs.*, 374 F. Supp. 1361 (S.D.N.Y. 1974), 520 F.2d 420 (2d Cir. 1975).

¹¹⁹ TUSHNET, Mark. Public Law Litigation and the Ambiguities of Brown. *Fordham Law Review*, v. 61, n. 1, p. 23-28, out. 1992, p. 25.

¹²⁰ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, n. 7, mai. 1976, p. 1302.

se da tarefa de implementá-los. Mais que isso, a efetivação de *Brown I* necessariamente colocaria o Judiciário Federal em conflito com Legislativo e Executivo estaduais. Promover a dessegregação das escolas exigiria nada menos que criar um novo sistema de matrículas para estudantes; estabelecer novos critérios para a construção de escolas; rearranjar a distribuição de professores; revisar as rotas de ônibus escolares; redistribuir as verbas destinadas às escolas; redefinir o calendário de competições esportivas estudantis; desenvolver um novo sistema de monitoramento do desempenho dos estudantes; dentre outras atividades tradicionalmente atribuídas aos poderes eleitos.¹²¹

A política de segregação racial seria gradualmente superada nos anos seguintes, mas não sem fortes resistências fáticas¹²² e sérias impugnações jurídicas. A constitucionalidade e mesmo a eficácia de processos estruturais são assuntos dos mais controvertidos. Ao tradicional argumento do federalismo somou-se o argumento da separação de poderes: a reforma estrutural seria inconstitucional por usurpar poderes dos Estados e dos poderes eleitos.

1.9. O *Civil Rights Act* de 1964

Um importante marco na luta pela igualdade foi a aprovação, em 1964, de um novo *Civil Rights Act*. Essa não foi a primeira lei destinada a promover a igualdade (ou, ao menos, a reduzir a desigualdade) entre brancos e negros. O primeiro *Civil Rights Act* aprovado pelo Congresso data de 1866, quando foi necessária uma resposta aos *Black Codes*. Outros *Civil Rights Acts* foram promulgados em 1871, 1875, 1957 e 1960, e outros viriam após 1964.

A legislação de 1964, porém, destaca-se por ser a mais abrangente desde a Reconstrução.¹²³ Pela primeira vez, a segregação racial foi proibida legislativamente. Não apenas em escolas, mas em qualquer estabelecimento público ou privado aberto

¹²¹ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 3.

¹²² Talvez o episódio mais simbólico da resistência à reforma estrutural tenha sido aquele protagonizado por George Wallace, então Governador do Alabama. Na tentativa de impedir a entrada de dois estudantes negros, Vivian Malone e James Hood, admitidos na Alabama University por ordem judicial, Wallace colocou-se à porta da universidade, bloqueando fisicamente a entrada dos estudantes. O acontecimento foi televisionado e é de conhecimento público. As cenas podem ser facilmente encontradas *on line*.

¹²³ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 710.

ao público.

O *Civil Rights Act* de 1964 divide-se em onze temas. O título I exige igualdade na definição de requisitos para alistamento eleitoral; o título II proíbe discriminação em estabelecimentos abertos ao público; o título III proíbe segregação pelos governos locais; o IV proíbe diferenciações baseadas em cor, raça, religião ou origem nacional e dá ao *Attorney General*¹²⁴ legitimidade extraordinária para ajuizar ação em favor da dessegregação de escolas; o V trata de pormenores da Comissão de Direitos Civis; o VI condiciona o financiamento federal de programas estaduais à inexistência de normas discriminatórias; o VII proíbe discriminação no mercado de trabalho; o VIII exige a coleta de dados estatísticos sobre votos; o IX facilita a intervenção do *Attorney General* e o deslocamento de competência de *civil rights cases* da Justiça Estadual para a Justiça Federal; o título X estabelece um órgão com função de resolver potenciais conflitos decorrentes das políticas de dessegregação; e o título XI, finalmente, contém disposições finais diversas.

Não apenas o reconhecimento do direito material à igualdade faz do *Civil Rights Act* de 1964 uma lei marcante, mas também a criação de instrumentos processuais. Diversos mecanismos previstos ao longo dos onze títulos mostraram-se fundamentais para a promoção da igualdade e também para litígios estruturais como um todo.

O título II, por exemplo, autoriza expressamente a concessão de uma ordem mandamental ou executiva (*injunction*), permanente ou temporária, destinada a prevenir ou remover os efeitos da segregação racial; permite a conversão de uma ação individual em coletiva; dispensa o autor do pagamento de custas; e prevê o recebimento de verbas sucumbenciais pelo vencedor – uma norma excepcional no sistema norte-americano, em que, como regra geral, cada parte deve arcar com suas próprias custas.¹²⁵

¹²⁴ O *Attorney General* acumula funções que, no Brasil, estão pulverizadas entre o Advogado-Geral da União, o Ministro da Justiça e o Procurador-Geral da República.

¹²⁵ Seção 204. (a) Whenever any person has engaged or there are reasonable grounds to believe that any person is about to engage in any act or practice prohibited by section 203, a civil action for preventive relief, including an application for a permanent or temporary injunction, restraining order, or other order, may be instituted by the person aggrieved and, upon timely application, the court may, in its discretion, permit the Attorney General to intervene in such civil action if he certifies that the case is of general public importance. Upon application by the complainant and in such circumstances as the court may deem just, the court may appoint an attorney for such complainant and may authorize the commencement of the civil action without the payment of fees, costs, or security.

(b) In any action commenced pursuant to this title, the court, in its discretion, may allow the prevailing party, other than the United States, a reasonable attorney's fee as part of the costs, and the United States shall be liable for costs the same as a private person.

Nos títulos II e III há atribuição de legitimidade ao *Attorney General* para ajuizar ações coletivas destinadas a dessegregar locais privados¹²⁶ e públicos,¹²⁷ respectivamente. Os títulos IV e VII possuem normas semelhantes, porém destinadas a erradicar práticas discriminatórias em estabelecimentos escolares¹²⁸ e no mercado de trabalho.¹²⁹

Além da evidente facilitação do acesso à justiça, elemento comum a todas essas normas é a possibilidade de o juiz valer-se de ordens amplas, baseadas em critérios discricionários, destinados a combater não apenas um ato isolado, mas um padrão de conduta discriminatório. O *Civil Rights Act* forneceu respaldo legislativo a uma forma de atuação jurisdicional até então contestada por sua amplitude. A lei permitiu que o foco da atividade jurisdicional fosse direcionado a impedir a continuidade de uma prática, não a reparar ato isolado.¹³⁰

Não causa surpresa que a nova legislação tenha enfrentado percalços. Ainda durante a fase de processo legislativo, argumentou-se que a dessegregação de

¹²⁶ Seção 206. (a) Whenever the Attorney General has reasonable cause to believe that any person or group of persons is engaged in a pattern or practice of resistance to the full enjoyment of any of the rights secured by this title, and that the pattern or practice is of such a nature and is intended to deny the full exercise of the rights herein described, the Attorney General may bring a civil action in the appropriate district court of the United States by filing with it a complaint (1) signed by him (or in his absence the Acting Attorney General), (2) setting forth facts pertaining to such pattern or practice, and (3) requesting such preventive relief, including an application for a permanent or temporary injunction, restraining order or other order against the person or persons responsible for such pattern or practice, as he deems necessary to insure the full enjoyment of the rights herein described.

¹²⁷ Seção 301. (a) Whenever the Attorney General receives a complaint in writing signed by an individual to the effect that he is being deprived of or threatened with the loss of his right to the equal protection of the laws, on account of his race, color, religion, or national origin, by being denied equal utilization of any public facility which is owned, operated, or managed by or on behalf of any State or subdivision thereof, other than a public school or public college as defined in section 401 of title IV hereof, and the Attorney General believes the complaint is meritorious and certifies that the signer or signers of such complaint are unable, in his judgment, to initiate and maintain appropriate legal proceedings for relief and that the institution of an action will materially further the orderly progress of desegregation in public facilities, the Attorney General is authorized to institute for or in the name of the United States a civil action in any appropriate district court of the United States against such parties and for such relief as may be appropriate (...).

¹²⁸ Seção 407(a)(2). (...) [T]he Attorney General is authorized, after giving notice of (...) complaint to the appropriate school board or college authority and after certifying that he is satisfied that such board or authority has had a reasonable time to adjust the conditions alleged in such complaint, to institute for or in the name of the United States a civil action in any appropriate district court of the United States against such parties and for such relief as may be appropriate, and such court shall have and shall exercise jurisdiction of proceedings instituted pursuant to this section (...).

¹²⁹ Seção 707. (a) Whenever the Attorney General has reasonable cause to believe that any person or group of persons is engaged in a pattern or practice of resistance to the full enjoyment of any of the rights secured by this title, and that the pattern or practice is of such a nature and is intended to deny the full exercise of the rights herein described, the Attorney General may bring a civil action (...) requesting (...) relief, including an application for a permanent or temporary injunction, restraining order or other order against the person or persons responsible for such pattern or practice, as he deems necessary to insure the full enjoyment of the rights herein described.

¹³⁰ SANDERS, Barefoot. The Civil Rights Act of 1964. *Texas Bar Journal*, v. 27, n. 11, p. 931-1020, dez. 1964, p. 1017.

espaços públicos e privados causaria recessão no mercado; que seria materialmente inconstitucional por violação à liberdade de associação; e que seria formalmente inconstitucional por invadir competência legislativa dos Estados.¹³¹ Numa tentativa de dificultar a aprovação do projeto de lei, incluiu-se no título VII proibição à discriminação em razão do sexo, cláusula a que a bancada conservadora opunha-se massivamente.¹³²

A estratégia deu errado. A lei foi aprovada com a cláusula proibitiva de discriminação em razão do sexo. Mas a recepção do público ao *Civil Rights Act* foi no mínimo problemática. A tensão racial, já intensa, foi exacerbada. Houve inúmeros registros de desobediência civil: comerciantes recusavam-se a atender negros; consumidores brancos barravam a entrada de negros em estabelecimentos comerciais; autoridades públicas furtavam-se de aplicar a lei. Em Selma, no Alabama, uma passeata pacífica foi violentamente reprimida pela polícia estadual.¹³³

Apesar das adversidades, a lei mostrou-se eficaz. Ao contrário da previsão inicial, o mercado não entrou em recessão. As vendas do comércio aumentaram devido à expansão do número de consumidores.¹³⁴ As alegações de inconstitucionalidade material e formal, por sua vez, foram afastadas pela Suprema Corte.

Em *Heart of Atlanta Motel v. United States*¹³⁵, a Corte analisou se a recusa de um motel na Geórgia em hospedar negros seria legítima. O estabelecimento invocava o direito à autonomia privada como fundamento de sua recusa. Alegava também incompetência do ente federal: o Congresso não poderia legislar a respeito da matéria porque a 14ª Emenda proibia a discriminação pelos estados, não por entes privados. Essa, aliás, fora a conclusão da Corte anos antes, em *Cruikshank*.

A Suprema Corte, todavia, considerou a norma constitucional. Curiosamente,

¹³¹ Cf. LANDSBERG, Brian K. Public accommodations and the Civil Rights Act of 1964: a surprising success. *Hamline Journal of Public Law & Policy*, v. 36, n. 1, p. 1-25, 2015, p. 4-5.

¹³² A emenda foi incluída apenas duas horas antes da votação do projeto de lei. Ela foi proposta por Howard W. Smith, ferrenho opositor do *civil rights movement* e de movimentos feministas. Acreditava-se que a previsão de direitos iguais à mulher no mercado de trabalho levaria o Congresso a rejeitar o projeto de lei. BROWN, Paulette. The Civil Rights Act of 1964. *Washington University Law Review*, v. 92, n. 2, p. 527-552, 2014, p. 528; ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 3508-3510.

¹³³ LANDSBERG, Brian K. Public accommodations and the Civil Rights Act of 1964: a surprising success. *Hamline Journal of Public Law & Policy*, v. 36, n. 1, p. 1-25, 2015, p. 14-15.

¹³⁴ LANDSBERG, Brian K. Public accommodations and the Civil Rights Act of 1964: a surprising success. *Hamline Journal of Public Law & Policy*, v. 36, n. 1, p. 1-25, 2015, p. 18-19.

¹³⁵ 379 U.S. 241 (1964).

para o tribunal, a lei configurava válido exercício da competência do Congresso para legislar sobre comércio interestadual.¹³⁶ A recusa de estabelecimentos privados em atender a população negra, para a Corte, teria efeito direto sobre a circulação de bens, mercadorias e pessoas. A autonomia privada continuava preservada, desde que não prejudicasse o comércio interestadual.¹³⁷

Na mesma tarde, a Suprema Corte julgou *Katzenbach v. McClung*.¹³⁸ Nesse caso, um pequeno restaurante familiar no Alabama recusava-se a servir negros no estabelecimento, embora eles pudessem retirar seus pedidos no balcão. O tribunal aplicou a mesma *ratio*: a proibição de discriminar, prevista em lei federal, era válida, porquanto fundada no poder do Congresso de regular o comércio interestadual. Paradoxalmente, a mais importante e mais abrangente lei sobre igualdade racial nos Estados Unidos não foi considerada constitucional por promover a igualdade, mas por remover “uma restrição artificial ao mercado, [que] interfere no fluxo de mercadorias”.¹³⁹

Além de impulsionar o cumprimento de *Brown* e de expandir a dessegregação racial a outros espaços públicos e privados, o *Civil Rights Act* de 1964 mostrou-se fundamental também em outras áreas. O título II da lei serviu de base ao *Americans with Disabilities Act*,¹⁴⁰ lei de 1990 que, além de proibir discriminação contra pessoas com deficiência, exige que locais abertos ao público forneçam acomodações adaptadas às necessidades especiais desses consumidores.¹⁴¹ O título VII, por sua vez, fundamentou milhares de ações judiciais contra a discriminação de gênero. Embora os resultados tenham sido variados, estudos demonstram que o *Civil Rights*

¹³⁶ O título II do *Civil Rights Act* de 1964 estabelece que “all persons shall be entitled to the full and equal enjoyment of the goods, services, (...) and accommodations of any place of public accommodation (...) without discrimination or segregation on the ground of race, color, religion, or national origin.” A lei definia “place of public accommodation” como aqueles cujas “operações afetam o comércio”.

¹³⁷ De acordo com a Corte, “the power of Congress to promote interstate commerce also includes the power to regulate the local incidents thereof, including local activities in both the States of origin and destination, which might have a substantial and harmful effect upon that commerce. One need only examine the evidence [to] see that Congress may [prohibit] racial discrimination by motels serving travelers, however ‘local’ their operations may appear.” *Heart of Atlanta Motel v. United States*. 379 U.S. 241 (1964).

¹³⁸ 379 U.S. 294 (1964). Nicholas Katzenbach era *Attorney General* e nessa condição ajuizou a demanda. Curiosamente, Katzenbach figurou em outro evento marcante: o confronto com o então Governador do Alabama, George Wallace, que, em 11 de junho de 1963, prostrou-se à porta da Universidade do Alabama para impedir a entrada de dois estudantes negros.

¹³⁹ *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294, 299-300 (1964).

¹⁴⁰ 42 U.S.C. § 301.

¹⁴¹ LANDSBERG, Brian K. Public accommodations and the Civil Rights Act of 1964: a surprising success. *Hamline Journal of Public Law & Policy*, v. 36, n. 1, p. 1-25, 2015, p. 24.

Act ajudou a reduzir a distância entre os pagamentos de homens e mulheres em funções similares.¹⁴² Atualmente, debate-se a aplicação do título VII a casos envolvendo orientação sexual,¹⁴³ estereotipia¹⁴⁴ e identidade de gênero.¹⁴⁵ Não por acaso, o primeiro caso de discriminação transexual julgado por uma corte de apelação nos Estados Unidos foi baseado no título VII do *Civil Rights Act*.¹⁴⁶

A legislação de 1964 também reverberou no processo civil. As diversas disposições autorizando o juiz a expedir ordens amplas, destinadas a reformar práticas e padrões de conduta institucionais, estenderam o poder dos juízes. Até então, a *injunction* mais comum em litígios relacionados a relações de emprego era a ordem de (re)contratar. O *Civil Rights Act* ampliou o escopo da ordem, permitindo a emissão de *injunctions* capazes de alterar práticas discriminatórias, reformar políticas de contratação e promoção e, assim, extirpar as causas do conflito.¹⁴⁷

Mas a repercussão mais relevante no processo foi a completa reformulação da Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, que regula as ações coletivas no direito norte-americano: as *class actions*.

1.10. O nascimento das *class actions* contemporâneas

Dois anos após a aprovação do *Civil Rights Act*, diversas normas das *Federal Rules of Civil Procedure* foram reformadas. Essas normas eram aplicadas de forma rígida, inflexível e limitante, contrariando o intuito liberal que motivara sua criação. O pacote buscava reduzir o formalismo e facilitar a dedução de demandas em juízo. As mudanças mais notáveis envolveram a regra 18, que disciplina a cumulação de ações; a regra 19, que versa sobre litisconsórcio necessário; a regra 20, que regula o litisconsórcio facultativo; a regra 24, que trata de intervenção de terceiros; e a regra 23, que prevê as *class actions*. Todas essas regras foram reescritas para eliminar

¹⁴² ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 3193-3194.

¹⁴³ LANDSBERG, Brian K. Public accommodations and the Civil Rights Act of 1964: a surprising success. *Hamline Journal of Public Law & Policy*, v. 36, n. 1, p. 1-25, 2015, p. 24-25.

¹⁴⁴ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989).

¹⁴⁵ *DeSantis v. Pacific Telephone & Telegraph Co.*, 608 F.2d 327 (9th Cir. 2001); *Schroer v. Billington*, 577 F. Supp. 2d 293 (D.D.C. 2008); V. BROWN, Paulette. The Civil Rights Act of 1964. *Washington University Law Review*, v. 92, n. 2, p. 527-552, 2014, p. 528 e 547.

¹⁴⁶ *Holloway v. Arthur Andersen & Co.*, 566 F. 2d 659 (9th Cir. 1977).

¹⁴⁷ Note, Enforcement of fair employment under the Civil Rights Act of 1964 (comments). *University of Chicago Law Review*, v. 32, n. 3, p. 430-470, primavera de 1965, p. 455.

ambiguidades, linguagem vaga ou categorias rígidas que dificultassem a cumulação de ações num só processo. A intenção da reforma era tornar o processo mais flexível.¹⁴⁸

A peça-chave da reforma foi a mudança da regra 23.¹⁴⁹ A norma original, promulgada em 1937 e vigente a partir do ano seguinte, estabelecia três modalidades de *class actions*. Todas elas eram definidas em termos abstratos e exigiam a impraticabilidade de litisconsórcio entre todos os membros do grupo.¹⁵⁰ Cada espécie de *class action* seguia um procedimento próprio e era regido por regras diversas de coisa julgada.¹⁵¹

De acordo com a regra 23(a)(1) original, uma *class action* seria admissível se o direito discutido em juízo tivesse uma natureza “comum” a toda a classe. Por serem direitos compartilhados por todos os membros do grupo, o litisconsórcio de todos seria necessário. Mas, por ser impraticável a participação de toda a classe no processo, um representante poderia ajuizar (ou responder) a ação em nome de toda a coletividade. Por versar sobre direitos pertencentes a todo o grupo (transindividuais, de acordo com o termo que se adotou posteriormente no direito brasileiro), esse motivo, tornou-se conhecida como a “verdadeira” ação coletiva.

A regra 23(a)(2), por sua vez, autorizava o ajuizamento de uma *class action* se os inúmeros direitos discutidos, embora individuais, repercutissem sobre um patrimônio limitado, como um fundo. Não seria o caso, aqui, de direitos de grupo, mas de direitos individuais cuja discussão somente se poderia travar coletivamente, sob pena de prejudicar os membros ausentes. Essa modalidade de ação tornou-se conhecida como *class action* “híbrida”. Afinal, versava sobre direitos individuais cujo julgamento impactaria um patrimônio coletivo.

A regra 23(a)(3), finalmente, possibilitava o ajuizamento de uma ação coletiva

¹⁴⁸ MULLENIX, Linda S. Resolving aggregate mass tort litigation: the new private law dispute resolution paradigm. *Valparaiso University Law Review*, v. 33, n. 2, p. 413-448, primavera de 1999, p. 418-419.

¹⁴⁹ MULLENIX, Linda S. Resolving aggregate mass tort litigation: the new private law dispute resolution paradigm. *Valparaiso University Law Review*, v. 33, n. 2, p. 413-448, primavera de 1999, p. 420.

¹⁵⁰ Regra 23: “If persons constituting a class are so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, (...) one or more (...) may, on behalf of all, sue or be sued, when the character of the right (...) is

(1) joint, or common (...);

(2) several, and the object of the action is the adjudication of claims which do or may affect specific property involved in the action; or

(3) several, and there is a common question of law or fact affecting the several rights and a common relief is sought”.

¹⁵¹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 48.

quando, a despeito de os direitos serem individuais, houvesse uma questão de fato ou de direito comum a todos eles e a forma de tutela pudesse ser homogênea. Neste caso, direitos individuais seriam tratados coletivamente unicamente em razão da conveniência para o processo. Essa modalidade tornou-se conhecida como “falsa” *class action*.

Essa divisão provou-se demasiadamente confusa para as cortes americanas, pouco afeitas ao conceitualismo.¹⁵² Em 1966, as definições abstratas foram substituídas por descrições pragmáticas.¹⁵³ As espécies de *class actions* passaram a ser descritas em termos concretos. Seu regime jurídico também foi significativamente modificado.

A regra 23(b)(1)(A), em sua nova redação, permite o ajuizamento de ação coletiva quando o julgamento de inúmeras ações individuais criar risco de impor à parte oposta à classe padrões de conduta incoerentes. A regra 23(b)(1)(B), por sua vez, autoriza o processamento coletivo de ações em que se discuta direito incidente sobre um fundo limitado. A regra 23(b)(3), a seu turno, permite o ajuizamento de uma *class action* para reparação de danos sempre que ela for superior ao ajuizamento de inúmeras ações individuais. A regra fornece critérios para aferição da superioridade.¹⁵⁴

Os novos conceitos, mais compreensíveis, mais amplos e mais funcionais que os antigos,¹⁵⁵ substituíram as antigas definições vagas e limitantes. É lugar-comum, hoje, afirmar que não há correlação entre as antigas formas de *class actions* e as novas.¹⁵⁶

¹⁵² BRIFFAULT, Richard. Class Actions. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1318-1644, mai. 1976, p. 1321.

¹⁵³ WRIGHT, Charles. Class Actions. *Federal Rules Decisions*, v. 47, p. 169-185, 1970, p. 174.

¹⁵⁴ Regra 23(b): “Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

(1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or

(B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications (...);

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

(A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;

(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;

(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and

(D) the likely difficulties in managing a class action”.

¹⁵⁵ Cf. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 57.

¹⁵⁶ WRIGHT, Charles. Class Actions. *Federal Rules Decisions*, v. 47, p. 169-185, 1970, p. 174.

Além de reformar as antigas espécies de *class actions* e de aperfeiçoar seu funcionamento, a reforma de 1966 criou ainda uma inédita quarta categoria, prevista na regra 23(b)(2): as *injunctive* e as *declaratory class actions*.

De acordo com essa norma, admite-se o ajuizamento de uma ação coletiva quando a parte contrária ao grupo agiu com base num fundamento extensível a toda a classe, de modo que a tutela adequada só pode ser obtida por meio de uma ordem (*injunction*) ou declaração. Daí os nomes pelos quais essa espécie de *class action* tornou-se conhecida.

As notas do Comitê de Revisão deixam claro que a modalidade descrita na regra 23(b)(2) era fruto do movimento pelos direitos civis.¹⁵⁷ Não apenas a descrição da espécie de *class action* tem ligação íntima com o direito material à igualdade, mas também a forma de tutela buscou consolidar a precedência da tutela específica sobre a reparação pelo equivalente pecuniário, estabelecida dois anos antes pelo *Civil Rights Act*.¹⁵⁸

A nova regra 23(b)(2) teve repercussão significativa. A despeito do objetivo explícito de criar um meio de tutela adequada para os direitos civis, sua aplicação não se esgota nesse tema.¹⁵⁹ Ações ambientais, antitruste, de patente, de valores mobiliários e declaratórias de inconstitucionalidade são exemplos comuns *injunctive* ou *declaratory class actions*. Até os anos 1970, esses foram os tipos de *class action* mais populares nos Estados Unidos.¹⁶⁰

A reforma 1966 marcou uma convergência única entre processo e substância. Ao mesmo tempo em que o Congresso reconhecia novos direitos materiais, as *Federal Rules of Civil Procedure* eram emendadas para facilitar e ampliar o acesso à

¹⁵⁷ “Illustrative are various actions in the civil-rights field where a party is charged with discriminating unlawfully against a class, usually one whose members are incapable of specific enumeration”. *Notes of Advisory Committee on Rules - 1966 Amendment*.

¹⁵⁸ Defendendo a primazia da tutela específica sobre a tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário, v. FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington/London: Indiana University Press, 1978, p. 86 e ss. Essa primazia, todavia, não se consolidou na prática, conforme será visto adiante.

¹⁵⁹ “Subdivision (b)(2) is not limited to civil-rights cases. Thus an action looking to specific or declaratory relief could be brought by a numerous class of purchasers, say retailers of a given description, against a seller alleged to have undertaken to sell to that class at prices higher than those set for other purchasers, say retailers of another description, when the applicable law forbids such a pricing differential. So also a patentee of a machine, charged with selling or licensing the machine on condition that purchasers or licensees also purchase or obtain licenses to use an ancillary unpatented machine, could be sued on a class basis by a numerous group of purchasers or licensees, or by a numerous group of competing sellers or licensors of the unpatented machine, to test the legality of the ‘tying’ condition”. *Notes of Advisory Committee on Rules - 1966 Amendment*.

¹⁶⁰ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 155.

justiça. A completa reconfiguração das *class actions* encorajou o ajuizamento de demandas complexas. Até 1966, não existia um conjunto relevante de decisões coletivas. Afinal, processos coletivos não eram uma parte relevante do acervo jurisdicional. A regra 23 original, de difícil aplicação e interpretação, desestimulava o ajuizamento de *class actions*. A reforma de 1966 mudou drasticamente esse panorama. Mais que facilitar o acesso à justiça, a reforma foi praticamente um convite à judicialização de litígios complexos.¹⁶¹ Prova disso foi o impressionante aumento no número de *class actions* ajuizadas após a reforma. De acordo com relatório de 1972, o número de ações coletivas propostas quadruplicou em cinco anos de vigência da norma.¹⁶²

Essa confluência de fatores foi especialmente benéfica à reforma estrutural. A sinergia entre processo e substância mostrou-se prolífica. Ao prever uma espécie de ação coletiva destinada especificamente a fazer cessar violações reiteradas a direitos de um grupo, a nova regra 23(b)(2) legitimou definitivamente a reforma estrutural.

Se o *Civil Rights Act* legitimou a emissão de *injunctions* amplas, destinadas a alterar práticas discriminatórias, a nova regra 23 ampliou o papel do Judiciário ao autorizar a tutela coletiva por meio de ordens mandamentais ou executivas atipicamente, sempre que essa forma de tutela fosse superior à decisão condenatória. Embora nem toda *class action* fundada na regra 23(b)(2) seja estrutural, todas as *class actions* estruturais ajuizadas desde então fundamentaram-se no artigo 23(b)(2).

Na prática, a *injunctive class action* criada em 1966 desvinculou a reforma estrutural dos litígios estritamente ligados ao movimento pelos direitos civis.¹⁶³ A demonstração de um padrão ou prática disseminada, violadora de direitos de membros de um grupo, seria suficiente para autorizar o ajuizamento de uma ação coletiva.¹⁶⁴ A criação desse dispositivo tornou indiscutível a possibilidade de tutelar coletivamente práticas discriminatórias. Afinal, não se exige que cada membro do

¹⁶¹ MULLENIX, Linda S. p. 418-419. Resolving aggregate mass tort litigation: the new private law dispute resolution paradigm. *Valparaiso University Law Review*, v. 33, n. 2, p. 413-448, primavera de 1999, p. 418-419.

¹⁶² GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 60-64.

¹⁶³ Em 1996, os litígios sobre *civil rights* representavam 50% das *injunctive class actions* em tramitação em quatro subseções federais. O número demonstra que, embora essa modalidade de ação coletiva tenha utilizado os litígios sobre *civil rights* como protótipo, a regra não se limitou a regular esse tipo de demanda. V. WILLGING, Thomas E.; HOOPER, Laural L.; NIEMIC, Robert J. *Empirical study of class actions in four federal district courts: final report to the Advisory Committee on Civil Rules*. Washington, DC: Federal Judicial Center, 1996, p. 21.

¹⁶⁴ *Walters v. Reno*, 145 F.3d 1032 (9th Cir. 1998).

grupo tenha sido prejudicado. A discriminação contra uma pessoa em razão da cor da sua pele é, a rigor, uma discriminação contra todas as pessoas que possuem a mesma característica.¹⁶⁵ Se o critério é aplicável ao grupo como um todo, admite-se o ajuizamento da *class action* para proteção de todo o grupo contra discriminação atual e futura.¹⁶⁶

A discussão coletiva de um padrão de conduta apresenta uma nítida vantagem frente à sua discussão individual: a comprovação de um ato ilegal pode ser difícil ou mesmo impossível num caso particular, mas fácil quando se identifica um padrão. Isso é especialmente verdadeiro quando se analisam práticas discriminatórias. Comprovar uma discriminação pessoal depende da difícil prova do dolo. Já a comprovação de uma prática discriminatória pode ser evidenciada estatisticamente. A identificação de um padrão de conduta pode trazer à tona discriminações ocultas.¹⁶⁷

A nova regra 23 não apenas inaugurou as *class actions* contemporâneas. Ela também criou um ambiente jurídico favorável ao florescimento da reforma estrutural. Não por acaso, as décadas de 1970 e 1980 foram marcadas pela intensa participação do Judiciário na tarefa de reformular instituições de grande porte para eliminar práticas violadoras de direitos de grupos e conformá-las ao direito. Nos anos 1980, mais de 600 distritos escolares eram controlados por juízes por meio de ações coletivas.¹⁶⁸ O distrito de Topeka, réu em *Brown*, permaneceu sob supervisão judicial por mais de 30 anos.¹⁶⁹ Dos 50 Estados norte-americanos, 41 tinham seus sistemas penitenciários sob reforma judicial.¹⁷⁰ Mais de 270 cadeias estavam sujeitas a ordens de reestruturação.¹⁷¹ Sem exagero, Linda Mullenix chama o período de 1966 a 1976 de “década da grande *injunctive class action* prevista na regra 23(b)(2).¹⁷²

¹⁶⁵ *Hall v. Werthan Bag Corp.*, 251 F.Supp. 184, 186 (MD Tenn.1966); *East Texas Motor Freight Sys., Inc. v. Rodriguez*, 431 U.S. 395, 405 (1977); *General Tel. Co. v. Falcon*, 457 U.S. 147, 157 (1982): "we cannot disagree with the proposition (...) that racial discrimination is by definition class discrimination".

¹⁶⁶ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 155.

¹⁶⁷ MORRISON, Angela. Duke-ing out pattern or practice after Wal-Mart: the EEOC as fist. *American University Law Review*, v. 63, n. 1, p. 87-156, out. 2013, p. 91.

¹⁶⁸ GILLESPIE, Nora. Charter remedies: the structural injunction. *Advocates' Quarterly*, v. 11, n. 2, p. 190-221, fev. 1990, p. 196.

¹⁶⁹ GILLESPIE, Nora. Charter remedies: the structural injunction. *Advocates' Quarterly*, v. 11, n. 2, p. 190-221, fev. 1990, p. 196.

¹⁷⁰ STURM, Susan. The legacy and future of corrections litigation. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 142, n. 2, dez. 1993, p. 641.

¹⁷¹ NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 7, n. 2, p. 395-412, outono de 1984, p. 396.

¹⁷² MULLENIX, Linda S. p. 418-419. Resolving aggregate mass tort litigation: the new private law dispute resolution paradigm. *Valparaiso University Law Review*, v. 33, n. 2, p. 413-448, primavera de 1999, p. 421.

Isso não significa que o uso de *class actions* estruturais tenha se banalizado. A despeito de as reformas de 1964 e 1966 terem facilitado seu uso, a emissão de *injunctions* estruturais permaneceu uma medida subsidiária, o último recurso a ser utilizado contra a reiterada violação de direitos e a resistência do réu a modificar sua atitude. Na prática, a reforma estrutural só se tornou uma realidade quando nenhum outro meio menos intrusivo se provou eficaz.¹⁷³

O relevante período histórico que começa em *Brown* fornece um rico material para estudo. Os casos decididos e as medidas implementadas nessa época permitem entrever erros e acertos, protagonismo e distanciamento, ascensão e queda. A experiência norte-americana revela um Judiciário tateando em busca de um caminho a seguir, um Executivo atônito e um Legislativo oscilante entre a cooperação e avocação de poder. Esse acervo de casos permite compreender o que são litígios estruturais, quais suas características essenciais, seus impactos no processo e na relação entre poderes e suas principais deficiências. Permite também identificar as medidas mais eficazes diante de um réu recalcitrante e das limitações jurisdicionais.

¹⁷³ GILLESPIE, Nora. Charter remedies: the structural injunction. *Advocates' Quarterly*, v. 11, n. 2, p. 190-221, fev. 1990, p. 198.

2. O POLICENTRISMO NO PROCESSO

2.1. Problemas policêntricos

The Logic of Liberty é uma contundente defesa da liberdade. Na obra, publicada originalmente em 1951, Michael Polanyi argumenta que o conhecimento só pode se desenvolver num ambiente livre. A ingerência estatal, em vez de canalizar recursos e encurtar caminhos, substitui a autoridade da ciência pela autoridade do Estado. Argumentos científicos dão lugar a argumentos ideológicos.¹⁷⁴

O dirigismo, segundo o autor, contamina a ciência. No regime nazista, isso aconteceu pela substituição desonesta de premissas científicas por valores partidários. No governo soviético, pela adoção ingênua de linhas de pesquisa oficiais que calaram o dissenso.¹⁷⁵ Bem-intencionada ou não, a intervenção estatal suprime a auto-organização e interdependência essenciais à construção do conhecimento. Para atingir seus objetivos, a comunidade científica deve manter-se livre, autônoma, policêntrica.¹⁷⁶

Sem um centro de comando, cada cientista dispõe de liberdade para definir seu objetivo, eleger seu método e publicar suas conclusões. O conhecimento é formado por incontáveis contribuições individuais, frequentemente em sentidos opostos. Mas o caos é apenas aparente. Os esforços pessoais não se dissipam numa miríade de direções. Eles convergem para um mesmo objetivo: a construção da verdade científica. O crédito atribuído a quem primeiro divulga uma descoberta incentiva a publicação de resultados tão logo eles sejam comprovados. Em contrapartida, a perda de credibilidade decorrente de conclusões apressadas freia o ímpeto de publicar descobertas prematuras. Assim, num ambiente ao mesmo tempo competitivo, consultivo e persuasivo, a ciência se organiza numa ordem espontânea.¹⁷⁷

Polanyi aplica a mesma análise à economia. Assim como a ciência, o mercado é um sistema policêntrico. Trata-se de uma ordem formada por inúmeros atores autônomos, cuja interação provoca mudanças de comportamento recíprocas. Cada agente constantemente ajusta seu comportamento às decisões dos demais. A decisão

¹⁷⁴ POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 39.

¹⁷⁵ POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 37-38.

¹⁷⁶ POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 52.

¹⁷⁷ POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 88-89.

de consumir ou não determinado bem, por exemplo, é afetada pelo seu preço, ao mesmo tempo em que o afeta. A variação no preço do bem, por sua vez, impacta margens de lucro, planos de expansão, a entrada de novos concorrentes no mercado, a viabilidade de pesquisas para tornarem aquele produto mais eficiente, o estoque de matéria-prima, empregos indiretos e assim por diante, numa enumeração que tende ao infinito.¹⁷⁸

Um sistema socialista tenta atingir o ponto ótimo mais rapidamente que o mercado por meio da planificação da economia. Para tanto, substitui o método de tentativa-e-erro pelo de comando-e-controle. Seria de se esperar que, devido à maior eficiência, economias planificadas apresentassem crescimento maior e mais rápido que livres mercados. Não é isso o que se tem verificado na história. A demanda não pode ser definida por um agente externo. Preferências são subjetivas. Além disso, uma autoridade central é incapaz de gerenciar a quantidade de informação necessária para governar um sistema tão complexo como mercado.¹⁷⁹

Assim como o progresso científico não pode ser guiado por uma autoridade, tampouco o crescimento econômico pode ser obtido por meio de uma estratégia centralizadora.¹⁸⁰ Ciência e mercado são ordens espontâneas, baseadas num sistema de ajustes mútuos constantes.¹⁸¹

Embora Polanyi não ofereça um conceito de policentrismo, suas descrições matemáticas e exemplos concretos deixam pouco espaço para dúvida. Trata-se, em essência, de uma ordem social composta por múltiplos centros de decisão autônomos e interdependentes, operando sob um mesmo conjunto de normas e com repercussões de difícil previsão.¹⁸² As decisões tomadas por um centro repercutem sobre os demais, que, por sua vez, se ajustam e geram novas complexidades.¹⁸³

O conceito não varia significativamente entre os diversos autores que,

¹⁷⁸ POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 66.

¹⁷⁹ ALIGICA, Paul D; TARKO, Vlad. Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 25, n. 2, p. 237-262, abr. 2012, p. 238-239.

¹⁸⁰ O autor não defende, todavia, o *laissez-faire*. Para ele, o absentismo estatal seria o erro oposto à planificação. Embora advogue a liberdade científica e econômica, Polanyi defende a possibilidade de o Estado regular a economia para corrigir distorções como o comportamento abusivo e anticompetitivo. Sua posição intermediária fica evidente quando afirma que o Estado deve “canalizar, corrigir e suplementar as forças do mercado”, não tomar seu lugar. POLANYI, Michael. *The Logic of Liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 99.

¹⁸¹ POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 66, 87 91.

¹⁸² POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 94.

¹⁸³ ALIGICA, Paul D; TARKO, Vlad. Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 25, n. 2, p. 237-262, abr. 2012, p. 237.

posteriormente, o adotaram. Vincent Ostrom, Charles Tiebout e Robert Warren, em 1961, definiram policentrismo como “muitos centros de decisão formalmente independentes uns dos outros”, cujas interações podem ser competitivas ou cooperativas.¹⁸⁴ Robert Bone, por sua vez, define tarefas policêntricas como aquelas que requerem a coordenação de variáveis interativas. Mais precisamente, afirma o autor, “o que torna policêntrica uma tarefa é que nenhuma das variáveis críticas pode ser determinada exogenamente”. A escolha de um valor para uma variável afeta o valor das demais. É impossível fixar um valor para uma variável (X) e, então, buscar os valores ótimos para (Y) e (Z), pois a escolha de valores para (Y) e (Z) pode alterar o valor inicial de (X); que, por sua vez, modificará os valores de (Y) e (Z), e assim sucessivamente.¹⁸⁵

Nos dez ensaios que compõem seu livro, Polanyi demonstra que ciência e economia pressupõem liberdade para funcionar adequadamente. Mas sugere que outras áreas compartilham as mesmas características: as artes, a religião e o direito. Em comum a todas elas, a convergência a um ideal abstrato (a beleza, a verdade transcendental ou a justiça) e a auto-organização policêntrica.¹⁸⁶

O autor não desenvolve essas ideias com profundidade. Limita-se a ilustrá-las com exemplos. O direito, especificamente, seria policêntrico porque o julgador pode escolher uma dentre várias soluções possíveis. Sua decisão pode ser guiada primordialmente por uma lei, ou por um precedente, ou por equidade, ou mesmo por conveniência. A opção por um ou outro caminho, por sua vez, sofre influência das tendências doutrinárias, da jurisprudência dominante ou dos anseios sociais. A sentença, como produto final, não é mero fruto do sistema jurídico, mas também fonte do direito. A nova decisão torna-se precedente. Ela guiará casos futuros. O direito é, a um só tempo, contexto e resultado – que altera o contexto, que alterará o resultado,

¹⁸⁴ OSTROM, Vincent; TIEBOUT, Charles; WARREN, Robert. The organization of government in metropolitan areas: a theoretical inquiry. *American Political Science Review*, v. 55, n. 4, p. 831–842, dez. 1961, p. 831-832. Anos mais tarde, o mesmo Vincent Ostrom definiu ordem policêntrica como “aquela em que muitos elementos são capazes de fazer ajustes mútuos para ordenar suas relações dentro de um sistema geral de regras, em que cada elemento age independentemente dos demais”. OSTROM, Vincent. Polycentricity—Part 1. In MCGINNIS, Michael (ed.) *Polycentricity and Local Public Economies*. Ann Arbor: University of Michigan Press, p. 52–74, 1999, p. 57.

¹⁸⁵ BONE, Robert G. Lon Fuller’s theory of adjudication and the false dichotomy between dispute resolution and public law models of litigation. *Boston University Law Review*, v. 75, n. 5, p. 1273-1324, nov. 1995, p. 1314.

¹⁸⁶ PROSCH, Harry. *Michael Polanyi: A Critical Exposition*. Albany: State University of New York Press, 1986, p. 177-178; ALIGICA, Paul D; TARKO, Vlad. Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 25, n. 2, p. 237-262, abr. 2012, p. 238.

e assim infinitamente. Os operadores do direito ajustarão suas condutas à decisão. E assim o direito se reproduz, numa ordem policêntrica que tende à auto-organização.¹⁸⁷

2.2. A tragédia dos comuns

O impacto da obra de Polanyi foi enorme. A ideia de sistemas policêntricos, por exemplo, foi adotada por Vincent e Elinor Ostrom na economia. E permitiu aos autores a construção de uma solução alternativa à chamada "tragédia dos comuns".

Essa expressão é empregada nas ciências sociais para explicar o paradoxo entre interesses individuais e bem comum na gestão de recursos finitos. Enquanto o interesse coletivo consiste na preservação de determinados bens para renovação dos frutos, o maior ganho individual está na máxima exploração.

Embora tenha sido cunhado por William Forster Lloyd em 1833,¹⁸⁸ o termo "tragédia dos comuns" foi popularizado por Garrett Hardin. Em artigo publicado em 1968 na revista *Nature*, Hardin ilustrou o problema com o dilema dos pastores: num campo comunitário, o interesse geral é a preservação da pastagem, para que todos possam continuar alimentando seus animais. Mas cada criador tem interesse em maximizar seus ganhos individuais e aumentar seu rebanho. Na esfera individual, isso aumenta significativamente a utilidade a um custo baixíssimo: uma pequena quantidade extra de capim, que será dividida entre todos os pastores. Obviamente, se todos seguirem essa lógica, em poucos meses o pasto estará exaurido.¹⁸⁹

Ganho individualizado, custo socializado. Eis a tragédia. Não num sentido de infelicidade, mas de inevitabilidade.¹⁹⁰ A racionalidade individual é incompatível com a limitação dos bens comuns. O comportamento racionalmente mais vantajoso para o indivíduo leva à ruína de todos, num processo que a mão invisível do mercado é incapaz de corrigir, justamente por pressupor que as melhores decisões individuais são as melhores decisões para a sociedade.¹⁹¹

O dilema dos pastores, como parece evidente, é apenas uma metáfora para

¹⁸⁷ POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 88.

¹⁸⁸ LLOYD, William Forster. *Two lectures on the checks to population*. Oxford: Oxford University, 1833. Disponível em <https://archive.org/details/twolecturesonch00lloygoog>. Acesso em 19/07/2018.

¹⁸⁹ HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, n., v. 162, p. 1243-1248, 1968, p. 1244.

¹⁹⁰ HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, n., v. 162, p. 1243-1248, 1968, p. 1244.

¹⁹¹ HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, n., v. 162, p. 1243-1248, 1968, p. 1244.

um mecanismo muito maior. O próprio Hardin a utilizou para representar o incentivo individual à poluição e ao crescimento populacional.¹⁹² O mecanismo já foi utilizado para descrever questões aparentemente tão díspares quanto a fome saariana, a chuva ácida, o crime urbano e a incapacidade de legisladores limitarem os gastos públicos. Subjacente a cada um desses problemas está o descompasso entre a lógica individual e a lógica coletiva na gestão de bens comuns limitados.¹⁹³

Tradicionalmente, dois modelos antagônicos são apontados como solução à tragédia dos comuns. De um lado, a estatização. De outro, a privatização. Ambas as correntes compartilham a mesma premissa: a preservação do patrimônio comum dependeria da existência de um único centro decisório. Quem defende a estatização vê no Estado o titular dos bens comuns, a quem compete gerenciá-los e preservá-los – se necessário, utilizando o monopólio da força. Já quem defende a privatização enxerga na iniciativa privada um gestor mais eficiente dos bens comuns, interessado em preservá-los para perpetuar sua exploração.¹⁹⁴

Os dois modelos possuem inconsistências. De um lado, presume-se que o Estado teria informações suficientes para estabelecer uma política correta de uso e fiscalizar sua aplicação. O custo para obtenção desses dados e para fiscalizar o cumprimento das normas, contudo, é ignorado. A possibilidade de o Estado estabelecer uma política tendenciosa, ou de aplicá-la de modo corrupto, tampouco é levada em consideração. Olvidam-se ainda a possível insensibilidade de um gestor estatal às realidades locais, ou a dificuldade de o poder público se adaptar rapidamente a uma realidade mutável. De outra parte, a proposta de privatização passa ao largo de questões como a desigualdade de recursos naturais em terrenos vizinhos, os custos da produção para cada indivíduo, a tendência ao monopólio e a inaptidão desse modelo para ecossistemas como a pesca, por exemplo, em que os bens comuns se deslocam no espaço.¹⁹⁵

A partir da teoria dos jogos, é possível criar arranjos normativos capazes de incentivar a conduta desejada, tornar mais custosa a conduta reprovada, facilitar a

¹⁹² HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, n., v. 162, p. 1243-1248, 1968, p. 1245-1246.

¹⁹³ OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 3.

¹⁹⁴ OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 8-13.

¹⁹⁵ OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 8-13.

obtenção de informações, criar incertezas, dentre outros mecanismos. Inúmeros arranjos são possíveis para que se obtenha cooperação. Um deles consiste na inserção de um terceiro imparcial na relação entre as partes. Sua função é não apenas impor as regras do jogo, mas também criar certezas e incertezas. A presença desse terceiro estimula as partes à fiscalização mútua. Essa pode ser uma boa maneira de obter informações. Quanto mais informada a decisão, maior a certeza de sua correção. No sentido oposto, a presença de um terceiro com poder de decidir impõe às partes uma incerteza, na medida em que elas podem perder a prerrogativa de autorregramento. Há, assim, um estímulo à cooperação.¹⁹⁶

Embora o raciocínio tenha sido desenvolvido a partir da administração de recursos naturais limitados, não é difícil transpô-lo ao direito. A teoria dos jogos é suficientemente abstrata para permitir raciocínio por analogia: problemas policêntricos encontram soluções adequadas em arranjos normativos policêntricos.

Ao aproveitar o conceito de policentrismo na economia política, os Ostrom propuseram uma terceira via. Sua robusta pesquisa empírica demonstrou que, a depender das características do bem ou serviço (policiamento, educação, gestão da água, exploração de madeira, pesca, redução da emissão de gases, etc.) e das particularidades de cada comunidade, unidades menores e descentralizadas desempenham suas funções melhor e com menor custo.¹⁹⁷ Ou seja, arranjos institucionais policêntricos, formados por unidades pequenas, médias e grandes, podem ser mais adequados à gestão pública que o tradicional modelo centralizado-hierárquico. Alguns serviços são prestados de modo mais eficiente em pequena escala. A interação, e mesmo a redundância de agentes com as mesmas competências, não seriam uma situação patológica, mas um arranjo policêntrico saudável¹⁹⁸. Seu modelo criou uma alternativa à estatização e à privatização. A autora recebeu o prêmio Nobel de Economia em 2009.

¹⁹⁶ OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 18-21.

¹⁹⁷ Sobre o tema, v. OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015; OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. *Rules, Games, and Common-Pool Resources*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994; OSTROM, Elinor; PARKS, Roger; WHITAKER, Gordon. *Patterns of Metropolitan Policing*. Cambridge: Ballinger, 1978.

¹⁹⁸ ALIGICA, Paul D; TARKO, Vlad. Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 25, n. 2, p. 237-262, abr. 2012, p. 241.

2.3. Um problema impróprio para a jurisdição?

The Logic of Liberty teve grande impacto sobre Lon Fuller. A sugestão de Polanyi de que o direito seria um sistema policêntrico lançou luzes sobre a questão que inquietava Fuller desde os anos 1950: quais problemas podem ser definidos pelo Judiciário, quais são próprios ao mercado e quais devem ser resolvidos politicamente?¹⁹⁹ Quais são, em síntese, os limites da jurisdição?²⁰⁰

Fuller encontrou no policentrismo um critério objetivo para definir as fronteiras da função jurisdicional. Em seu influente²⁰¹ ensaio *The forms and limits of adjudication*, o autor visualizou a jurisdição, antes de tudo, como uma forma de ordenação social. Em vez de compará-la com outras funções do Estado, como a legislativa e a executiva, Fuller a contrastou com outros mecanismos formais de normatização da realidade: os contratos e as eleições. Os três institutos seriam, em suas palavras, meios pelos quais as pessoas regulam suas relações entre si.²⁰² O que diferenciaria esses três institutos, para ele, seria o modo de participação. Num contrato, os afetados participam por meio de negociação. Nas eleições, pelo voto. E, na jurisdição, pela apresentação de provas e argumentos.²⁰³

Essa perspectiva peculiar é explicada pelo fato de Fuller integrar a escola hoje conhecida por *legal process theory*, ou *process jurisprudence*. O termo *process*, neste contexto, nada tem a ver com processo jurisdicional. O que essa corrente buscava, ao caracterizar o direito como um processo, era acentuar que o direito é muito mais do que um conjunto estático de normas jurídicas. O direito é um processo contínuo de criação, interpretação e aplicação de normas. É também um constante orientador de condutas.²⁰⁴ O termo *process*, portanto, deve ser compreendido no sentido de

¹⁹⁹ ALIGICA, Paul D; TARKO, Vlad. Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 25, n. 2, p. 237-262, abr. 2012, p. 240.

²⁰⁰ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978.

²⁰¹ Seu estudo pautou não apenas o debate sobre a função do juiz em litígios tradicionais e em litígios estruturais, mas também a discussão quanto ao papel dos meios alternativos de resolução de conflitos. V. BONE, Robert G. Lon Fuller's theory of adjudication and the false dichotomy between dispute resolution and public law models of litigation. *Boston University Law Review*, v. 75, n. 5, p. 1273-1324, nov. 1995, p. 1274.

²⁰² FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 357.

²⁰³ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 363-365.

²⁰⁴ BONE, Robert G. Lon Fuller's theory of adjudication and the false dichotomy between dispute resolution and public law models of litigation. *Boston University Law Review*, v. 75, n. 5, p. 1273-1324, nov. 1995, p. 1294.

continuidade, dinâmica, interação.

A *legal process theory* foi uma reação ao realismo jurídico, que dominou o pensamento norte-americano nos anos 1930 e 1940. Os realistas defendiam uma separação rígida entre moral e direito. Para eles, normas jurídicas operariam simplesmente comandando resultados específicos. Já os teóricos do *legal process* – Fuller dentre eles – enxergavam interações mais complexas entre diversos sistemas de ordenação. Os tribunais seriam apenas um dentre vários mecanismos de regulação da vida social. Para além deles, também o legislativo, a administração, os mercados e associações privadas, por exemplo, teriam função normativa. Cada um desses sistemas seria mais adequado para resolver determinados tipos de problema. O objetivo de Fuller era identificar os problemas mais adaptados à resolução jurisdicional.²⁰⁵

Ao caracterizar a jurisdição pela forma de participação dos interessados, Fuller definiu a função jurisdicional pelo procedimento. A forma, contudo, tem um importante impacto sobre o conteúdo. Porque a jurisdição é caracterizada pela apresentação adversarial de provas e argumentos, ele afirma, a decisão deve superar um elevado ônus argumentativo. Espera-se da decisão jurisdicional uma racionalidade e uma vinculação às provas e argumentos das partes que não se exige de qualquer outra forma de ordenação social.²⁰⁶

A abordagem procedimentalista permitiu a Fuller delimitar os problemas próprios à resolução jurisdicional. Ou, mais precisamente, identificar casos impróprios à resolução por um terceiro imparcial. Problemas policêntricos, para ele, seriam inadequados à solução jurisdicional. Tal qual numa teia de aranha,

Um puxão num dos filamentos vai distribuir tensões segundo um complicado padrão por toda a teia. Duplicar o puxão provavelmente não vai simplesmente duplicar cada uma das tensões resultantes, mas criar um padrão diverso de tensões. Isso certamente ocorreria, por exemplo, se o segundo puxão arrebatasse um ou mais filamentos. Essa é uma situação “policêntrica” porque “possui muitos centros” – cada intersecção de filamentos é um centro distinto de distribuição de tensões.²⁰⁷

²⁰⁵ BONE, Robert G. Lon Fuller’s theory of adjudication and the false dichotomy between dispute resolution and public law models of litigation. *Boston University Law Review*, v. 75, n. 5, p. 1273-1324, nov. 1995, p. 1276-1277.

²⁰⁶ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 366-367.

²⁰⁷ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978,

A complexidade de uma demanda policêntrica tornaria a decisão mais propensa ao erro. O julgador não teria elementos suficientes para tomar uma decisão informada. Ainda que tivesse, problemas policêntricos envolvem um estado de coisas fluido. Quanto mais centros interagindo houver, maior a chance de que um deles será afetado por uma mudança nas circunstâncias, que, por sua vez, será comunicada, após um complexo padrão, a outros centros.²⁰⁸

Por esse motivo, soluções gerenciais ou contratuais seriam muito mais adequadas à solução de conflitos policêntricos que uma decisão por um terceiro imparcial.²⁰⁹ Problemas policêntricos exigem que os subproblemas sejam resolvidos continuamente, até que se atinja o ponto ótimo. Um julgador externo ao conflito não tem incentivos ou mesmo estrutura para compreender todas as interações e repetidamente resolver os múltiplos problemas decorrentes da solução do problema principal.²¹⁰

Os exemplos imaginados por Fuller enfatizam a inaptidão do processo jurisdicional para esse tipo de tarefa. No primeiro, uma senhora falece e deixa, por testamento, sua inestimável coleção de arte a dois museus, em proporções iguais. Ela não especifica, contudo, quais obras serão destinadas a um ou outro acervo. As infinitas possibilidades de arranjo fariam deste um problema policêntrico, mais adequado à mediação ou à negociação que à imposição de uma sentença.²¹¹

p. 395. A metáfora é complementada por Robert Bone: “*When a node of a spider's web is perturbed, the resulting tensions are distributed differentially across all the remaining nodes, each node acting as a quasi-independent center of distribution. In solving for the resulting distribution of tensions about a particular node - node A, for example - one cannot proceed by calculating the tension at all the other nodes independently and then solve for the distribution at node A. This is because the distribution at node A will feed back to affect the tensions at the other nodes. This is true for each node, and so the problem must be solved simultaneously for all nodes at once. This is the sense in which a polycentric task is "many centered." Each variable has a claim to be treated as the independent variable or "center" about which the decisional problem turns, and because each can be so treated, all must be considered independent and dependent variables at once. The solution then must describe an equilibrium among the mutually interacting variables*”. BONE, Robert G. Lon Fuller's theory of adjudication and the false dichotomy between dispute resolution and public law models of litigation. *Boston University Law Review*, v. 75, n. 5, p. 1273-1324, nov. 1995, p. 1314, nota de rodapé 155.

²⁰⁸ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 397.

²⁰⁹ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 399-400; HOROWITZ, Donald. *The courts and social policy*. Washington, DC: Brookings Institution, 1977, p. 33-56.

²¹⁰ FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982, p. 647-648.

²¹¹ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 394.

Num segundo exemplo, um treinador deve definir a escalação de um time de futebol. O problema, aqui, seria policêntrico em razão das imprevisíveis repercussões de cada possível decisão. A escolha por um jogador na posição A impacta a escolha de outro para ocupar a posição B. A solução gerencial, baseada em constante tentativa-e-erro até definição da escalação ideal seria muito mais adequada que a resolução definitiva por um terceiro imparcial.²¹²

Os demais exemplos por ele propostos são variações desses mesmos temas: um juiz deve reajustar os salários previamente acordados entre empresa e sindicato²¹³ ou definir quais projetos devem receber verbas públicas.²¹⁴ Em todos eles, ou há múltiplas possibilidades de arranjo, ou as repercussões da decisão são imprevisíveis. Por isso, seriam mais bem resolvidos pelo mercado, pelo legislador, ou por qualquer outro sistema de ordenação.

A análise de Fuller contém uma premissa implícita: a de que uma causa de pedir mais ampla do que as partes poderiam apresentar de modo bilateral, segundo o procedimento adversarial, não seria uma causa própria para resolução jurisdicional.²¹⁵

A insistência em utilizar o procedimento jurisdicional para resolver questões policêntricas poderia gerar três consequências – às vezes, simultâneas. Um, a decisão seria ignorada ou repetidamente modificada, dada sua impraticabilidade. Dois, o julgador assumiria uma postura estranha à função jurisdicional, buscando provas, fazendo prognoses e continuamente testando novas soluções, tal qual um administrador. E, três, em vez de adaptar o processo à complexidade da demanda, o juiz reformularia o problema para simplificá-lo e resolvê-lo de acordo com as regras e princípios que regem o processo jurisdicional.²¹⁶ No primeiro cenário, a decisão é simplesmente errada. No segundo, o juiz extrapola sua função. E, no terceiro, há mera aparência de resolução do problema.

Fuller não publicou seu artigo em vida. Seu artigo foi continuamente reescrito

²¹² FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 395.

²¹³ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 395-396.

²¹⁴ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 401.

²¹⁵ HAZARD Jr., Geoffrey C. Reflections on Judge Weinstein's ethical dilemmas in mass tort litigation. *Northwestern University Law Review*, v. 88, n. 2, p. 569-578, 1994, p. 575.

²¹⁶ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 401.

desde os anos 1950.²¹⁷ Apesar da coesão de seus argumentos e do mérito de ter introduzido a noção de policentrismo no direito, havia um problema que seu estudo não conseguia resolver: quando o texto foi finalmente publicado, no final da década de 1970, as cortes norte-americanas já lidavam com litígios policêntricos há mais de 20 anos.²¹⁸

A partir de *Brown II*, decisões paradigmáticas promoveram a dessegregação de espaços públicos e privados, a redefinição de distritos eleitorais, a reforma de sistemas prisionais, a humanização de instituições de tratamento psiquiátrico, a conformação de departamentos de polícia e outras mudanças estruturais que desafiavam a tese de que o processo judicial não poderia resolver litígios policêntricos. A alteração mais visível foi no papel do juiz. De simples espectador, ele passou a criador e gestor de complexas formas de tutela, cuja implementação e administração requerem acompanhamento contínuo.²¹⁹

Era preciso explicar a nova realidade. E mostrar em que ponto Fuller errou. Se é que ele errou.

2.4. Litígios de interesse público e litígios estruturais

O modelo tradicional de processo foi pensado para resolver litígios privados. Esse arquétipo é centrado na resolução de disputas: duas partes em conflito apresentam fatos e razões a um terceiro imparcial, que declarará o direito da parte vencedora. O foco da lide é um incidente específico, cujos efeitos devem ser removidos ou ressarcidos. O escopo do processo é a pacificação social. Esse modelo pressupõe que a ordem social é harmônica e que o incidente que ocasionou a demanda é uma perturbação a ser resolvida.²²⁰

Esse modelo, de cunho liberal-individualista, possui cinco características essenciais: (1) o processo é bipolarizado. Sua estrutura é organizada em torno de dois centros de interesse diametralmente opostos; (2) o processo é retrospectivo. A

²¹⁷ ALLISON, J.W.F. Fuller's analysis of polycentric disputes and the limits of adjudication. *Cambridge Law Journal*, v. 53, n. 2, p. 367-383, jul. 1994, p. 377.

²¹⁸ MOLOT, Jonathan T. An old judicial role for a new litigation era. *Yale Law Journal*, v. 113, n. 27, p. 29-118, out. 2003, p. 35.

²¹⁹ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the state from afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 1-40, 2015, p. 2.

²²⁰ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 17.

controvérsia frequentemente gira em torno de um evento passado e suas consequências para as partes; 3) a tutela é, geralmente, ressarcitória. A decisão é voltada a corrigir um dano passado; 4) o processo é um episódio autocontido. Ele é pensado para produzir impactos limitadamente às partes e para que o envolvimento da corte termine com o julgamento; 5) o processo é iniciado e controlado pelas partes. São elas que organizam o caso, definem as questões e gerenciam as provas. O juiz decidirá apenas as questões que lhe forem submetidas por pedido de uma das partes.²²¹

Até mesmo processos coletivos se encaixam nos moldes estreitos do modelo tradicional de resolução de disputas. Uma ação coletiva para reparação de danos ao consumidor, ou mesmo para recomposição de danos ambientais, por exemplo, reproduz todas as características essenciais de uma ação individual. Sua maior peculiaridade consiste em tratar o grupo, essa entidade abstrata, como parte.²²² As mudanças que essa característica requer, da legitimidade ativa à coisa julgada, são, grosso modo, adaptações lógicas do processo individual.²²³

O modelo de resolução de disputas, contudo, não explicava os litígios que, entre as décadas de 1950 e 1970 mais repercutiam nos Estados Unidos, especialmente nas cortes federais. Esses conflitos não eram disputas entre pessoas privadas sobre direitos privados, mas demandas em que uma pessoa ou grupo exigia a instituição ou adequação de políticas públicas.

Nesse tipo de demanda, não se questiona um ato isolado, mas sua institucionalização e reprodução. Não se quer recuperar o *status quo ante*, mas alterar o funcionamento de toda uma engrenagem social para evitar ilícitos futuros. Busca-se a reforma global de uma instituição,²²⁴ geralmente burocrática e de grande porte,

²²¹ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, mai. 1976, p. 1282-1283.

²²² No modelo de resolução de disputas, tanto o processo individual quanto o processo coletivo podem estimular mudanças de comportamento. Mas esse efeito é indireto, decorrente da internalização dos custos do descumprimento de uma norma pelo agente. Essa meta só pode ser alcançada (1) por meio da recorrente, uniforme e previsível imposição de regras de direito material, ou (2) por meio da operação de institutos jurídicos que desincentivem a dispersão de danos de pequena monta individual, mas de relevante repercussão total. Exemplo desse tipo de instituto são as *consumer class actions* - que, no Brasil, têm seu equivalente nas ações coletivas para reparação de danos ao consumidor. V. SCOTT, Kenneth E. Two models of the civil process. *Stanford Law Review*, v. 27, n. 3, p. 937-950, fev. 1975, p. 938-940.

²²³ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, 2015, edição eletrônica.

²²⁴ Entende-se por instituição um “conjunto de regras em operação, que define quem tem competência para tomar determinadas decisões, quais ações são permitidas ou proibidas (...), quais procedimentos devem ser observados,

como um sistema educacional ou prisional, para adequá-la a valores fundamentais. A doutrina norte-americana refere-se a esse tipo de demanda como “litígio de interesse público”,²²⁵ “litígio estrutural”, “reforma estrutural”²²⁶, “litígio institucional” ou, ainda, “reforma institucional”.²²⁷

Litígios estruturais decorrem da crescente importância que organizações desempenham no mundo contemporâneo. Em maior ou menor grau, a vinculação a determinada instituição é jurídica ou economicamente inevitável. Um apenado não pode voluntariamente se desligar do sistema prisional alegando condições indignas de confinamento; um paciente sob medida de segurança não pode cortar relações com o hospital psiquiátrico alegando tratamento desumano; um agente econômico não pode ignorar a agência reguladora alegando corrupção dos agentes públicos. Em todos esses casos, a impossibilidade é jurídica. Mas essa mesma lógica se aplica também a casos em que a desvinculação, embora juridicamente possível, é faticamente custosa. Um estudante não pode evadir do sistema educacional sob alegação de racismo sem notório prejuízo à sua formação e às suas oportunidades futuras. Tampouco pode ser viável recusar uma oferta de emprego numa grande companhia por causa de uma política de promoções machista ou xenofóbica. A inevitabilidade da relação entre indivíduo e instituição deixa apenas uma possibilidade: a identificação e substituição da prática violadora de direitos.²²⁸

É fácil enxergar em *Brown II* o arquétipo de litígio estrutural. Não se buscava simplesmente vencer a vontade de um diretor de escola específico, para que uma criança pudesse estudar no estabelecimento mais próximo de sua casa. Buscava-se, sim, a reconstrução de todo o sistema escolar, das folhas à raiz. Da matrícula e distribuição dos estudantes à alocação de professores, recursos e definição de rotas de ônibus escolares.

quais informações devem ou não ser obtidas, e quais recompensas serão dadas”. OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 51.

²²⁵ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, mai. 1976

²²⁶ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 2.

²²⁷ A doutrina norte-americana em geral utiliza esses termos como sinônimos. Para uma tentativa de diferenciar processos estruturais e processos de interesse público, v. VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, p. 147-177, jan.-jun. 2018.

²²⁸ EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980, p. 511-512; FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 2.

Litígios estruturais não são simplesmente aqueles em que há um interesse público subjacente. Todo litígio traz em si algo de interesse público, ainda que seja a potencial formação de um precedente ou a concretização de uma norma geral e abstrata. Não é a natureza do direito que define se um litígio é estrutural, mas o contexto em que a atividade jurisdicional é desenvolvida: na configuração organizacional de uma instituição.²²⁹ Litígios estruturais são aqueles em que se busca a reforma de uma instituição de grande porte para erradicar as causas do conflito. Em termos contemporâneos, pode-se afirmar que um processo estrutural visa à reconstrução de um estado de coisas, não à eliminação ou repreensão de condutas isoladas.

O fracionamento de um litígio estrutural em inúmeras demandas individuais, embora juridicamente possível, pode tornar a decisão judicial inócua e gerar graves distorções. A complexidade é resolvida ao custo da efetividade social.²³⁰

A ordem jurídica pode converter um problema policêntrico num problema simples. Isso pode ser feito (a) definindo um critério ou, pelo menos, uma ordem preferencial entre os critérios de resolução do problema; e (b) tornando juridicamente irrelevantes uma série de circunstâncias e ramificações decorrentes da aplicação desse *standard* normativo. Obviamente, a simplicidade é apenas aparente. A complexidade fática permanece.²³¹ Novamente, *Brown* é ilustrativo.

Tivesse a Suprema Corte se limitado a declarar a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas num contexto de resolução individual de disputas, a decisão teria impacto muito menor. Sua maior repercussão ocorreria entre as partes do litígio. O direito de estudar em escolas “brancas” seria reconhecido para os autores – doze crianças, representadas por seus pais. Que poderiam estudar, cada qual, na escola de seu bairro. Obviamente, essa não seria uma decisão que ataca as causas (ou, mais especificamente, a perpetuação) do racismo. Seria simplesmente uma decisão que autorizaria doze crianças negras a corajosamente imiscuir-se numa

²²⁹ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 35-36

²³⁰ “O equívoco desse tratamento não estrutural do litígio é que ele acarreta apenas uma ilusão de solução, mas não produz resultados sociais significativos, eis que as causas do problema permanecem. Enfocam-se apenas as suas consequências presentes mais evidentes, “a conta-gotas”, em processos individuais, ou mesmo em processos coletivos, mas que abordam apenas parte da situação”. VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, p. 147-177, jan.-jun. 2018, versão eletrônica, p. 7.

²³¹ EISENBERG, Melvin A. Participation, responsiveness, and the consultative process: an essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 410-432, dez. 1978, p. 424.

escola “branca”, ignorando – porque juridicamente irrelevante – todo o contexto social em torno dos fatos.

O caso dos nove de Little Rock ajuda a ilustrar o modo como o modelo de resolução de disputas é inadequado para o tratamento de litígios estruturais. Em 1957, em cumprimento à decisão proferida quase dois anos antes em *Brown II*, nove estudantes negros foram selecionados por nota e frequência para cursar o ensino médio na Little Rock Central High School, uma escola até então exclusiva para brancos.

A medida gerou violentos protestos. Orval Faubus, Governador do Estado, determinou que uma força policial impedisse o ingresso dos nove no prédio. Em 4 de setembro de 1957, primeiro dia letivo do semestre, os estudantes foram recebidos sob protestos, gritos e cusparadas. A força impediu a entrada dos adolescentes na instituição. Somente três semanas depois, em 24 de setembro, os nove finalmente puderam entrar no colégio, sob a proteção das forças armadas. O Presidente Eisenhower deslocou todo um batalhão da Aeronáutica para assegurar o cumprimento de *Brown*.

A luta para entrar no prédio foi apenas o prenúncio das dificuldades que viriam. Nos meses seguintes, episódios de violência verbal e física, envolvendo inclusive fogo e ácido, foram corriqueiros. Numa nova tentativa de evitar a integração entre brancos e negros, em agosto de 1958, o Governador determinou o fechamento de todas as quatro escolas públicas de Little Rock. Sem escolas, *Brown* não precisaria ser cumprido. Um mês depois, a população aprovou a medida em referendo. O fechamento durou um ano e só terminou por decisão da Suprema Corte. Em razão de todos os episódios de racismo, nem todos os nove estudantes continuaram na Central High School.

Esse evento exemplifica o grau de resistência enfrentado por *Brown*, uma decisão proferida em ação coletiva pela Suprema Corte e imposta pelo Judiciário Federal em todo o território nacional. Não é difícil imaginar que a objeção e a agressividade seriam muito maiores caso se tratasse de decisão individual em favor daqueles doze estudantes. É provável que a dessegregação, se acontecesse, ocorreria a passos muito lentos e custosos.

Outro bom exemplo é *Holt v. Sarver II*,²³² julgado em 1970. Nesse caso, pela primeira vez se reformou todo um sistema prisional. Os autores, detentos em presídios do Arkansas, buscavam o reconhecimento e a implementação de seu direito (a) de acesso a programas e oportunidades de reabilitação; (b) de não sofrer tratamento cruel; (c) de proteção contra o arbítrio; (d) ao devido processo; (e) à alimentação, à acomodação e a roupas dignas; (f) de acesso à justiça; (g) de não sofrer abusos, em todos os aspectos, de outros detentos; (h) à dessegregação racial; (i) a não realizar trabalhos forçados; (j) de não ser agredido por funcionários ou detentos.

A inconstitucionalidade era sistemática, não pontual. A eliminação de uma ou outra conduta não bastaria para adequar o sistema penitenciário à Constituição.²³³ A reforma integral do sistema não decorreu de um capricho do Judiciário, do autoritarismo do magistrado ou de seu ativismo político. Foi a natureza da causa de pedir que levou a essa consequência. O entrelaçamento de diversas condutas e situações de fato tornava inócua uma medida pontual. A complexidade da demanda exigia reforma global. A natureza estrutural de uma demanda não decorre da vontade dos sujeitos, mas das características da causa. Esse o contexto que dá origem a um litígio estrutural.

O foco do processo, no modelo de reforma estrutural, é completamente diverso do modelo de resolução de disputas. O conflito não é visto como um problema, mas como um sintoma. A causa deve ser remediada, não apenas o efeito. Por isso, o processo estrutural mira algo muito maior que a simples compensação por um ato ou fato. Busca-se mudar as condições sociais causadas ou perpetuadas por organizações de grande escala.²³⁴

Perceber essa diferença de contextos entre os dois modelos é fundamental para compreender a magnitude de um litígio estrutural. Dar a uma demanda estrutural tratamento individual é inadequado.²³⁵ Um breve desvio do processo americano para

²³² 309 F. Supp. 362 (1970).

²³³ Dentre os vários problemas enfrentados no caso, Richard Marcus destaca que “the court imposed a specific injunction which, in part, set thirty days as the maximum sentence for confinement in isolation. The problem was that confining inmates in isolation for more than thirty days was not, standing alone, a constitutional violation. The Supreme Court nevertheless upheld the thirty day limitation because ‘[t]he length of time each inmate spent in isolation was simply one consideration among many’ and, ‘taking the long and unhappy history of the litigation into account, the court was justified in entering a comprehensive order to insure against the risk of inadequate compliance’”. MARCUS, Richard L. Public law litigation and legal scholarship. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 21, n. 4, p. 647-696, verão de 1988, p. 680.

²³⁴ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 17-18, 22-23.

²³⁵ O oposto também é verdadeiro. V. DOBBS, Dan. Ending punishment in punitive damages deterrence-measured

a realidade brasileira ajuda a entender o ponto. Temas comumente veiculados em demandas individuais, como o direito de matricular uma criança em creche, o direito de acesso a um leito público em hospital, o direito a um lugar na fila de transplantes ou ao fornecimento de determinados medicamentos, por exemplo, são claramente estruturais. Determinar a matrícula de uma criança em creche é preterir o direito de outra; determinar o fornecimento de determinado medicamento a um paciente é deixar sem recursos o paciente que precisa de tratamento diverso. O mesmo raciocínio vale para as demais situações.

Embora esses litígios possam, no longo prazo e em razão de seu volume, induzir mudanças em políticas públicas, seu tratamento pelo modelo de resolução de conflitos gera três perigosas distorções: (1) substitui o critério administrativo por uma multiplicidade caótica de critérios individuais; (2) pretere aqueles que preferem seguir as regras do jogo sem provocar o Judiciário; (3) promove uma corrida às cortes para tratamento do sintoma sem remediar a causa, agravando o já sério problema de congestionamento processual.²³⁶

2.5. O impacto no processo

Em razão do enfoque em problemas diferentes, a conformação de um processo estrutural é diversa do perfil de um processo para resolução de disputas. É possível reunir em quatro temas os pontos de distinção: as partes, o juiz, a prova e a fase de implementação.

remedies. *Alabama Law Review*, v. 40, n. 3, p. 831-918, primavera de 1989, p. 910-912.

²³⁶ Edilson Vitorelli capturou a essência do problema. Relata ele que “a Defensoria Pública de São Paulo, embora detenha legitimidade para o processo coletivo, propôs, de 2014 a maio de 2017, aproximadamente 61 mil ações individuais pleiteando vagas para crianças em creches (média de quase 20 mil por ano). O motivo dessa proliferação de ações individuais é simples e foi explicado por um defensor público: ‘Nós sempre conseguimos. Nunca perdemos uma ação’. (...)”

Em determinadas situações, esse comportamento do legitimado coletivo e do Poder Judiciário aprofunda as desigualdades e a desorganização do serviço público que se pretendia melhorar. Com palavras simples, uma mãe de aluno, entrevistada em busca de vaga em creches, relatou a situação: (...) “Tem dois anos que estou esperando uma vaga”, relata. (...) [S]eu filho estava em quinto lugar na fila de espera, mas ao acessar o endereço online da Prefeitura, o garoto tinha caído para a 27ª posição.

‘A diretora da creche falou para mim que eu tinha que estar vindo aqui (na Defensoria Pública), porque as mães que vêm aqui, os filhos vão para a frente da fila, então estou aqui, na luta’.

Fica claro que as milhares de ações individuais estão servindo apenas para substituir as crianças que ingressariam nas creches pelo critério administrativo regular, por outras, que não obedecem a critério algum. Quando problemas estruturais são tratados em processos individuais, quaisquer critérios de prioridade colapsam em um “quem chega primeiro”. VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, p. 147-177, jan.-jun. 2018, versão eletrônica, p. 7.

2.5.1. As partes

O objeto de um litígio estrutural não são *fatos*, mas *estados de coisas*. Porque a causa de pedir é fluida e amorfa, também os polos do processo são amorfos e estão em constante mutação. A rígida estrutura bipolar expande-se para acomodar regras mais flexíveis sobre litisconsórcio, intervenção de terceiros e legitimidade.²³⁷

*United States v. Reserve Mining Co.*²³⁸ ilustra bem o ponto. A empresa mineradora foi demandada pelo poder público para que parasse de despejar seus rejeitos num lago. De acordo com o poder público, essa prática violava leis federais de proteção ao meio ambiente e de destinação adequada de resíduos. Em sua defesa, a empresa alegou que, mesmo que houvesse métodos alternativos para a gestão dos resíduos, eles seriam tão custosos que a única alternativa seria encerrar as atividades da empresa. As potenciais consequências da decisão levaram mais de uma dúzia de instituições a intervir no processo, desde associações de defesa do meio ambiente até associações de trabalhadores, associações de comerciantes e governos locais, que defendiam a continuidade das operações em razão de sua importância para a economia regional.²³⁹

Além da multipolaridade, os papéis exercidos pelas partes também se modificam. No modelo de resolução de conflitos, o autor é, simultaneamente, (a) a vítima, (b) seu porta-voz em juízo e (c) o beneficiário da tutela jurisdicional.²⁴⁰ Já o réu costuma incorporar as posições de (a) responsável pelo ato ou fato; (b) seu porta-voz em juízo e (c) destinatário da decisão. E nem poderia ser diferente, uma vez que as regras de legitimidade *ad causam* e de limites subjetivos da coisa julgada exigem que a relação processual espelhe a relação de direito material afirmada em juízo.²⁴¹

Num processo estrutural, essa unidade se desintegra. A vítima, seu porta-voz e o beneficiário da tutela não coincidem, necessariamente, com a figura do autor da ação. A vítima é sempre um grupo: negros, presidiários, homossexuais, imigrantes.

²³⁷ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, mai. 1976, p. 1289-1292.

²³⁸ 56 F.R.D. 408 (D. Minn. 1972).

²³⁹ MARCUS, Richard L. Public law litigation and legal scholarship. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 21, n. 4, p. 647-696, verão de 1988, p. 662-663.

²⁴⁰ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 18.

²⁴¹ No processo norte-americano, os institutos que operam efeitos equivalentes são *standing to sue* e *cause of action*.

Seu porta-voz será um membro do grupo ou uma instituição que represente a coletividade. E os beneficiários da tutela podem extrapolar o próprio grupo.²⁴²

Numa ação que questione a violência policial contra homossexuais, por exemplo, é possível que o remédio determinado pela corte seja a criação de um processo administrativo disciplinar para investigar e punir eventuais excessos. Ou, ainda, numa ação que questione a eliminação de candidatos imigrantes em processos seletivos para vagas de trabalho, o remédio determinado judicialmente pode ser a determinação de uma “avaliação cega”, em que o nome do candidato é omitido do currículo. Em ambos os casos, o remédio beneficiará uma coletividade muito mais abrangente do que o grupo autor. No primeiro, não apenas homossexuais serão protegidos, mas todos os grupos sujeitos à violência policial. No segundo caso, não só candidatos imigrantes serão tutelados, mas também candidatos negros²⁴³.

Uma decisão estrutural pode não só beneficiar terceiros, mas também impor custos. A criação de cotas raciais ou cotas de gênero como formas de eliminar vestígios de discriminações pretéritas, por exemplo, impõe custos a pessoas que não necessariamente discriminaram negros e mulheres.²⁴⁴ A alteração de rotas de ônibus como forma de dessegregar escolas impõe um custo a crianças que não eram nem opressoras, nem vítimas da discriminação.²⁴⁵ O remanejamento de estudantes brancos a escolas anteriormente reservadas a negros (geralmente em piores condições que aquelas destinadas a crianças brancas) redistribui ônus e bônus.

Também o polo passivo de uma demanda estrutural pode ser decomposto analiticamente. Num processo estrutural, o réu não será o agente causador do dano, mas a instituição que esse agente integra.²⁴⁶ Isso tem evidente impacto no mérito. Os conceitos de dolo e culpa, por exemplo, são irrelevantes para a reforma estrutural.

²⁴² FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 18-22.

²⁴³ Estudos mostram que, nos Estados Unidos, currículos com nomes “negros” têm 50% menos chance de receberem um retorno do que currículos com nomes “brancos”, ainda que as qualificações dos candidatos sejam as mesmas. V. BERTRAND, Marianne; MULLAINATHAN, Sendhil. Are Emily and Greg more employable than Lakisha and Jamal? A field experiment on labor market discrimination. *American Economic Review*, v. 94, n. 4, p. 991-1013, set. 2004.

²⁴⁴ V. BUCKHOLZ, Robert E.; COOPER, Daniel J.; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward S.; ROTENBERG, Mark B. The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 784-929, mai. 1978, p. 906-907.

²⁴⁵ GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 603-604.

²⁴⁶ Essa diferenciação, a rigor, faz mais sentido no direito norte-americano, onde existe imunidade de Estado, que no direito brasileiro. Lá, uma ação de indenização em razão de violência policial seria ajuizada contra o agente, não contra o Estado. Ainda assim, o deslocamento das discussões do dano individual para os fatores institucionais que geraram a conduta danosa é relevante para o direito brasileiro.

Num litígio estrutural, importa alterar as condições que violam ou perpetuam uma violação a direitos fundamentais.²⁴⁷

2.5.2. O juiz

Essas características impactam na postura do julgador. No modelo de resolução de conflitos, é natural supor que autor e réu sejam os melhores representantes de seus próprios interesses. Já num processo estrutural, autor e réu representam em juízo interesses que não são propriamente seus. Não há razões para supor que as partes processuais serão porta-vozes adequados do grupo ou do interesse público.

O representante coletivo é um representante autoproclamado. Sua atuação deve ser constantemente fiscalizada. Seus argumentos devem refletir a opinião da comunidade, não as convicções da autoridade que assina as petições. Sua legitimidade não pode repousar exclusivamente sobre previsão legal, mas também sobre sua aptidão para conduzir a demanda.²⁴⁸

O representante da instituição ré, por sua vez, embora formalmente vinculado à organização, pode refletir uma posição política passageira. Uma derrota impactará não apenas o governo em exercício, mas toda a sociedade, que financia instituições públicas por meio de tributos. Por isso, espera-se um juiz mais ativo, que fiscalize a adequação das partes.²⁴⁹

Em razão do potencial para afetar interesses e direitos de inúmeras pessoas, não se pode confiar exclusivamente nas partes formais para a condução do litígio. O juiz assume, então, uma posição muito mais atuante que aquela herdada da tradição adversarial.²⁵⁰ É ele, o julgador, quem organiza e dá impulso ao processo. É ele quem

²⁴⁷ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 22-24.

²⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, 2015, edição eletrônica.

²⁴⁹ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 24-26; MOLOT, Jonathan T. An old judicial role for a new litigation era. *Yale Law Journal*, v. 113, n. 27, p. 29-118, out. 2003, p. 47-48.

²⁵⁰ Embora não seja comum que juízes expressem hostilidade com relação à conduta de uma das partes, um exemplo bastante conhecido aconteceu em *Reserve Mining Co. v. Lord*, em que o juiz da causa, Miles Lord, expressamente consignou que os réus na ação ambiental tentavam enganá-lo. Em suas palavras, “eu abandonei aqui o processo adversarial tradicional, simplesmente porque não tenho tempo a perder, como perdi nove meses em oitivas, dos quais seis foram desperdiçados naquilo que agora descubro serem deturpações por parte da Reserve Mining Company”. *Reserve Mining Co. v. Lord*, 529 F.2d 181, 185 (8th Cir. 1976). Além dessa rara demonstração de franqueza, o magistrado também passou a se dirigir a toda a comunidade, não apenas às partes. Em suas próprias

avalia, por exemplo, se há conflito de interesses que justifique desmembramento do grupo em subgrupos, para assegurar que todos os membros sejam adequadamente representados.²⁵¹ Não raro, é necessário também lidar com a imprensa e com a opinião pública.²⁵²

Obviamente, não se espera que o julgador assuma o papel de representante de um dos lados, ou que supra suas deficiências. Há meios de assegurar uma representação adequada dos interesses contrapostos sem comprometer a imparcialidade do juiz. Pode-se, por exemplo, determinar a ampla divulgação do litígio (*fair notice*), para que outros membros do grupo acompanhem o litígio; ou convidar instituições públicas ou privadas para participar da demanda na qualidade de *amici curiae*; ou, ainda, a nomeação de *special masters* – cujas funções específicas serão estudadas adiante.²⁵³

2.5.3. A prova

Enquanto o modelo de resolução de conflitos busca reconstruir um ato ou fato específico, na reforma estrutural a prova se volta à identificação de padrões ou práticas rotineiras.²⁵⁴

A multipolaridade da lide resulta, quase sempre, em complexidade fática e jurídica. A expansão da estrutura subjetiva do processo exige a ampliação também dos elementos disponíveis para tomada de decisão. Ela não é mais resultado exclusivo dos argumentos das partes, mas também de informações trazidas por auxiliares do próprio juízo, como peritos e assistentes.²⁵⁵

palavras, “(...) eu percebi que a mídia local estava alinhada com o setor econômico. E as pessoas não tinham informações quanto aos perigos envolvidos [no despejo de rejeitos de mineração em correntes de água da região]. Dadas essas circunstâncias, percebi que os pronunciamentos do juízo sobre o direito à saúde poderiam ser benéficos, educativos, e seriam tomados como premissas para quaisquer outras considerações. Ao cabo, o tribunal considerou que essa conduta foi um erro. Mas eu não vejo como poderia ter agido de outra maneira. Todo o poder emana do povo; os jornais e seus leitores são verdadeiramente a última salvaguarda”. Kaiser Robert G. You have to stand and be counted. *Washington Post*, 20 jul. 1976, *apud* Notes. Implementation problems in institutional reform litigation. *Harvard Law Review*, v. 91, n. 2, p. 428-463, dez. 1977, p. 452 (nota 135). V. ainda RESNIK, Judith. Managerial judges. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 2, p. 374-448, dez. 1982, p. 412-413.

²⁵¹ *V. Pearl v. Allied Corp.*, 102 F.R.D. 921 (E.D. Pa. 1984); *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997); *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999).

²⁵² RESNIK, Judith. Managerial judges. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 2, p. 374-448, dez. 1982, p. 452-453.

²⁵³ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 26-27.

²⁵⁴ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 18.

²⁵⁵ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, mai. 1976, p. 1284.

Da comprovação de fatos passados, passa-se à prognose de probabilidades futuras. Da compensação de um dano, passa-se à elaboração de programas para orientar condutas. De uma forma de tutela extraída automaticamente dos fatos (declaração, quantificação e recomposição do dano), passa-se à definição caso a caso das condutas a serem observadas para conformação à norma.²⁵⁶

Essa mudança de enfoque aproxima a função do juiz daquela exercida pelo legislador. Ambos desenvolvem programas destinados a orientar o futuro. Em vez de *reconstruir os fatos*, o julgador passa a *avaliar os fatos* para deles extrair uma consequência jurídica, exatamente como faz o legislador ao definir uma hipótese de incidência e prever uma consequência jurídica. Essa atividade carrega alta dose de discricionariedade, pois a medida a ser adotada no caso concreto não é uma derivação automática da lei.²⁵⁷

A perda do elo direto entre violação e forma de tutela incorpora outros dois papéis à função do juiz. Ele torna-se um negociador, na medida em que cria incentivos ao cumprimento voluntário da decisão; e um gestor, na medida em que monitora o cumprimento e a adequação da ordem ao longo do tempo. Se necessário, a ordem deverá ser atualizada, adaptada ou revista em razão de eventos imprevistos ou mudanças de fato.²⁵⁸

2.5.4. A fase de implementação

Por fim, a quarta diferença estaria na fase de implementação. No modelo de resolução de disputas, a execução é episódica. Espera-se que ela sequer seja necessária. Nos Estados Unidos, é comum o cumprimento voluntário da decisão. Caso isso não ocorra, parte-se para a fase de cumprimento, que é excepcional e sequer pode ser considerada propriamente jurisdicional.²⁵⁹ O maior esforço está na fase de cognição.

Já no contexto de reforma estrutural, a execução assume uma importância até

²⁵⁶ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, mai. 1976, p. 1292-1294.

²⁵⁷ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, mai. 1976, p. 1296-1297.

²⁵⁸ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, mai. 1976, p. 1300-1302.

²⁵⁹ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 27.

maior que a fase de cognição. A fase de cumprimento serve não apenas para impor a sentença, mas para delinear a própria medida a ser adotada – frequentemente, por método de tentativa e erro. O cumprimento dá início a um longo e contínuo relacionamento com a instituição a ser reformada. Ele tem início e meio, mas não tem data certa para acabar. Muitos litígios institucionais são verdadeiros casos-camaleão, em que a situação de fato está em contínua mudança.²⁶⁰ O objetivo do processo não é apenas declarar quem tem razão ou determinar o pagamento de uma soma em dinheiro. A fase de cumprimento perdurará tanto quanto persistirem as violações institucionais.²⁶¹

2.5.5. Síntese

Como se percebe, litígios de interesse público levam o juiz a extrapolar sua função tradicional. O julgador deixa de ser um simples árbitro, espectador do debate travado entre as partes, e assume funções quase legislativas na formulação da tutela, administrativas em sua execução e mediadoras ao longo de todo o processo.²⁶²

Abram Chayes catalogou oito atributos desse novo modelo de processo: (1) seu escopo é definido em conjunto pela corte e pelas partes; (2) a estrutura subjetiva do processo é amorfa e expansiva; (3) a atividade probatória não é destinada a reconstruir o passado, mas a fazer uma prognose do futuro; (4) a tutela tampouco é destinada a reparar um dano passado, mas a moldar o futuro, definida de maneira flexível e atinge pessoas ausentes da relação processual; (5) o remédio não é imposto, mas negociado; (6) a ordem não encerra a atividade jurisdicional; (7) o juiz é ativo, responsável não apenas pela avaliação dos fatos, mas também por organizar o processo e garantir um resultado viável; (8) o objeto do processo não é uma disputa privada entre indivíduos, mas a forma de operação de uma política pública ou privada.²⁶³

²⁶⁰ HOROWITZ, Donald. Decreeing organizational change: judicial supervision of public institutions. *Duke Law Journal*, v. 1983, n. 6, p. 1265-1307, dez. 1983, p. 1297.

²⁶¹ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 27-28.

²⁶² CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, mai. 1976, p. 1302; GILLESPIE, Nora. Charter remedies: the structural injunction. *Advocates' Quarterly*, v. 11, n. 2, p. 190-221, fev. 1990, p. 196; NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 7, n. 2, p. 395-412, outono de 1984, p. 398.

²⁶³ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, mai. 1976, p. 1302.

Isoladamente, nenhum desses predicados torna estrutural um litígio. Qualquer demanda em que se requeira tutela inibitória, por exemplo, é orientada ao futuro; qualquer processo coletivo em que se busque responsabilização por danos de massa lida com grupos amorfos; qualquer ação individual pode questionar, pela via do controle difuso, a constitucionalidade de uma política pública; qualquer precedente, ao dar previsibilidade ao direito, tem aptidão para modificar condutas futuras.²⁶⁴

*Miranda v. Arizona*²⁶⁵, por exemplo, afetou diretamente a rotina das polícias em todo o território americano. Seis décadas após sua publicação, o precedente ainda orienta o procedimento de detenção de pessoas. Mas o caso não era complexo, nem exigiu a reforma estrutural de sistemas de segurança pública. Tratava-se de uma ação penal corriqueira. A amplitude da decisão pode ser creditada simplesmente à eficácia de precedente. A criação judicial de normas é inerente a qualquer sistema baseado em *stare decisis*.²⁶⁶

Mesmo aspectos mais característicos de litígios estruturais, como o prolongado acompanhamento da execução e o envolvimento do Judiciário em tarefas administrativas, não são exclusividade desse modelo de litígio. Causas envolvendo direito das sucessões (*probate and trusts*) e recuperação judicial (*bankruptcy*), por exemplo, frequentemente exigem a administração de um patrimônio por longo período de tempo.²⁶⁷

Mas, em conjunto, essas características mostram que litígios estruturais possuem tantos traços distintivos que sua acomodação no modelo tradicional de resolução de disputas é impossível.

Ainda assim, é possível questionar: o que exatamente torna estrutural um

²⁶⁴ V. WEINSTEIN, Jack B. Ethical dilemmas in mass tort litigation. *Northwestern University Law Review*, v. 88, n. 2, p. 469-568, 1994, p. 483.

²⁶⁵ 384 U.S. 436 (1966). O caso é celebre. Ernesto Miranda foi preso sob suspeita de participar do sequestro e estupro de uma jovem. Durante seu interrogatório, ele assinou uma confissão. Mas em nenhum momento ele foi informado de seu direito a ficar em silêncio ou de seu direito à assistência de um advogado. Após ser condenado, Miranda recorreu à Suprema Corte alegando a nulidade de sua confissão. Não apenas a Corte julgou procedente o recurso, como, na fundamentação, afirmou expressamente que “antes de qualquer indagação, [o custodiado] o custodiado deve ser informado de que tem o direito de permanecer calado, de que tudo o que disser poderá ser usado contra si nos tribunais, de que tem direito à presença de um advogado e de que, se não tiver condições de contratar um advogado, a corte indicará um profissional para representá-lo”. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 479 (1966). Esse famoso trecho, usualmente conhecido como *Miranda rights* e comumente replicado em filmes americanos, é recitado por todo policial no momento da prisão, sob pena de nulidade.

²⁶⁶ APPEL, Peter A. Intervention in public law litigation: the environmental paradigm, *Washington University Law Quarterly*, v. 78, n. 1, p. 215-312, primavera de 2000, p. 221.

²⁶⁷ EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980, p. 482-486.

litígio? Seria esse conjunto de atributos consequência de uma complexidade do próprio direito material? Ou da forma como esse direito é demandado em juízo?

2.6. Policentrismo e litígios complexos

Não é difícil perceber que a reforma estrutural é uma tarefa policêntrica. Adequar uma instituição de grande porte ao direito para eliminar as causas do conflito envolve a consideração de muitas variáveis interdependentes, cuja relação de mutualidade torna difícil, senão impossível, antever todas as consequências de uma alteração.

A transposição da ideia de policentrismo para o direito, todavia, provocou uma deturpação involuntária de seu conceito. De acordo com a formulação original de Michael Polanyi, o direito seria, ele todo, um sistema policêntrico. Qualquer decisão judicial seria capaz de gerar efeitos imprevisíveis em outras relações jurídicas, atuais ou futuras.²⁶⁸

Lon Fuller deu a essa ideia interpretação mais restritiva, propondo a existência de litígios policêntricos e não-policêntricos. Assim, inaugurou a tese de que determinadas causas seriam estruturalmente mais complexas que outras, em razão do maior ou menor grau de policentrismo.²⁶⁹ Fuller reconheceu que "há elementos policêntricos em quase todos os problemas submetidos à jurisdição (...). Não se trata, pois, de uma questão de distinguir o preto do branco. Trata-se de distinguir quando os elementos policêntricos se tornaram tão significantes e predominantes que os limites próprios da jurisdição foram atingidos".²⁷⁰

Como, então, determinar se, num caso concreto, os elementos policêntricos preponderam? Essa questão é fundamental para a identificação daquilo que torna estrutural um litígio.

²⁶⁸ V. SABEL, Charles F. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1058.

²⁶⁹ BONE, Robert G. Lon Fuller's theory of adjudication and the false dichotomy between dispute resolution and public law models of litigation. *Boston University Law Review*, v. 75, n. 5, p. 1273-1324, nov. 1995, p. 1317.

²⁷⁰ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 397; ALLISON, J.W.F. Fuller's analysis of polycentric disputes and the limits of adjudication. *Cambridge Law Journal*, v. 53, n. 2, p. 367-383, jul. 1994, p. 371.

2.6.1. Identificando litígios policêntricos

Dois testes podem ser utilizados para verificar se um problema é predominantemente policêntrico. A resposta será positiva se a solução ótima depender (a) da opção por um dentre diversos critérios igualmente válidos e (b) da criação de um único regime para regulação de interesses interdependentes.²⁷¹

Para facilitar a compreensão, esses testes podem ser inicialmente aplicados aos exemplos utilizados por Fuller em seu *Forms and limits of adjudication*. O problema da viúva que deixa sua coleção de arte a dois museus sem especificar quais obras devem ser destinadas a qual instituição, por exemplo, preenche ambos os quesitos. O problema é policêntrico porque (a) inúmeros critérios igualmente válidos podem ser utilizados para definir o arranjo, como o valor global do acervo, o perfil clássico ou contemporâneo de cada instituição ou sua especialização em determinado artista. E, obviamente, (b) a escolha de uma obra por um museu afeta a escolha da obra seguinte pelo outro.²⁷²

O problema da escalação do time de futebol também atende ambos os requisitos. Afinal, (a) a escalação de um jogador pode ser definida por múltiplos critérios, como habilidade, resistência, experiência, disciplina tática ou condição física; e (b) a opção por um jogador na posição X impacta a escolha de outro jogador para ocupar a posição Y.²⁷³

A submissão de casos tipicamente estruturais a esses testes ajuda a demonstrar de que modo o policentrismo se faz relevante.

Brown I continha elementos policêntricos. Tratava-se de uma demanda em que dois direitos constitucionais estavam em contraposição. De um lado, o direito à igualdade, segundo o qual a segregação racial seria inerentemente desigual, ainda que a qualidade de educação fosse a mesma em escolas brancas e em escolas negras. De outro, o direito à autodeterminação individual, que proibiria o poder público de impor a convivência de brancos e negros "em termos insatisfatórios para ambos",

²⁷¹ EISENBERG, Melvin A. Participation, responsiveness, and the consultative process: an essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 410-432, dez. 1978, p. 426.

²⁷² EISENBERG, Melvin A. Participation, responsiveness, and the consultative process: an essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 410-432, dez. 1978, p. 423-424.

²⁷³ EISENBERG, Melvin A. Participation, responsiveness, and the consultative process: an essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 410-432, dez. 1978, p. 424.

como afirmado anos antes em *Plessy*.²⁷⁴

A resolução do mérito exigia a atribuição de conteúdo a esses direitos e consequente identificação dos respectivos limites. Essa tarefa pode ser considerada policêntrica. Como direitos fundamentais têm a mesma hierarquia, natureza principiológica e são dotados de relatividade, não há um critério que regule todos os casos.

Os métodos tradicionais de resolução de antinomias, baseados em hierarquia, temporalidade e especialidade, são inaplicáveis. Inúmeros fatores poderiam pesar em favor, por exemplo, da autonomia individual: o precedente firmado em *Plessy*; a tradição; a vontade do constituinte. Do mesmo modo, inúmeros fatores poderiam pesar, como pesaram, em favor da igualdade: o novo consenso social; a inviabilidade de se assegurar educação igual em regime de separação; o impacto desproporcional sobre a população negra.

Diversas fontes poderiam ser invocadas para preencher o conteúdo de cada um desses direitos fundamentais: os valores pessoais do julgador, o direito natural, a moral, a razão, a tradição, o consenso, uma determinada visão de progresso.²⁷⁵ Nenhuma delas é mais autoritativa que a outra, ao mesmo tempo em que a opção por uma provoca impactos imprevisíveis em outros direitos.²⁷⁶

A multiplicidade de fontes faz de *Brown I*, assim como faz de qualquer caso em que se exija a atribuição de significado a uma norma principiológica, um problema policêntrico. Mas *Brown I* não é, só por isso, estrutural.

2.6.2. *Policentrismo jurídico: uma característica dos ordenamentos contemporâneos*

A complexidade de *Brown I* é a mesma de qualquer demanda em que se discuta a prioridade de um direito fundamental sobre outro, seu conteúdo e extensão. A multiplicidade de centros de interesse juridicamente protegidos e a indeterminação quanto às fontes juridicamente válidas para densificação da norma fazem deste um

²⁷⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 551-552 (1896).

²⁷⁵ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980, p. 43-72.

²⁷⁶ *Slaughterhouse*, discutido no capítulo I, é um bom exemplo. O caso, que dizia respeito a açougueiros, impactou desde o direito de mulheres exercerem a advocacia até o direito de homossexuais contraírem matrimônio.

problema juridicamente policêntrico.²⁷⁷

O policentrismo jurídico traz à tona sérias questões quanto à legitimidade para definição do conteúdo de direitos. Em caso de indeterminação, pode o Judiciário definir o significado de um direito? Com base em quais critérios? Valores morais, religiosos, cívicos e tradicionais podem ser utilizados para essa tarefa? Deve o julgador levar em consideração as consequências de sua decisão? Deve considerar a opinião popular? Pode o legislador derrogar a decisão judicial por meio de alteração legislativa ou mesmo por meio de emenda à Constituição? A definição de mandatos fixos para membros de cortes superiores e supremas seria uma forma eficaz de controle da atividade jurisdicional? Ou a tarefa de fazer escolhas valorativas deveria ser integralmente atribuída ao legislador, dada sua representatividade e responsividade à vontade popular? Neste caso, como proteger minorias? Como assegurar que o processo legislativo de fato represente a vontade majoritária e, simultaneamente, respeite direitos minoritários?

Todos esses pontos costumam ser levantados contra a reforma estrutural. Mas eles estão endereçados ao inimigo errado. Nenhum desses problemas decorre da reforma estrutural, mas do policentrismo jurídico. Porque existem múltiplos critérios igualmente válidos para definição do conteúdo de um direito, a tarefa jurisdicional se torna incrivelmente complexa.

É justamente nesse âmbito de indeterminação jurídica que surgem críticas ao papel das cortes e à sua legitimidade para a reforma estrutural. A crítica é injusta. Na verdade, o policentrismo jurídico é consequência direta de pelo menos três fatores: (a) a permeabilidade do ordenamento jurídico a valores morais conflitantes; (b) a crescente utilização de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador; e (c) a dispersão da função normativa entre legislador e julgador.²⁷⁸

Os métodos de ponderação e balanceamento são tentativas de reduzir a complexidade pela definição de uma ordem objetiva preferencial entre os critérios de solução. Ambos os métodos visam a racionalizar a atribuição de diferentes pesos a diferentes direitos, a depender das circunstâncias do caso.²⁷⁹

²⁷⁷ FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982, p. 645-646.

²⁷⁸ V. HOROWITZ, Donald. Decreeing organizational change: judicial supervision of public institutions. *Duke Law Journal*, v. 1983, n. 6, p. 1265-1307, dez. 1983, p. 1266 e 1282.

²⁷⁹ EISENBERG, Melvin A. Participation, responsiveness, and the consultative process: an essay for Lon Fuller.

Isso mostra que o policentrismo jurídico não é uma característica inerente aos litígios estruturais. Trata-se de um problema de direito material, que se espalha por todo o ordenamento. Por isso, é mais bem trabalhado por áreas como a hermenêutica jurídica e a teoria da argumentação.²⁸⁰ O policentrismo jurídico torna complexo responder o *que* deve ser feito. Litígios estruturais não são um caso especial de problemas juridicamente policêntricos. A dificuldade que litígios estruturais impõem é responder *como* deve ser feito.

2.6.3. *Policentrismo extrajurídico: uma característica de litígios estruturais*

Se *Brown I* tivesse sido cumprido voluntariamente, não se exigiria do Judiciário a reestruturação de coisa alguma. Tampouco seria preciso o envolvimento judicial em decisões administrativas. A decisão teria impacto semelhante ao de *Miranda*. Exigiria adequação e produziria efeitos difusos. Mas não causaria a sobreposição de Judiciário e Executivo.

A resolução do mérito em *Brown I* requereu a solução de um problema juridicamente policêntrico. Já a implementação da decisão, tal qual definida em *Brown II*, fez necessária a solução de problemas policêntricos extrajurídicos.

Duas peculiaridades fazem de *Brown II* um litígio estrutural: a dispersão geográfica das escolas e a expectativa de forte resistência social ao cumprimento da decisão.²⁸¹ Diferentes obstáculos poderiam ser enfrentados em diferentes localidades. A superação desses entraves demandaria medidas de impossível previsão e repercussão. Mais do que isso, a definição dessas medidas concretas e o estabelecimento de um "grau mínimo" de dessegregação não estavam sujeitos a qualquer predeterminação jurídica. Os critérios disponíveis eram todos extrajurídicos.

Harvard Law Review, v. 92, n. 2, p. 410-432, dez. 1978, p. 425.

²⁸⁰ Para uma extensa revisão das correntes que trabalham o tema e proposta de solução, v. DORF, Michael C. Legal indeterminacy and institutional design. *New York University Law Review*, v. 78, n. 3, p. 875-981, jun. 2003.

²⁸¹ V. PFANDER, James E. Brown II: ordinary remedies for extraordinary wrongs. *Law and inequality*, v. 24, n. 1, p. 47-80, inverno de 2006, p. 50; PATTERSON, James T. *Brown v. Board of Education: a civil rights milestone and its troubled legacy*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 63-64; replicando essa análise a outros casos, v. EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980, p. 491-492, especialmente nota 141; NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 7, n. 2, p. 395-412, outono de 1984, p. 401; GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 588 e 611.

É exatamente o policentrismo extrajurídico que caracteriza litígios estruturais.²⁸²

Brown II também preenche os dois requisitos do teste proposto para identificação de problemas policêntricos. A solução ótima dependia (a) da opção por um dentre diversos critérios igualmente válidos e (b) da criação de um único regime para regulação de interesses interdependentes.²⁸³ A dessegregação de escolas exigiu a adoção de uma dentre inúmeras medidas igualmente aptas a promover a adequação das escolas à decisão da Suprema Corte. A opção por uma ou outra forma de implementação dependeria e, simultaneamente, impactaria o contexto, numa relação de interdependência.

Em algumas comunidades, por exemplo, escolas públicas foram fechadas para impedir a dessegregação.²⁸⁴ Em outras, os distritos foram redesenhados de forma aparentemente neutra, mas que na prática mantinha a segregação.²⁸⁵ Uma política comum foi deixar à escolha do estudante mudar ou não de escola. Se não houvesse a opção expressa por ser transferido, ele continuaria na mesma escola em que já estava matriculado.²⁸⁶ Outros distritos, ainda, permitiam a um estudante mudar da escola em que ele era minoria racial para outra, em que ele fosse parte da maioria.²⁸⁷ Há registro de que estudantes negros foram submetidos a testes de nivelamento e matriculados em séries nas quais há haviam sido aprovados.²⁸⁸ Na maior parte das áreas rurais do sul, a definição de distritos escolares de acordo com a residência seria suficiente para integrar brancos e negros. Já no norte e nas áreas urbanas, a divisão das cidades em “bairros brancos” e “bairros negros” tornaria essa medida inócua.²⁸⁹ Seria preciso eleger outro critério para distribuir as matrículas. Violência, boicotes, hostilidade, migração de alunos brancos para escolas privadas, embromação administrativa e novos atos de segregação oficial foram comuns durante a fase de implementação.²⁹⁰

²⁸² FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982, p. 646-647.

²⁸³ EISENBERG, Melvin A. Participation, responsiveness, and the consultative process: an essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 410-432, dez. 1978, p. 426.

²⁸⁴ *Griffin v. County School Board*, 377 U.S. 218 (1964).

²⁸⁵ *Clemons v. Board of Education*, 228 F.2d 853 (6th Cir.), cert. denied, 76 Sup. Ct. 651 (1956).

²⁸⁶ McKAY, Robert B. With all deliberate speed: a study of school desegregation. *New York University Law Review*, v. 31, n. 6, p. 991-1091, jun.1956, p. 1014.

²⁸⁷ *Goss v. Board of Education*, 373 U.S. 683 (1963).

²⁸⁸ *Clemons v. Board of Education*, 228 F.2d 853 (6th Cir.), cert. denied, 76 Sup. Ct. 651 (1956).

²⁸⁹ *Green v. County School Board*, 391 U.S. 430 (1968).

²⁹⁰ GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 588.

Cada obstáculo exigia uma medida coercitiva ou sub-rogação específica. A superação do entrave, por sua vez, criaria novas complexidades fáticas. A criação de um sistema de matrículas baseado em cor da pele, por exemplo, faria com que alguns estudantes fossem matriculados em escolas distantes de suas residências. Seria preciso criar um sistema de transporte escolar gratuito. Ou, nas cidades em que o sistema já existia, alterar as rotas dos ônibus.²⁹¹ Essa, entretanto, não era uma solução universal. Em algumas localidades, a modificação do sistema de transporte escolar traria custos financeiros tão altos, ou imporia às crianças viagens tão longas, que a medida seria desaconselhada.²⁹² Seria preciso imaginar alternativas, ou aceitar um grau menor de conformidade.²⁹³ Há notícias da necessidade de criação de aulas de reforço escolar e de turmas especiais para alunos com dificuldade de aprendizagem em escolas integradas.²⁹⁴ A mudança de uma prática administrativa repercutia de modo imprevisto em todo o sistema. O policentrismo entrara em operação.

Em *Brown II* e nos casos que dele derivaram, todavia, o policentrismo não era jurídico. Não havia diversas normas em colisão. Tampouco havia normas com muitas possibilidades semânticas sob análise. O problema não estava na definição do conteúdo jurídico de um direito. A complexidade estava na forma de implementação. Em como impor a decisão e em como medir um nível constitucionalmente aceitável de dessegregação. Os juízes de primeiro grau, a quem se delegou a implementação e monitoramento da decisão, não tinham critérios jurídicos para guiar sua atuação. A opção por uma ou outra medida era problematicamente discricionária. Na falta de normas jurídicas, a definição do caminho a ser seguido era quase intuitiva.²⁹⁵ O método de tentativa-e-erro, solução e resolução, próprio dos métodos gerenciais, foi amplamente utilizado. Fuller não errou.

²⁹¹ *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971)

²⁹² *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1, 30-31 (1971); *Crawford v. Board of Education*, 102 S. Ct. 3211, 3214, n. 3 (1982).

²⁹³ Como admitiu a Suprema Corte ao afirmar que o objetivo da reforma estrutural, no campo educacional, era atingir “o maior grau possível de dessegregação”. Destaque nosso. *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1, 26 (1971).

²⁹⁴ McKAY, Robert B. With all deliberate speed: a study of school desegregation. *New York University Law Review*, v. 31, n. 6, p. 991-1091, jun.1956, p. 1007.

²⁹⁵ FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982, p. 640; HOROWITZ, Donald. Decreeing organizational change: judicial supervision of public institutions. *Duke Law Journal*, v. 1983, n. 6, p. 1265-1307, dez. 1983, p. 1268.

*Holt*²⁹⁶ e *Wyatt*²⁹⁷ também são litígios estruturais que atendem aos dois testes para identificação de problemas policêntricos. Em ambos os casos, foi necessário estabelecer padrões mínimos de confinamento e tratamento psiquiátrico. Essa tarefa exigiu (a) a escolha de um critério dentre vários possíveis para definição de um parâmetro abaixo do qual instituições penitenciárias e psiquiátricas não poderiam operar; e (b) a realização de escolhas alocativas. A destinação de recursos públicos a presídios e hospitais reduz o orçamento disponível para outros projetos.

Brown II, *Holt* e *Wyatt* são casos estruturais em que o policentrismo incide sobre o mesmo problema: a multiplicidade de critérios extrajurídicos para medir e promover a adequação dos sistemas educacionais, prisionais e psiquiátricos ao direito.²⁹⁸

Essa característica pode ser mais problemática que o policentrismo jurídico. O policentrismo extrajurídico deixa o juiz à deriva. A ausência de critérios normativos para definir a forma e o grau satisfatório de cumprimento da decisão põe julgador e jurisdicionado numa posição desconfortável.²⁹⁹ O magistrado deve definir os fatos objetivos que compõem o problema, as possíveis soluções, seus custos e possíveis repercussões – ao menos as mais próximas. É preciso estabelecer limites sobre essa discricionariedade.

2.7. O impacto na relação entre poderes

A percepção de que litígios estruturais são marcados pelo policentrismo extrajurídico ajuda a evidenciar sua maior fragilidade e também a superar uma crítica onipresente. Se, por um lado, é verdade que processos estruturais dão ao juiz uma dose de discricionariedade incompatível com a ideia de poderes limitados (e com a visão que os próprios juízes têm de si),³⁰⁰ por outro lado não se pode falar que

²⁹⁶ *Holt v. Sarver*, 300 F. Supp. 825 (E.D. Ark. 1969), 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970), 442 F.2d 304 (8th Cir. 1971)

²⁹⁷ *Wyatt v. Stickney*, 334 F. Supp. 1341 (M.D. Ala. 1971), 344 F. Supp. 373 (M.D. Ala. 1972); *Wyatt v. Aderholt*, 503 F.2d 1305 (5th Cir. 1974)

²⁹⁸ Assim como em *Brown*, a resistência a *Holt* exigiu que o Judiciário se envolvesse na reestruturação do sistema prisional. V. FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 301-302.

²⁹⁹ V. GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops... it's still moving, *University of Miami Law Review*, v. 58, n., 1, p. 143-171, out. 2003, p. 146.

³⁰⁰ Em *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973), a Suprema Corte indeferiu pedido de reforma estrutural da polícia de Ohio para evitar uso excessivo de força em casos futuros. Na fundamentação, o tribunal mencionou que a formulação da tutela exigiria “a avaliação judicial de uma ampla gama de procedimentos e políticas públicas dessemelhantes, aprovados por diferentes órgãos (...). Seria inapropriado para um juiz assumir essa

processos estruturais sejam manifestação de ativismo judicial.

2.7.1. O que é ativismo judicial?

Esse termo foi utilizado pela primeira vez por Arthur Schlesinger Jr. Em artigo publicado na revista *Fortune* em janeiro de 1947, Schlesinger traçou o perfil dos Ministros que integravam a Suprema Corte. Ele classificou quatro magistrados como ativistas, três como adeptos da autorrestrrição e os dois restantes como intermediários.³⁰¹ Em sua concepção, o grupo ativista acreditava que "a Suprema Corte pode desempenhar um papel determinante na promoção do bem-estar social", defendia "seu próprio conceito de bem social" e considerava o Judiciário "um instrumento para atingir resultados sociais desejados". Em contraste, os adeptos da autorrestrrição defendiam "a expansão das matérias reservadas aos legislativos", ainda que isso significasse "validar conclusões que os juízes pessoalmente condenam".³⁰²

Embora Schlesinger tenha cunhado o termo "ativismo" de modo neutro, com intuito meramente classificatório, a expressão ganhou diferentes significados ao longo do tempo. Ela já foi utilizada para qualificar decisões que invalidam leis em controle de constitucionalidade; decisões que ignoram ou expressamente recusam-se a seguir precedentes; decisões que criam novos direitos ou obrigações; decisões que se afastam dos métodos tradicionais de interpretação; decisões que voluntariamente desviam do direito positivo para buscar resultados subjetivos; e mesmo decisões que interpretam normas em desacordo com o método originalista.³⁰³ Mais recentemente, o termo foi utilizado para designar decisões que visam a "frear os exageros do Legislativo e do Executivo".³⁰⁴

responsabilidade, mesmo na remota hipótese de ele possuir conhecimento técnico para tanto". A despeito dessa decisão, a Corte referendou inúmeras demandas estruturais que a consideração de critérios extrajurídicos para formulação da tutela. Para uma análise crítica do caso, v. EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980, p. 500-501. Sobre o desconforto judicial com processos estruturais, v. GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops... it's still moving, *University of Miami Law Review*, v. 58, n., 1, p. 143-171, out. 2003, p. 161-171.

³⁰¹ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, jan. 1947, p. 202 e 208.

³⁰² SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, jan. 1947, p. 201.

³⁰³ KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1478, out. 2004, p. 1463-1476.

³⁰⁴ GARTH, Bryant. "Juizes acham que seu papel é frear exageros", diz vice-reitor da Universidade da Califórnia. [Entrevista concedida a] Bernardo Mello. *O Globo*, Rio de Janeiro, 18 jun. 2019, disponível em

Outra concepção bastante difundida é aquela que enxerga ativismo em decisões progressistas. Não por acaso, a Corte Warren, como é conhecido o período entre 1953 e 1969, quando a Suprema Corte foi presidida por Earl Warren, é frequentemente taxada de ativista. Nesse período, o tribunal proferiu uma série de decisões contramajoritárias. Não apenas *Brown* é fruto dessa época, mas também *Engel v. Vitale*,³⁰⁵ em que se declarou inconstitucional lei que incentivava crianças a iniciar o dia letivo com uma oração invocando "Deus todo-poderoso"; *Gideon v. Wainwright*,³⁰⁶ em que se assegurou a todo suspeito o direito à assistência de um advogado; *New York Times v. Sullivan*,³⁰⁷ em que se tutelou o direito da imprensa de criticar agentes públicos; *Reynolds v. Sims*,³⁰⁸ em que se exigiu observância da regra do "uma pessoa, um voto"; *Elfbrandt v. Russell*,³⁰⁹ em que se protegeu a liberdade de expressão de membros do Partido Comunista; *Miranda v. Arizona*,³¹⁰ em que se assegurou o direito à não autoincriminação; *Loving v. Virginia*,³¹¹ em que se declarou inconstitucional a proibição de casamento inter-racial; e *Goldberg v. Kelly*,³¹² em que se exigiu oportunização de contraditório antes que um benefício social fosse cassado.

Todos esses casos têm em comum a limitação do poder do Estado e a atribuição de valores liberais a direitos fundamentais. Não causa surpresa, portanto, que a Corte Warren tenha sido acusada de usurpar a função legislativa. Tampouco surpreende a associação entre ativismo judicial e demandas estruturais. A reforma estrutural nasceu em meio ao movimento pelos direitos civis, foi uma consequência direta da luta pela igualdade e foi implementada por aquela que provavelmente foi a corte mais progressista da história dos Estados Unidos.

Mas a ligação entre ativismo judicial, liberalismo e demandas estruturais é incorreta. Primeiro, porque, assim como há ativismo liberal, há ativismo conservador. Embora seja incomum taxar de ativista uma decisão que impõe valores conservadores, é inegável que a atribuição de conteúdo a direitos fundamentais

<<<https://oglobo.globo.com/brasil/juizes-acham-que-seu-papel-frear-exageros-diz-vice-reitor-da-universidade-da-california-23747022>>>. Acesso em 18 jun. 2019.

³⁰⁵ 370 U.S. 421 (1962).

³⁰⁶ 372 U.S. 335 (1963).

³⁰⁷ 376 U.S. 254 (1964).

³⁰⁸ 377 U.S. 533 (1964).

³⁰⁹ 384 U.S. 11 (1966).

³¹⁰ 384 U.S. 436 (1966).

³¹¹ 388 U.S. 1 (1967).

³¹² 397 U.S. 254 (1970).

comporta opção por uma ou outra corrente política. Se a opção por valores liberais faz ativista a decisão judicial, a opção pelo conservadorismo deve receber o mesmo rótulo.

A Suprema Corte norte-americana proferiu uma série de decisões que pode facilmente ser chamada de ativista, mas em sentido oposto àquele que caracterizou a Corte Warren: declarou inconstitucionais ações afirmativas baseadas em raça;³¹³ programas de controle de armas;³¹⁴ limitações ao financiamento privado de campanhas;³¹⁵ restrições à publicidade de medicamentos;³¹⁶ leis que proíbem a discriminação baseada em orientação sexual;³¹⁷ leis que proíbem a discriminação no emprego em razão da idade;³¹⁸ leis de proteção ao meio ambiente;³¹⁹ leis que combatiam a violência de gênero;³²⁰ e determinou até mesmo a recontagem manual de votos na controvertida eleição presidencial de 2000, quando George W. Bush, republicano, venceu por margem mínima o democrata Al Gore.³²¹ Em todas essas decisões, a Corte deixou de lado a autocontenção para impor valores diversos daqueles estabelecidos pelo Legislativo.³²²

Em segundo lugar, a despeito da polissemia do termo,³²³ todas as concepções de ativismo parecem dizer respeito a uma predisposição do julgador em concretizar normas principiológicas a partir de seus próprios valores individuais.³²⁴ A reforma estrutural, todavia, não exige qualquer atuação ativista nesse sentido. Ao contrário. Decisões estruturais tendem a ter maior efetividade quando a resolução do mérito independe de uma tomada de posição politicamente sensível.

³¹³ *Parents Involved in Community School v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701, 747-78 (2007).

³¹⁴ *McDonald v. City of Chicago*, 130 S. Ct. 3020 (2010); *D.C. v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008); *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

³¹⁵ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S. Ct. 876 (2010).

³¹⁶ *Thompson v. Western States Medical Center*, 535 U.S. 357 (2002).

³¹⁷ *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000).

³¹⁸ *Kimel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000).

³¹⁹ *Solid Waste Agency v. United States Army Corps of Engineers*, 531 U.S. 159 (2001).

³²⁰ *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

³²¹ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

³²² STONE, Geoffrey R. Selective judicial activism. *Texas Law Review*, v. 89, n. 6, p. 1423-1431, mai. 2011, p. 1428-1429.

³²³ Tantas são as concepções de ativismo que tornou-se comum, no meio jurídico norte-americano, o ditado de que “ativista é toda decisão da qual eu discordo”.

³²⁴ GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops... it's still moving, *University of Miami Law Review*, v. 58, n., 1, p. 143-171, out. 2003, p. 161.

2.7.2. Litígios estruturais não estão ligados ao ativismo judicial

Historicamente, as cortes norte-americanas têm utilizado decisões estruturais somente em último caso. Apenas quando a instituição a ser reformada repetidamente falhou em adequar sua conduta ao direito é que o Judiciário, despido de alternativas menos intrusivas, assume a função de conduzir a reestruturação. Seja pela incapacidade institucional de adequação, seja pela resistência deliberada, a reforma estrutural só é empreendida em último caso, quando o Judiciário é obrigado a escolher entre tolerar a violação à norma ou promover a adequação do réu ao direito.³²⁵

A experiência norte-americana, aliás, não começa com uma corte ativamente determinando medidas estruturais. O reconhecimento e desenvolvimento dessa forma de tutela levou anos.³²⁶ Mesmo *Brown* pode ser lido como uma demonstração de que a reforma estrutural foi a última alternativa, tomada após o esgotamento das medidas tradicionais.

Antes de *Brown*, em *Plessy*, a Corte havia adotado a tese de que a segregação racial seria constitucional, desde que brancos e negros tivessem acesso a ambientes de qualidade equivalente. Nesse contexto, seria papel do Judiciário exigir a igualdade de condições entre escolas para brancos e escolas para negros. A decisão de dessegregar o sistema educacional só foi tomada após décadas de tentativas frustradas de promover igualdade de recursos e de oportunidades educacionais para crianças negras. A prática mostrou que era muito fácil aos governos locais esquivar-se do dever de oportunizar a todos educação de qualidade similar. Sob essa óptica, a dessegregação de escolas, além de ser a última medida, foi também a alternativa menos intrusiva que o controle judicial quanto à qualidade de ensino prestado por escolas segregadas.³²⁷ A dessegregação tampouco foi um arroubo ativista. Entre *Plessy* e *Brown*, 58 anos se passaram.

Myriam Gilles propõe a existência de duas condições empíricas para a reforma estrutural. Para a autora, a tarefa só é possível quando há amplo consenso de que determinada prática institucional sistematicamente viola os direitos de um grupo. No

³²⁵ GILLESPIE, Nora. Charter remedies: the structural injunction. *Advocates' Quarterly*, v. 11, n. 2, p. 190-221, fev. 1990, p. 198.

³²⁶ GILLESPIE, Nora. Charter remedies: the structural injunction. *Advocates' Quarterly*, v. 11, n. 2, p. 190-221, fev. 1990, p. 198.

³²⁷ BALKIN, Jack M. What Brown teaches us about constitutional theory. *Virginia Law Review*, v. 90, n. 6, p. 1537-1578, out. 2004, p. 1570-1571.

mínimo, deve haver consenso entre grupos relevantes, como a academia, a mídia e a comunidade jurídica. E, em segundo lugar, tais violações devem ser consideradas intoleráveis. Quanto mais extenso o consenso e profunda a indignação causada pela afronta ao direito, mais favoráveis são as condições de se movimentar a pesada máquina judiciária para reforma estrutural.³²⁸

A mesma ideia pode ser extraída da insistente afirmação de Owen Fiss de que a função jurisdicional é e sempre foi atribuir significado a valores constitucionais. Para ele, a reforma estrutural exige um processo diferenciado em razão do contexto em que é exercida, não porque a essência da jurisdição seja diversa da de um processo para resolução de conflitos.³²⁹ Tanto num quanto noutro modelo, a função do julgador é a mesma. Por esse motivo, Fiss previu, nos anos 1970, que as críticas à reforma estrutural gradualmente focariam menos no aspecto substancial e mais na expedição de ordens longas e complexas.³³⁰

Se essa análise é verdadeira, então decisões estruturais estão longe de configurar ativismo. Em vez de impor seus próprios valores, o que o Judiciário faz num litígio estrutural é adequar uma instituição a valores socialmente compartilhados.³³¹ A simples mudança de foco da reparação de um dano para a eliminação das causas do conflito não torna ativista o juiz ou política a decisão. Em maior ou menor extensão, o conteúdo jurídico desses valores é objeto de consenso social. Ausente esse conteúdo axiológico comum, desaparece o apoio social indispensável à implementação da decisão.

Esse fenômeno pode ser explicado à luz do policentrismo. A complexidade que caracteriza os litígios estruturais não está no conteúdo dos direitos, mas nas inúmeras possibilidades de implementação, cada qual com repercussões próximas da imprevisibilidade. Como visto, processos estruturais são caracterizados pelo policentrismo extrajurídico. A complexidade que torna estrutural um litígio está na

³²⁸ A autora chama esses requisitos, respectivamente, de “extensão” e “profundidade”. GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops... it's still moving, *University of Miami Law Review*, v. 58, n. 1, p. 143-171, out. 2003, p. 147-148. No mesmo sentido, denominando esses requisitos “saliência” e “sensibilidade”, ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 1558.

³²⁹ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 1, 35-36

³³⁰ FISS, Owen. Dombrowski. *The Yale Law Journal*, v. 86, n. 6, p. 1103-1164, mai. 1977, p. 1159-1160.

³³¹ No mesmo sentido, v. EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980, p. 498. Em sentido contrário, v. FRUG, Gerald E. Judicial power of the purse. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 126, n. 4, p. 715-794, abr. 1978, p. 716.

multiplicidade de critérios extralegais para definir o cumprimento e de meios para implementar a decisão.³³²

Daí por que a concepção de direito deve ter suporte social. Justamente porque há amplo e profundo consenso de que o *status quo* é inaceitável, o processo jurisdicional é visto como via legítima para a implementação de mudanças.

De fato, em demandas estruturais, a conformidade da situação de fato ao direito costuma ser o aspecto menos controverso. Com enorme frequência, a alegação do autor de que a instituição não atinge um parâmetro mínimo de cumprimento sequer é contestada. Regularmente, agentes públicos mostram-se simpáticos à pretensão do grupo autor, pois eles mesmos têm tentado sem sucesso adequar as práticas institucionais ao direito. Até mesmo agentes políticos, como governadores e prefeitos, costumam reconhecer publicamente a situação de desconformidade. Exemplos abundam.³³³ Em geral, litígios para reforma de instituições psiquiátricas contaram com expressivo apoio do Legislativo e quase nenhuma resistência do Executivo.³³⁴ Em Massachusetts, o Governo do Estado expressamente recusou-se a “defender o indefensável” e reconheceu que as instituições psiquiátricas do Estado não atingiam padrões mínimos de funcionamento.³³⁵ No Distrito de Columbia, a administração admitiu que as condições das instituições psiquiátricas eram inaceitáveis.³³⁶ No Arkansas, o administrador prisional apoiou a intervenção judicial, cooperou com autores e juízo na reforma do sistema carcerário e se opôs à defesa apresentada pelo Procurador-Geral do Estado.³³⁷ No Texas, um membro do departamento de correções informou o Procurador-Geral do Estado que as condições nas prisões estaduais eram ainda

³³² Em sentido semelhante, v. HOROWITZ, Donald. Decreeing organizational change: judicial supervision of public institutions. *Duke Law Journal*, v. 1983, n. 6, p. 1265-1307, dez. 1983, p. 1287.

³³³ Todos os exemplos que se seguem foram compilados por SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1062-1063. Sobre a costumeira simplicidade do mérito em litígios estruturais, v. ainda SANDLER, Ross; SCHOENBROD, David. *Democracy by decree: what happens when courts run government*. New Haven and London: Yale University Press, 2003, p. 139-182; SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 6, mai. 1999, p. 2015-2016.

³³⁴ ANDERSON, Lloyd C. Implementation of consent decrees in structural reform litigation. *University of Illinois Law Review*, v. 1986, n. 3, p. 725-778, jan. 1986, p. 768-769.

³³⁵ *Ricci v. Okin*, 537 F. Supp. 817, 820-21 (D. Mass. 1982).

³³⁶ *Evans v. Williams*, 139 F. Supp. 2d 79, 96-97 (D.D.C. 2001).

³³⁷ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 59-66.

piores do que a petição inicial descrevia.³³⁸ No Alabama, onde custodiados dormiam em pisos cobertos de urina e fezes, o advogado do Estado declarou aos jornais que “isso é o que acontece quando você tem um legislativo que abdica de seus deveres”.³³⁹ No Kansas, um distrito escolar ajuizou ação contra o próprio Estado, em nome dos estudantes, para que fosse adotado um plano de dessegregação racial.³⁴⁰ Em Pittsburgh, um chefe do Departamento de Polícia concordou com procedimentos de monitoramento requeridos pelo autor coletivo (o Departamento de Justiça), com o intuito de se distanciar da administração anterior.

A evidência quase indiscutível de que a instituição ré reiteradamente viola direitos legítima a reforma estrutural, ainda que essa atividade atribua ao julgador alta dose de discricionariedade na eleição de meios e definição de critérios. Quanto mais simples juridicamente o mérito, mais espaço se abre para que a implementação seja estrutural. Em outros termos, quanto menos discricionariedade se outorga ao juiz para resolver o mérito, mais discricionariedade é tolerável na forma de implementá-lo.

Um litígio em que tanto o mérito quanto a implementação envolvam problemas policêntricos atribui ao Judiciário tamanha discricionariedade que o apoio institucional para cumprimento da decisão se esvai. A proliferação de questões policêntricas jurídicas e extrajurídicas traria tantas incertezas para o processo que sua definição seria impossível, seja pelo risco de uma decisão errada, seja pelo convite à arbitrariedade. A tentativa de definir unilateralmente o conteúdo de um direito e reestruturar uma instituição social para impor essa concepção concentra no Judiciário funções legislativas, administrativas e jurisdicionais. Nesses termos, a separação de poderes seria, de fato, violada.

As decisões da Suprema Corte mostram que, quanto mais fundamental um direito – e, portanto, mais evidente seu conteúdo –, mais tolerante é o tribunal à discricionariedade nas formas de implementação.³⁴¹ Os casos de dessegregação

³³⁸ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 88-89.

³³⁹ Cf. SCHLANGER, Margo. Civil right injunctions over time: a case study of jail and prison court orders. *New York University Law Review*, v. 81, n. 2, p. 550-630, mai. 2006, p. 608. O caso em questão é *Pugh v. Locke*, 406 F. Supp. 318, 334 (M.D. Ala. 1976).

³⁴⁰ *Missouri v. Jenkins*, 495 U.S. 33, 37 (1990). A ação foi ajuizada em litisconsórcio com dois membros do conselho escolar. O juiz de primeiro grau determinou que o distrito escolar fosse incluído no polo passivo. V. *Missouri v. Jenkins*, 491 U.S. 274, 276 (1989) (*Jenkins I*).

³⁴¹ FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982, p. 664. No mesmo sentido, mas destacando a relação oposta (quanto mais intrusivo o mérito, menos intrusiva a execução), v. ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of*

escolar e de redefinição de distritos eleitorais evidenciam a relação entre substância e processo.

2.7.3. Mérito simples, execução complexa I: a definição de distritos eleitorais

Em *Baker v. Carr*³⁴² e, mais tarde, em *Reynolds v. Sims*,³⁴³ conhecidos como *apportionment cases*, a Corte decidiu que distritos eleitorais deveriam ser desenhados de acordo com a distribuição populacional. No primeiro caso, julgado em 1962 por maioria, superou-se precedente firmado apenas 16 anos antes, quando se estabelecera que a definição geográfica de distritos eleitorais seria questão puramente política, não sujeita a controle jurisdicional.³⁴⁴

Na época, o maior problema era a desproporção entre distritos rurais e distritos urbanos. Era comum que áreas rurais pouco povoadas e áreas urbanas com alta densidade populacional elegeassem o mesmo número de representantes no Legislativo estadual. A composição do Congresso também era afetada. Como, na eleição para o Legislativo federal, os votos eram contados por distrito, o voto de um eleitor de área rural tinha mais peso que o voto de um eleitor de área urbana.

Em geral, a disparidade não era intencional. Ela decorria do acelerado processo de urbanização pelo qual os Estados Unidos passavam. Mas era inegável que os legisladores, justamente os beneficiados pela divisão de distritos então vigente, não tinham qualquer incentivo para alterar as regras do jogo. Em *Baker*, a Corte declarou que a desproporção entre distritos eleitorais violava o direito fundamental à igualdade. Era, portanto, um problema sujeito ao controle jurisdicional, não um tema exclusivamente político.³⁴⁵

Em voto divergente, Justice Frankfurter, que em 1946 redigira o precedente ora

judicial review. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980, p. 124-125.

³⁴² 369 U.S. 186 (1962).

³⁴³ 377 U.S. 533 (1964).

³⁴⁴ *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946).

³⁴⁵ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Para Donald Horowitz, o grande legado de *Baker* foi ter baixado o parâmetro de sindicabilidade judicial. Em suas palavras, “[a]fter *Baker* reformulated the political question doctrine, it was a short step to the reformulation of comparable threshold doctrines. With the barriers lowered, the courts moved toward making judicial business more nearly coterminous with the business of government (...). *Baker v. Carr* deserves equal billing with *Brown v. Board of Education*”. HOROWITZ, Donald. Decreeing organizational change: judicial supervision of public institutions. *Duke Law Journal*, v. 1983, n. 6, p. 1265-1307, dez. 1983, p. 1280.

superado, manteve-se fiel a seu entendimento e expressou vigorosamente seu desacordo. Para ele, a Corte estava entrando num “matagal político”, no qual os critérios usuais para uma decisão judicial simplesmente não existiam.³⁴⁶

A dissidência de Frankfurter é emblemática. Sua discordância não era com o mérito da decisão. A disparidade populacional entre distritos afrontava a mais rudimentar noção de igualdade.³⁴⁷ O problema não era enxergar uma violação à igualdade, mas definir *como* distritos eleitorais poderiam ser redesenhados pelo Judiciário. Essa, para Frankfurter, não era uma tarefa jurisdicional. Uma multiplicidade de critérios extrajurídicos poderia ser utilizada. Nenhum deles tinha precedência legal sobre os demais. A ausência de critérios jurídicos, para ele, tornaria essa tarefa tão discricionária que apenas os poderes eleitos poderiam desempenhá-la.³⁴⁸ Afinal, toda definição de distritos eleitorais impactaria no resultado das eleições.³⁴⁹

Os fundamentos do voto vencido estavam corretos. Havia em *Baker* nítido policentrismo extrajurídico. Mérito juridicamente simples, implementação faticamente complexa. A despeito de considerar o caso sindicável, a Corte não estabeleceu em *Baker* um critério a ser seguido para definição de distritos. O *standard* foi definido apenas dois anos depois, em *Reynolds v. Sims*. Nesse caso, a Suprema Corte adotou um critério matemático: os distritos eleitorais deveriam, na medida do possível, observar equilíbrio populacional, de modo que o número de eleitores fosse aproximadamente o mesmo em cada distrito. E enunciou aquele que se tornaria um princípio do majoritarianismo: uma pessoa, um voto.³⁵⁰

Embora tenha havido reações contrárias à decisão, principalmente por parte de legisladores estaduais, a quem a manutenção do *status quo* interessava, a conclusão da Suprema Corte obteve considerável apoio público.³⁵¹ O precedente corrigiu uma distorção no processo político e estabeleceu um *standard* aparentemente eficaz em limitar a discricionariedade judicial. Os distritos eleitorais seriam definidos

³⁴⁶ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 266-330, (1962).

³⁴⁷ ISSACHAROFF, Samuel. Gerrymandering and political cartels. *Harvard Law Review*, v. 116, n. 2, p. 593-648, dez. 2002, p. 596.

³⁴⁸ FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982, p. 664.

³⁴⁹ No aforisma de Robert Dixon Jr., “all districting is gerrymandering” (“toda definição de distritos eleitorais é manipulativa”, em tradução livre). DIXON Jr., Robert G. *Democratic representation: reapportionment in law and politics*. New York: Oxford University Press, 1968, p. 462.

³⁵⁰ *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

³⁵¹ McCLOSKEY, Robert G. The Supreme Court 1961 Term, Foreword: the reapportionment case. *Harvard Law Review*, v. 76, n.1, p. 54-74, nov. 1962, p. 58-59.

numericamente, não ao bel-prazer do magistrado.

Escrevendo apenas quatro anos após a adoção do critério numérico, Robert McKay considerou o caso um sucesso. A despeito de uma ou outra resistência, as objeções iniciais se dissiparam e, em 1968, “a tarefa de redesenhar os distritos estava essencialmente completa”.³⁵²

O diagnóstico mostrou-se prematuro. Embora a disparidade numérica tenha sido satisfatoriamente corrigida, o critério adotado pela Suprema Corte foi incapaz de abarcar outras distorções.³⁵³ A manipulação de distritos para diluir votos da população negra, latina (*racial gerrymandering*),³⁵⁴ de minorias religiosas³⁵⁵ ou de adversários políticos (*partisan gerrymandering*)³⁵⁶ exigiu a adoção de outros critérios que não a igualdade meramente numérica entre distritos. Em termos analíticos, a solução original desencadeou repercussões imprevistas. Foi necessário ressolucionar o problema para garantir o princípio segundo o qual eleitores devem escolher seus representantes, e não o contrário.³⁵⁷

De todo modo, esses casos mostram a relação inversamente proporcional entre policentrismo jurídico e extrajurídico. Quanto mais simples a definição do mérito, menos problemática a reforma estrutural. Como observou Myriam Gilles, quanto mais evidente e intolerável a violação, maior a legitimidade da interferência judicial, ainda que isso implique embrenhar-se num “matagal político”, como Frankfurter se referiu a um ambiente marcado pela ausência de critérios jurídicos para guiar a atividade jurisdicional.

A despeito de ter regulado o processo eleitoral e de ter extraído uma norma bastante específica (uma pessoa, um voto) a partir de um princípio de baixa densidade normativa (a igualdade), a conclusão veiculada nos *apportionment cases* não costuma ser taxada de ativista.³⁵⁸ A resolução de litígios estruturais exige protagonismo do juiz

³⁵² McKAY, Robert B. Reapportionment: success story of the Warren Court, *Michigan Law Review*, v. 67, n. 2, p. 223-236, dez. 1968, p. 229.

³⁵³ A insuficiência era previsível. V. Baker v. Carr and legislative apportionments: a problem of standards. *Yale Law Journal*, v. 72, n. 5, p. 968-1040, abr. 1963, p. 972.

³⁵⁴ *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993).

³⁵⁵ *United Jewish Organizations v. Carey*, 430 U.S. 144 (1977).

³⁵⁶ *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109 (1986).

³⁵⁷ BERMAN, Mitchell N. Managing gerrymandering, *Texas Law Review*, v. 83, n. 3, p. 781-854, fev. 2005, p. 781.

³⁵⁸ Mesmo autores que condenam o ativismo, como John Hart Ely, costumam aprovar as decisões proferidas em *Baker* e *Reynolds*. ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980, p. 120-125. No mesmo sentido, v. DORF, Michael C. Legal indeterminacy and

no processo: na condução do debate, na definição de *standards* de cumprimento e no acompanhamento da implementação. Mas não exige ativismo, no sentido de definir o conteúdo de direitos a partir de concepções subjetivas. Quanto menor a subjetividade na definição do mérito, maior o apoio institucional, político e social à reforma.

2.7.4. Mérito simples, execução complexa II: a dessegregação escolar

Brown também é um bom teste para as precondições propostas por Gilles. Quando a decisão foi proferida, havia significativo consenso de que a segregação racial nas escolas era incompatível com a igualdade. Embora esse entendimento não fosse majoritário, ele era dominante nas comunidades com maior influência sobre a Suprema Corte, como a mídia, a academia e o meio jurídico. O tema despertava paixões de ambos os lados. Enquanto dessegregacionistas consideravam intolerável a segregação, segregacionistas consideravam intolerável a integração racial.³⁵⁹

O apoio de uma elite intelectual foi determinante para que *Brown I* declarasse inconstitucional a segregação das escolas. Mas seria preciso um consenso muito mais amplo para que *Brown II* fosse, de fato, implementado. Esse consenso foi construído ao longo dos dez anos seguintes ao julgamento.³⁶⁰

Dois fatores foram decisivos para que a decisão fosse finalmente cumprida. O primeiro foi a cobertura da imprensa. Numa década em que a televisão ganhava importância como meio de difusão de informações, imagens de ódio gratuito contra negros, agressões injustas, prisões abusivas durante protestos pacíficos e resistência injustificada à dessegregação de escolas foram transmitidas a todo o território nacional. A mídia ajudou a moldar a opinião pública em favor do movimento pelos direitos civis.³⁶¹

O segundo fator, em grande medida decorrente do primeiro, foi a aprovação do *Civil Rights Act* de 1964. Os títulos IV e VI da lei previram instrumentos especialmente

institutional design. *New York University Law Review*, v. 78, n. 3, p. 875-981, jun. 2003, p. 881.

³⁵⁹ GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops... it's still moving, *University of Miami Law Review*, v. 58, n., 1, p. 143-171, out. 2003, p. 149.

³⁶⁰ V. GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 615 e 623.

³⁶¹ NELSON, Jack. The civil rights movement: a press perspective. *Human Rights*, v. 28, n. 4, p.3-6, outono de 2001. As imagens podem ser facilmente encontradas na internet. Argumentando que o papel da mídia foi maior que o papel da própria Suprema Corte, v. ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 1621-1623.

eficazes. O título IV dava ao *Attorney General* legitimidade para ajuizar demandas contra a segregação escolar. Contornou-se, assim, a dependência de ações individuais privadas para atingir um fim público. O título VI, a seu turno, condicionou o recebimento de verbas públicas federais pelos Estados à eliminação do regime segregacionista.

A partir desse momento, *Brown II* deslanchou. Em 1954, quando a decisão foi proferida, apenas 0,001% das crianças negras do sul estudavam em escolas majoritariamente brancas. Uma década depois, a despeito de todos os esforços para implementar a decisão e vencer a resistência judicialmente, o número aumentou para míseros 2,3%. Após a aprovação do *Civil Rights Act*, o número passou para 13,9% em 1967; 23,4% em 1968; 37,6% em 1976; 42,9% em 1986; e atingiu 43,5% em 1988.³⁶²

A relação inversamente proporcional entre policentrismo jurídico e extrajurídico pode ser vista em *Brown*. Enquanto a decisão podia ser considerada exercício de ativismo judicial, a Corte manteve-se em grande medida inerte. Nesse período, ela apoiou-se na sua famosa fórmula aberta: a decisão deveria ser cumprida *with all deliberate speed*. Enquanto muitos doutrinadores viram nessa expressão um vacilo da Corte,³⁶³ outros enxergaram uma formulação estratégica.³⁶⁴ Para evitar reações mais violentas nos Estados do Sul, a Suprema Corte estabeleceu um remédio fraco, sem impor prazo específico para implementação. A partir do momento em que as condições sociais se tornaram favoráveis, com amplo apoio popular e respaldo legislativo com a aprovação do *Civil Rights Act*, foi possível impor medidas mais incisivas contra as administrações locais recalcitrantes.³⁶⁵ Principalmente quando ficou claro que as administrações locais estavam diretamente implicadas na opressão.³⁶⁶

³⁶² ORFIELD, Gary. Schools more separate: consequences of a decade of resegregation. *The Civil Rights Project*, Harvard University, 2001, p. 29, 2001. Disponível em <<http://www.civilrightsproject.harvard.edu/research/deseg/Schools_More_Separate.pdf>>. Acesso em 06/03/2019.

³⁶³ V., por todos, CHEMERINSKY, Erwin. The segregation and resegregation of American public education: the Court's role. *North Carolina Law Review*, v. 81, n. 4, p. 1597-1622, mai. 2003.

³⁶⁴ PFANDER, James E. Brown II: ordinary remedies for extraordinary wrongs. *Law and inequality*, v. 24, n. 1, p. 47-80, inverno de 2006, p. 52-55; WEAVER, Russell L. The rise and decline of structural remedies. *San Diego Law Review*, v. 41, n. 4, p. 1617-1632, nov./dez. 2004, p. 1620; GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 612.

³⁶⁵ *Griffin v. County School Board*, 377 U.S. 218, 232 (1964); *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1, 16-18 (1971).

³⁶⁶ DORF, Michael C. Legal indeterminacy and institutional design. *New York University Law Review*, v. 78, n. 3, p. 875-981, jun. 2003, p. 879.

2.8. Uma esperança vazia?

Por um lado, a relação inversamente proporcional entre policentrismo jurídico e extrajurídico responde adequadamente à crítica segundo a qual decisões estruturais seriam indevido exercício de ativismo – seja qual for o conceito que se atribua a esse termo. Na verdade, a complexidade extrajurídica geralmente conduz o Judiciário à autorrestrrição na definição do conteúdo de direitos.

Por outro lado, essa relação levanta importantes impugnações quanto à aptidão do Judiciário para promover mudanças sociais. Se decisões estruturais tendem a ser reativas e a tão somente reconhecer direitos cujo conteúdo já tenha significativo consenso, então o papel do Judiciário não seria promover uma reforma, mas apenas cancelar uma mudança já em andamento. O Judiciário seria capaz de coadjuvar outras instituições na implementação da mudança, mas não de iniciá-la. Uma decisão estrutural, em outras palavras, não mudaria a sociedade. É a sociedade que muda e, por consequência, altera as concepções sobre direitos. Esperar que mudanças significativas venham das cortes seria, assim, uma esperança vazia.

2.8.1. Três deficiências e quatro condições

Essa é a contundente opinião de Gerald Rosenberg, que fez uma das críticas mais consistentes à utilização da via jurisdicional para a promoção de mudanças sociais. Curiosamente, a crítica é oposta à acusação de ativismo e invasão às competências dos poderes políticos.

Para Rosenberg, as condições para que o Judiciário implemente mudanças sociais são tão custosas e, o processo, tão ineficiente, que a tarefa seria quase que um exercício de inutilidade.³⁶⁷ Na verdade, a baixa probabilidade de sucesso mal compensaria os custos decorrentes do litígio. A procedência da demanda daria aos vencedores uma ilusão de vitória, um triunfo jurídico meramente simbólico, ao passo que seria capaz de mobilizar grupos oponentes para a ação política – essa, sim, capaz

³⁶⁷ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 75.

de repercutir no mundo real.³⁶⁸

Rosenberg constatou três deficiências do Judiciário e identificou quatro condições para que a tarefa aconteça de modo efetivo.

Em primeiro lugar, a utilização das cortes como arena política exige que demandas sociais sejam apresentadas na forma de direitos, sejam eles expressos, implícitos ou decorrentes de outros direitos. Dessa estrutura surge a primeira deficiência: o Judiciário só consegue promover mudanças que estejam contidas na ordem jurídica posta, ou que sejam extensão dela. Mudanças contrárias ao direito, mesmo que sejam relevantes e tenham apoio popular, não têm no processo jurisdicional uma via adequada.³⁶⁹

Em segundo lugar, o Judiciário não é tão independente quanto parece. Embora seus membros tenham garantias institucionais que visem a assegurar imparcialidade, mecanismos de controle recíproco fazem do Judiciário um *player* político como os demais poderes. Uma decisão ou entendimento jurisprudencial podem ser superados legislativamente.³⁷⁰ Se o ataque direto não for opção viável, o Congresso pode alterar as regras do jogo como forma de retaliação. Por exemplo, aumentando o número de Ministros da Suprema Corte,³⁷¹ reduzindo a idade limite para aposentadoria dos Ministros³⁷² ou alterando regras de competência, de modo a diluir o poder da corrente majoritária.³⁷³

A terceira deficiência consiste na ausência de mecanismos adequados para o desenvolvimento e implementação de decisões que determinam mudanças sociais significativas. Ao contrário do Executivo, o Judiciário não possui pessoal ou mesmo estrutura para a implementação de políticas públicas. E, diferentemente do

³⁶⁸ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 5926-5654.

³⁶⁹ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 233-261

³⁷⁰ Um bom exemplo é o conjunto formado por *Chisholm v. Geórgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793) e a subsequente aprovação da 11ª Emenda.

³⁷¹ Após sucessivas derrotas do governo na Suprema Corte por 5x4, o então Presidente Franklin Delano Roosevelt, recentemente reeleito, apresentou projeto de lei (*Judicial Procedures Reform Bill of 1937*) que aumentava o número de Ministros de 9 para 15, o que lhe garantiria ampla maioria no tribunal. A proposta foi enviada ao Congresso em 05 de fevereiro de 1937. Poucos meses depois, o Ministro Owen Roberts mudou seu entendimento e passou a considerar constitucionais os projetos de lei vinculados ao *New Deal*. A legislação não foi aprovada, mas o intento do Executivo foi atingido. Costuma-se atribuir o comportamento de Roberts à manobra de Roosevelt.

³⁷² Proposta semelhante também constava do *Judicial Procedures Reform Bill* de 1937.

³⁷³ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 261-285

Legislativo, o Judiciário não possui a chave do cofre. Toda decisão cujo cumprimento exija maiores gastos deve se adequar às regras sobre orçamento. A destinação de recursos é atribuição dos poderes políticos. Sem apoio de Executivo e Legislativo, o Judiciário é incapaz de enfrentar, sozinho, a resistência a uma decisão polêmica.³⁷⁴

De acordo com Rosenberg, mesmo que as três deficiências sejam superadas num caso concreto, uma mudança social significativa exigiria ainda a presença de uma das seguintes condições: (a) oferta de incentivos por um agente externo; (b) imposição de custos por um agente externo; (c) possibilidade de implementação da decisão pelo mercado; (d) oportunidade de utilização da decisão como um escudo para agentes que querem agir, mas não desejam enfrentar a opinião pública.³⁷⁵

Como se observa, todas as condições exigem que a decisão seja encampada por um agente externo, seja ele um poder eleito ou agentes privados atuando no mercado. Sem esse reforço, a decisão teria eficácia apenas como fenômeno jurídico, sem aptidão para promover qualquer mudança social significativa.

2.8.2. Uma decisão inútil?

A análise de Rosenberg sobre *Brown* é ilustrativa. O autor concorda com a tese de que os casos de reforma estrutural somente seriam bem-sucedidos quando tivessem o apoio do Executivo, do Legislativo e da opinião pública – ou, ao menos, baixa oposição da opinião pública. Justamente por isso, ele afirma, o Judiciário seria beneficiado por uma concausalidade. A mudança, qualquer que seja ela, não viria da determinação judicial, mas de fatores independentes. A aparente efetividade da ordem judicial deveria ser creditada, na verdade, à disposição dos demais poderes em concretizá-la³⁷⁶.

Rosenberg fundamenta sua crítica em dados empíricos. Ele refuta inclusive os efeitos indiretos de *Brown*. As informações por ele compiladas demonstram, por exemplo, que a cobertura jornalística do movimento pelos direitos civis não aumentou após a decisão. Salvo por acontecimentos específicos, como o boicote aos ônibus em

³⁷⁴ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 285-368.

³⁷⁵ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 522-601.

³⁷⁶ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 5899-5901.

Montgomery, o episódio dos nove de *Little Rock* ou os protestos em Birmingham, o número de matérias e reportagens caiu quando comparado ao período anterior à decisão da Suprema Corte. Isso sugere que a imprensa repercutiu os eventos de grande comoção ligados ao *civil rights movement*, não a atuação jurisdicional.³⁷⁷

Tampouco as leis que se seguiram à decisão podem, em sua opinião, ser consideradas efeito de *Brown*. Os debates no Congresso fazem poucas referências ao caso, mas demonstram preocupação dos legisladores com a opinião pública e com a pressão da imprensa. Embora a aprovação de leis assegurando direitos civis em 1957, 1960 e 1964 insinue alguma influência das decisões de 1954 e 1955, o número de congressistas que apoiaram as medidas decresceu nos anos imediatamente posteriores a *Brown*.³⁷⁸

Nem mesmo a opinião pública, segundo Rosenberg, foi impactada significativamente pela decisão da Suprema Corte. De acordo com dados da época, o número de brancos sulistas que não se opunham à dessegregação das escolas em 1956 (cerca de 15%) caiu pela metade três anos depois. No país como um todo, o apoio à igualdade racial aumentou, mas essa era uma tendência sólida, já verificada antes de *Brown*.³⁷⁹

O trabalho de Rosenberg é coeso. Todas as suas conclusões são apoiadas por uma coleção robusta de dados factuais. Ainda assim, é possível questionar tanto suas premissas quanto suas conclusões. Bem analisado, seu trabalho reforça a tese de que litígios estruturais podem e devem ser resolvidos pelo Judiciário.

2.9. Desembaraçando as críticas

O ceticismo de Rosenberg não é direcionado à reforma estrutural, mas ao papel do Judiciário como um todo. Para ele, cortes dificilmente promovem mudanças sociais significativas, independentemente do contexto ou do instrumento: litígios estruturais, formação de precedentes ou controle de constitucionalidade. Isso fica claro pela

³⁷⁷ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 1581-1625.

³⁷⁸ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 1652-1758.

³⁷⁹ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 1809-1866.

própria seleção de casos do autor. Ao lado de litígios típica ou potencialmente estruturais, como aqueles destinados a promover a igualdade racial ou a igualdade de gênero, ele discute (e infirma) também o papel do Judiciário em demandas não estruturais, como o direito ao aborto³⁸⁰ e ao casamento homoafetivo.³⁸¹

Isso acontece porque seu estudo é focado em litígios que mudaram (ou tentaram mudar) políticas públicas nacionais, não necessariamente naqueles que exigiram a reestruturação de uma burocracia ao longo do tempo. A questão que inquieta Rosenberg é: qual a melhor maneira de produzir mudanças sociais significativas? Ou, em outras palavras, de onde vem o reconhecimento social de novos valores? Seria o processo um instrumento eficaz? Por isso, o autor recorta o problema a partir do impacto, não a partir da complexidade. Sua intenção é comparar a eficácia da via jurisdicional com outros métodos de reivindicação e convencimento público, como a pressão política, as manifestações públicas e o uso da imprensa.³⁸²

O método determina a conclusão. Indubitavelmente, revolucionar a sociedade a partir da imposição judicial de novos valores é tarefa muito mais difícil e questionável que conformar uma estrutura burocrática a valores já compartilhados.³⁸³

Esse tipo de recorte é comum. As críticas ao ativismo judicial, à imposição judicial de valores ou à elaboração judicial de políticas públicas são excessivamente abrangentes. Como elas não diferenciam o policentrismo jurídico do extrajurídico, acabam englobando situações diversas sob o mesmo rótulo.³⁸⁴

Processos estruturais não exigem a introjeção de novos valores no direito. Como visto, a complexidade jurídica não é uma característica essencial desse tipo de

³⁸⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1993).

³⁸¹ O autor discute casos decididos em cortes estaduais. O precedente da Suprema Corte que uniformizou o entendimento sobre o tema é posterior ao livro. V. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015).

³⁸² O próprio Rosenberg afirma que seu recorte não engloba “litígios destinados a mudar a forma como uma burocracia específica funciona (...), mas litígios destinados a mudar o funcionamento de todo um conjunto de burocracias ou instituições de abrangência nacional, sim”. ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 149.

³⁸³ Em sentido contrário, defendendo a possibilidade de utilização da arena judicial para promover debate na sociedade, v. LOBEL, Jules. Courts as forums for protest. *UCLA Law Review*, v. 52, n. 2, p. 477-562, dez. 2004.

³⁸⁴ Outro exemplo é a crítica de Malcolm Feeley e Edward Rubin. Os autores reconhecem que “judicial policy making does not necessarily involve judicial implementation. Both the constitutional privacy cases, which culminated in *Roe v. Wade*, and the common law right of privacy cases are clear examples of judicial policy making, but neither includes an implementation element”. Ainda assim, tratam litígios estruturais e não estruturais sob o rótulo de “elaboração judicial de políticas públicas”. V. FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 299.

litígio. Ao contrário, quanto maior o policentrismo jurídico, menor a tendência de a decisão afastar-se daquela concepção tradicional de jurisdição como simples declaração de direitos. Isso explica satisfatoriamente por que a Suprema Corte se manteve inerte na primeira década após *Brown*, quando a decisão ainda não gozava de amplo consenso.

O fato de determinados valores serem comuns a uma sociedade não implica, todavia, que seu conteúdo seja unânime. Tampouco faz com que todos ajam de acordo com a concepção prevalecente. Embora decisões estruturais tendam a não inserir novos valores no direito, elas promovem mudança social ao adequar instituições de grande porte a concepções compartilhadas. A mudança é fática, não axiológica.

A primeira deficiência apontada por Rosenberg (a limitação do Judiciário a reconhecer ou estender direitos) pode ser um problema quando se busca a juridicização de um novo valor. Mas não é um problema em litígios estruturais, nos quais se busca a conformação de uma instituição a valores jurídicos compartilhados.³⁸⁵ O que está em jogo, numa demanda estrutural, não é *quais* direitos aplicar, mas *como* adequar o comportamento de uma instituição a esses direitos. A via jurisdicional pode ser deficiente para a introdução consciente e voluntária de novos valores no direito, mas é a única via possível para a adequação de burocracias a valores preestabelecidos juridicamente.³⁸⁶

Não se está defendendo que o Judiciário exerce um papel axiologicamente neutro. O exercício da jurisdição envolve a inevitável concretização de conceitos jurídicos indeterminados. O direito é um produto cultural e, como tal, reflexo de seu tempo. O ordenamento jurídico espelha concepções morais e políticas. Se mudam as noções de certo e errado, bom e ruim, justo e injusto, as normas jurídicas tendem a acomodar os novos valores. O processo inverso – a imposição de valores por um centro de poder e sua posterior disseminação pela sociedade – dificilmente se

³⁸⁵ Esse ponto foi bem compreendido por Martin Luther King, que escreveu: “The law tends to declare rights - it does not deliver them. A catalyst is needed to breathe life experience into a judicial decision by the persistent exercise of the rights until they become usual and ordinary in human conduct”. KING, Martin Luther; WASHINGTON, James M (ed.). *A testament of hope: the essential writings of Martin Luther King, Jr.* San Francisco: Harper One, 1986, p. 165.

³⁸⁶ V. McKNIGHT, Brent H. How shall we then reason? The historical setting of equity. *Mercer Law Review*, v. 45, n. 3, p. 919-998, primavera de 1994, p. 922.

sustenta.³⁸⁷

A permeabilidade do direito a valores em constante mutação é um fenômeno difuso. Não há um agente único responsável pela introdução de novas concepções no mundo jurídico. Embora a criação de normas primárias seja atribuição do Legislativo, o Judiciário é um importante *player* na definição e atualização de concepções axiológicas.

Nesse sentido, a segunda deficiência apontada por Rosenberg (a possibilidade de o Judiciário sofrer retaliação dos poderes eleitos) tampouco é um problema em litígios estruturais. Antes, é uma virtude. Quanto menos voluntarista for a decisão, maior será a legitimidade para sua implementação. A possibilidade de reação dos demais poderes à imposição judicial de valores não compartilhados pela comunidade é um limite ao arbítrio.

2.9.1. A obtenção de informações

De acordo com a terceira deficiência apontada por Rosenberg, o Judiciário não estaria aparelhado para criação e implementação de políticas públicas. O argumento agrega duas impugnações comuns à reforma estrutural: (a) a de que o desenho institucional do Judiciário não permitiria reunir informações suficientes para tomar uma decisão informada; e (b) a de que o Judiciário seria incapaz de, por si só, impor sua decisão de modo eficaz. A estrutura relativamente enxuta do poder jurisdicional tornaria o cumprimento dependente de outras instituições, públicas ou privadas.

A primeira impugnação pode ser contestada frontalmente. Estudos empíricos demonstram que o arcabouço cognitivo produzido em processos estruturais é mais completo e impacta mais a decisão do que as informações factuais reunidas durante o processo legislativo. Além de mais superficiais, os dados reunidos durante o processo legislativo são frequentemente utilizados para justificar decisões políticas previamente tomadas.³⁸⁸

³⁸⁷ ADAMANY, David. Legitimacy, realigning elections, and the Supreme Court. *Wisconsin Law Review*, v. 1973, n. 3, p. 790-846, 1973, p. 807.

³⁸⁸ REBELL, Michael A.; BLOCK, Arthur R. *Educational policymaking and the courts: an empirical study of judicial activism*. Chicago: The University of Chicago Press, 1982; REBELL, Michael A. Poverty, meaningful educational opportunity, and the necessary role of the courts. *North Carolina Law Review*, v. 85, n. 5, p. 1467-1544, jun. 2007, p. 1531-1532. No mesmo sentido, v. DEVIN, Neal. Congressional factfinding and the scope of judicial review: a preliminary analysis. *Duke Law Journal*, v. 50, n. 5, p. 1169-1214, mar. 2001, p. 1177-1187.

O Executivo, por outro lado, mostrou-se capaz de reunir informações mais amplas e mais detalhadas. Mas o estudo apontou problemas quanto à objetividade no uso desse material.³⁸⁹ O problema pode ser explicado por uma mudança de percepção. As grandes virtudes do Estado administrativo dos anos 1930 e 1940 gradualmente passaram a ser vistas como vícios. Ao longo do século XX, questões de princípio tornaram-se mais importantes aos olhos do público que questões técnicas. A qualidade de vida sobrepôs a economia como uma preocupação dos americanos. Nos anos 1960, a desconfiança do público para com as instituições políticas já interpretava a discricionariedade, a *expertise* e a flexibilidade típicas das agências reguladoras como arbitrariedade, intransigência e direcionamento político. O Judiciário, embora fosse também alvo de desconfiança, era institucionalmente mais ligado a princípios que à acomodação de interesses. Daí sua maior tendência à objetividade.³⁹⁰ O processo judicial, em síntese, passou a ser visto como um modo de introjetar racionalidade em decisões até então guiadas pela transação de interesses políticos, econômicos ou ideológicos, não necessariamente racionais.

Essa inclinação também é comprovada empiricamente. O mesmo estudo mencionado acima concluiu que, em comparação com os poderes eleitos, o Judiciário costuma decidir não com base em políticas instrumentais, mas em princípios constitucionais. Enquanto o Legislativo é propenso a utilizar o método de ajustes mútuos e o Executivo prefere os métodos pragmático ou analítico, o Judiciário geralmente adota o método racional-analítico.³⁹¹

Embora surpreendentes, essas conclusões devem ser lidas com cautela. Elas servem ao propósito de demonstrar que o processo judicial pode sim ser um meio eficaz para a reforma estrutural. O modelo adversarial é um mecanismo bastante eficiente em estimular as partes a produzirem informações. Mas não se pode perder de vista que a fase instrutória, no direito norte-americano, é significativamente diversa do direito brasileiro. A *discovery* norte-americana é muito mais invasiva e custosa que

³⁸⁹ REBELL, Michael A. Poverty, meaningful educational opportunity, and the necessary role of the courts. *North Carolina Law Review*, v. 85, n. 5, p. 1467-1544, jun. 2007, p. 1531-1532.

³⁹⁰ HOROWITZ, Donald. Decreeing organizational change: judicial supervision of public institutions. *Duke Law Journal*, v. 1983, n. 6, p. 1265-1307, dez. 1983, p. 1284-1285; FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 300.

³⁹¹ REBELL, Michael A. Poverty, meaningful educational opportunity, and the necessary role of the courts. *North Carolina Law Review*, v. 85, n. 5, p. 1467-1544, jun. 2007, p. 1531-1532.

a nossa fase de instrução. Há que se verificar se o direito brasileiro seria capaz de chegar aos mesmos resultados, ainda que por meio de técnicas diferentes. O ponto será estudado oportunamente. De todo modo, essas observações empíricas demonstram que o processo judicial tem condições de produzir uma decisão bem informada. É incorreto afirmar, *a priori*, que o processo jurisdicional é essencialmente inapto para produção de material cognitivo suficiente à resolução de problemas policêntricos.

2.9.2. O ovo, a galinha e a interação entre os poderes

Para Rosenberg, uma decisão contramajoritária somente teria eficácia quando outros agentes encampassem a tarefa. O sucesso tardio de *Brown II*, por exemplo, seria devido aos grandes protestos em favor dos direitos civis, à cobertura da imprensa, à pressão eleitoral, à tentativa de evitar novos episódios de violência, à aprovação do *Civil Rights Act* e a uma mudança na opinião pública, mas não à decisão da Suprema Corte. Os verdadeiros responsáveis pela dessegregação de escolas seriam os poderes políticos, não o Judiciário, que somente teria pego carona no trabalho alheio.³⁹²

Uma causa, porém, não exclui a outra. Embora não se possa afirmar que a lei de 1964 seja consequência de *Brown*, é possível entrever ao menos duas importantes contribuições da Suprema Corte. Se *Brown* tivesse sido decidido em sentido contrário, reafirmando *Plessy* e a validade da segregação racial, o *Civil Rights Act* jamais teria sido aprovado. No mínimo, as condições jurídicas para aprovação da lei foram criadas dez anos antes. Sem *Brown*, o *Civil Rights Act* seria inconstitucional por indevida intromissão do Congresso na autonomia individual. Além de ter criado o ambiente juridicamente indispensável à aprovação da lei, *Brown* também antecipou o *backlash*. Se o Judiciário não tivesse dado o primeiro passo e sofrido toda a reação negativa, o *Civil Rights Act* provavelmente a teria sofrido. Sua aprovação e aplicação teriam sido muito mais problemáticas.³⁹³

É impossível concluir se a ineficácia inicial de *Brown* foi devida à forte reação

³⁹² ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle), localizador 1529-2253.

³⁹³ HOROWITZ, Donald. Decreeing organizational change: judicial supervision of public institutions. *Duke Law Journal*, v. 1983, n. 6, p. 1265-1307, dez. 1983, p. 1282.

contrária, à cautela da Suprema Corte ou, como defende Rosenberg, à absoluta incapacidade do Judiciário de impor suas decisões num contexto de recalcitrância. Mas parece razoável supor que, invertidos os fatores, o resultado teria sido o mesmo: se as normas do *Civil Rights Act* de 1964 tivessem sido aprovadas dez anos antes, e *Brown* dez anos depois, a mesma objeção inicial seria observada. Nesse cenário, a crítica seria oposta. Dir-se-ia que o Legislativo, sozinho, é incapaz de impor normas contramajoritárias. Uma norma geral e abstrata não se aplica sozinha. Seria necessária a decisão da Suprema Corte para lhe dar eficácia concreta.

Na verdade, Judiciário e Legislativo sofrem da mesma debilidade: nenhum deles foi desenhado para implementar suas próprias decisões. Assim como uma decisão judicial sem amplo consenso tende a ser descumprida, leis contrárias ao sentimento majoritário costumam ser ineficazes. Afirmar que decisões judiciais contramajoritárias são ineficazes porque dependem dos poderes eleitos para serem impostas é enfocar apenas metade do problema. Decisões legislativas sofrem do mesmo mal. Elas dependem do Judiciário para serem impostas. Não são raros, aliás, os casos de leis ineficazes por serem simplesmente ignoradas, dado o descompasso entre seu conteúdo e os valores da comunidade.

O Executivo, por sua vez, sofre da debilidade oposta. Sua capacidade decisória é enfraquecida. Dada sua inaptidão para criar ou interpretar normas, sua maior contribuição é negativa: deixar de defender uma norma quando atacada em juízo.³⁹⁴

Isso mostra que, em vez de buscar uma relação de causalidade definitiva para mudanças sociais, como se fosse possível estabelecer a precedência do ovo sobre a galinha, parece mais adequado analisar a constante interação entre os poderes.³⁹⁵ A agenda de um repercute sobre a agenda do outro. A inação de um provoca a ação do outro, que, por sua vez, desencadeia a reação dos demais, numa relação circular. A omissão do Congresso, em grande medida, levou o Judiciário a assumir a dessegregação de escolas. O imobilismo das administrações locais, por sua vez, fez com que, passados dez anos, o próprio Legislativo encampasse a luta pela igualdade

³⁹⁴ A administração Obama adotou essa postura em 2011, quando deixou de defender em juízo o *Defense of Marriage Act*, lei federal de 1996 que proibia a administração federal de reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo - ainda que o ato fosse válido no Estado de origem. V. SAVAGE, Charlie; STOLBERG, Sheryl. In shift, U.S. says marriage act blocks gay rights. *The New York Times*, 23 fev. 2011. Disponível em <<<https://www.nytimes.com/2011/02/24/us/24marriage.html>>>. Acesso em 20/03/2019.

³⁹⁵ V. STURM, Susan. The legacy and future of corrections litigation. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 142, n. 2, dez. 1993, p. 656.

racial e aprovasse o *Civil Rights Act*.³⁹⁶

Por fim, se o conturbado contexto social da dessegregação escolar não permite isolar o impacto de uma decisão estrutural, o contexto da ressegregação oferece essa possibilidade. A partir dos anos 1980 e, principalmente, ao longo da década de 1990, diversas ordens de dessegregação foram levantadas, sob o argumento de que a tarefa estaria concluída e de que nenhum vestígio de discriminação racial restara.³⁹⁷ Coincidentemente, a partir do momento em que o Judiciário considerou concluída a reforma estrutural, o sistema escolar voltou a se segregar. No sul, a proporção de crianças negras estudando em escolas majoritariamente brancas atingiu seu ápice em 1988, quando chegou a 43,5%. Desde então, a percentagem vem caindo. Em 1998, ela voltou a apenas 32,7%, índice similar àquele do início da década de 1970.³⁹⁸

A retirada das ordens de dessegregação mostra que o Judiciário é, sim, capaz de promover reformas sociais. Mais ainda, contraria a principal premissa de Gerald Rosenberg: a de que mudanças sociais podem ser medidas por mudanças na opinião pública. Rosenberg fundamenta a desimportância de *Brown*, por exemplo, na ausência de impacto mensurável em pesquisas de opinião. Esse dado só é pertinente para quem pretenda mudar a opinião pública por meio de um processo judicial. Definitivamente, não é isso o que se busca num processo estrutural. Não se mede a importância de uma decisão judicial olhando seus efeitos na opinião pública. É esperado que as opiniões consonantes com a decisão se mantenham, ao passo que as opiniões discordantes se tornem mais veementes. A importância de uma decisão judicial está no seu impacto dentro do próprio direito: na reorganização do ordenamento, na concretização de valores e na conformação da realidade aos direitos reconhecidos. Neste ponto, *Brown* deixou um legado inigualável.

De todo modo, em 1994, o número de americanos que apoiavam a decisão proferida pela Suprema Corte em *Brown* chegou a impressionantes 87%.³⁹⁹ Desde

³⁹⁶ HOROWITZ, Donald. Decreeing organizational change: judicial supervision of public institutions. *Duke Law Journal*, v. 1983, n. 6, p. 1265-1307, dez. 1983, p. 1281-1282.

³⁹⁷ CHEMERINSKY, Erwin. The segregation and resegregation of American public education: the Court's role. *North Carolina Law Review*, v. 81, n. 4, p. 1597-1622, mai. 2003, p. 1615-1622.

³⁹⁸ ORFIELD, Gary. Schools more separate: consequences of a decade of resegregation. *The Civil Rights Project*, Harvard University, 2001, p. 29, 2001. Disponível em <<http://www.civilrightsproject.harvard.edu/research/deseg/Schools_More_Separate.pdf>>. Acesso em 20/03/2019.

³⁹⁹ Fonte: Pesquisa Gallup 1994. V. CARROLL, Joseph. *Race and education 50 years after Brown v. Board of Education*. Disponível em <<<https://news.gallup.com/poll/11686/race-education-years-after-brown-board-education.aspx>>>. Acesso em 21/03/2109.

então, o número de pessoas que acreditam que programas de integração são benéficos tem se mantido no patamar historicamente mais alto.⁴⁰⁰ Se a opinião pública, a lei e a administração apoiam a dessegregação e o papel do Judiciário na promoção da igualdade entre raças, o único fator que explica a ressegregação das escolas é a ausência de ordens estruturais.

O Judiciário não é e não pode pretender ser o único responsável pela reforma estrutural. Mas a tese de que uma decisão judicial é incapaz de promover qualquer mudança social significativa só é defensável quando se utilizam os dados errados para medir a eficácia da decisão.

2.10. Os verdadeiros problemas

Litígios estruturais são uma decorrência do papel que grandes instituições desempenham na sociedade contemporânea. Embora uma ou outra de suas características essenciais possam ser encontradas em conflitos tradicionais entre indivíduos, o conjunto demonstra uma forma de lide diversa daquela tradicionalmente resolvida pelo processo. E, por isso, inadequadamente tratada pelo direito processual.

O modelo tradicional de resolução de conflitos congela uma situação jurídica no tempo, destaca-a de seu contexto social e a apresenta ao juízo para definição dos fatos e aplicação do direito. Esse modo de ser é facilmente observado no procedimento comum: a fase postulatória converte um conflito social em problema jurídico, tornando irrelevantes consequências não previstas na norma. O princípio da estabilização da demanda, que incide sobre a postulação, torna irrelevantes alterações de fato posteriores. Ao final da fase postulatória, tem-se um retrato do litígio. É sobre essa imagem estática, tal qual uma fotografia, que a atividade jurisdicional incidirá, ainda que ela deixe de corresponder à realidade em constante transformação. A fase de instrução, por sua vez, dedica-se à reconstrução de fatos passados. E a fase decisória tem por objetivo a declaração do direito e aplicação da norma.

Duas grandes omissões são verificadas no procedimento comum: a completa

⁴⁰⁰ Fonte: Pesquisa CNN/USA Today/Gallup 1999. V. GILLESPIE, Mark. *Americans want integrated schools, but oppose school busing*. Disponível em <<<https://news.gallup.com/poll/3577/americans-want-integrated-schools-oppose-school-busing.aspx>>>. Acesso em 21/03/2019.

ausência de uma fase para construção da forma de tutela adequada e a inexistência de um momento para verificação dos resultados e revisão da ordem.

A primeira deficiência decorre do pressuposto de que, uma vez declarado o direito, sua tutela decorreria automaticamente do ordenamento. Não haveria, portanto, necessidade de se discutir a forma de implementação. A uma decisão condenatória deve-se seguir a obrigação de pagar; a uma decisão mandamental ou executiva, deve-se seguir uma ordem de fazer ou não fazer, devidamente acompanhada da ameaça de coerção; a uma sentença declaratória ou constitutiva, nada se segue, pois ambos os provimentos operam mudanças exclusivamente jurídicas. Exaurem-se, portanto, com a própria decisão.

A segunda deficiência é consequência da primeira. Como a forma de tutela deveria decorrer do ordenamento, quaisquer considerações quanto à eficácia da decisão não seria um problema jurisdicional, mas legislativo. A revisão da forma de implementação, num litígio tradicional, é impensável. De um só problema não podem decorrer soluções concorrentes.

Essa configuração é válida tanto para o direito norte-americano quanto para o direito brasileiro. Em nenhum desses sistemas jurídicos existe uma fase processual dedicada à construção do remédio adequado. Ambos pressupõem que a discussão será travada unicamente com relação aos fatos e ao direito. Esse procedimento é inadequado para resolver litígios estruturais. Ele abre excessivo espaço para a discussão de questões simples, ao passo que não oferece um momento adequado para resolução das questões realmente complexas.

Uma vez comprovada, por exemplo, a superlotação em estabelecimentos prisionais, o juiz resolve a questão principal de maneira absolutamente tranquila: declarando inconstitucionais as condições de confinamento. Não há qualquer dificuldade em comprovar a superlotação ou em subsumir esse fato a uma norma jurídica. Ainda assim, são essas as questões enfatizadas pelo processo, seja ele individual ou coletivo.

O policentrismo extrajurídico ajuda a evidenciar as questões que precisam ser discutidas num processo estrutural. As formas de tutela, a definição de um *standard* de cumprimento, os resultados esperados, o prazo para implementação, o acompanhamento judicial e as repercussões sobre a esfera jurídica de terceiros são pontos ignorados pelo processo tradicional. Deve haver uma oportunidade para

discussão desses pontos. Seja em respeito ao contraditório, seja como forma de limitar a discricionariedade judicial na seleção de meios de implementação, o processo deve se adequar a essa nova espécie de litígio, imprevista (e impensável) no século XIX, quando os cânones processuais foram estabelecidos.

Críticas a essa tarefa não faltam e devem ser enfrentadas. Polanyi, em outro contexto, concluiu que arranjos policêntricos devem ser regidos pelo mercado, dada sua tendência à auto-organização. Fuller, adaptando essa ideia ao direito, defendeu a inaptidão do processo para a resolução de problemas policêntricos. Comum a ambos os pontos de vista é o pressuposto de que a centralização decisória seria prejudicial à resolução de problemas complexos, em que a interferência num ponto afeta outro ponto, sem que se possam prever todas as repercussões.

Conflitos estruturais, todavia, impõem dificuldades a ambas as conclusões. Ao contrário de cientistas e consumidores, utilizados por Polanyi para ilustrar sistemas policêntricos, um detento não pode livremente seguir a lógica de mercado e procurar um presídio com capacidade adequada. O mercado, neste caso, não é uma opção.

As alternativas apontadas por Fuller à interferência judicial, por sua vez, padecem de dificuldades similares àquelas enfrentada pelo Judiciário. O processo legislativo está sujeito às preferências majoritárias, não aos valores constitucionais. Além disso, assim como o juiz é incapaz de antever todas as repercussões de um problema policêntrico, também o é o legislador. A mediação, por sua vez, visa à acomodação mútua, não à determinação de direitos. A negociação, a seu turno, embora adequada à solução de disputas policêntricas, está sujeita à desigualdade no poder de barganha, além de serem imunes ao escrutínio público.⁴⁰¹ Soluções administrativas gerenciais, finalmente, parecem uma boa solução. Mas o que fazer quando o Poder Executivo, cuja função primária é administrar, recusa-se a adequar sua atuação à lei?

Justamente porque reconheceu a insuficiência dos demais métodos, Fuller admitiu a necessidade, ainda que ocasional, de que disputas policêntricas sejam resolvidas pela via jurisdicional. Em correspondência privada, o autor recusou-se a condenar as decisões que determinaram a dessegregação de espaços públicos nos Estados Unidos nos anos 1950, mas ressaltou seu caráter excepcional. Na sua

⁴⁰¹ ALLISON, J.W.F. Fuller's analysis of polycentric disputes and the limits of adjudication. *Cambridge Law Journal*, v. 53, n. 2, p. 367-383, jul. 1994, p. 373-374.

opinião, a relevância dos direitos em questão justificaria a utilização excepcional da via jurisdicional. Ele chegou à mesma conclusão em questões envolvendo discriminação no trabalho. Em suas palavras, “às vezes, ao lidar com problemas sociais, nós talvez tenhamos que misturar óleo e água”, referindo-se a questões policêntricas e jurisdição.⁴⁰²

Feitas as devidas adaptações procedimentais, problemas policêntricos e jurisdição talvez não se comportem como água e óleo. Atribuir ao Judiciário a tarefa de resolver litígios estruturais cria um sistema policêntrico para resolver problemas policêntricos, tal qual proposto por Elinor Ostrom. A possibilidade de interferência judicial numa atribuição típica do Poder Executivo cria uma bem-vinda incerteza. A reiterada violação de direitos pode acarretar a perda do poder de autodeterminação do Executivo e transferi-lo ao Judiciário.

A simples existência desse arranjo estimula a instituição a cooperar com o grupo prejudicado e coloca os poderes em interação. A inação de um pode levar à ação do outro. A existência de diversos centros de decisão, cada qual operando sob um sistema diferente de normas, pode ser uma interessante solução ao modelo centralizador. A dois poderes majoritários, com poder de iniciativa e que operam segundo interesses de curto prazo, soma-se um terceiro *player*, contramajoritário e inerte, que opera segundo valores jurídicos. Processos estruturais, nesse sentido, veiculam uma “pretensão de desestabilização”: eles visam a perturbar instituições que falham cronicamente em obedecer ao direito e estão isoladas do processo de responsabilização política.⁴⁰³ A demanda estrutural tira a instituição de seu isolamento e a abre às críticas de suas vítimas.

Processos estruturais não são, obviamente, o único meio de resolver litígios estruturais. Mas parecem ser um meio eficaz de estimular a instituição violadora a reconsiderar seu padrão de conduta em situações nas quais a lógica de mercado não opera.

A alternativa a eles seria a utilização do processo em sua configuração tradicional. Reiteradas condenações individuais ou coletivas poderiam, ao longo do tempo, impor custos tão relevantes à instituição que ela seria forçada, por pressão

⁴⁰² ALLISON, J.W.F. Fuller’s analysis of polycentric disputes and the limits of adjudication. *Cambridge Law Journal*, v. 53, n. 2, p. 367-383, jul. 1994, p. 374.

⁴⁰³ SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1020.

econômica, a alterar seu padrão de conduta.⁴⁰⁴

Três argumentos podem ser opostos a essa visão conservadora. Em primeiro lugar, ela impõe a esdrúxula exigência de que o dano ocorra primeiro, para depois buscar sua reparação. Decisões estruturais são especialmente importantes para tutela preventiva de bens irrecuperáveis. Não faz sentido que uma centena de barragens se rompa, ou que toneladas de chumbo sejam despejadas em local impróprio, para que só então seja arbitrado um valor para ressarcimento pecuniário. Determinados bens jurídicos devem ser tutelados preventivamente, sob pena de não serem tutelados.

Em segundo lugar, essa visão ignora a importante função das ordens judiciais – *injunctions* no direito americano, provimentos mandamental e executivo no direito brasileiro. Esperar que o juiz atue somente por meio de provimentos declaratórios, constitutivos ou condenatórios é defender um descompasso gritante entre as necessidades do direito material e as possibilidades do direito processual. Trata-se de uma injustificada tentativa de confinar o Judiciário ao mundo ideal, abstrato e impotente do puro fenômeno jurídico.

Por fim, a proposta de resolver problemas estruturais por meio do processo tradicional pode muito bem ser sintetizada no ditado popular segundo o qual “água mole em pedra dura tanto bate até que fura”. É até possível que, depois de bilhões de anos, um oceano de decisões consiga erodir padrões de conduta teimosamente antijurídicos. A questão que se coloca é se estamos dispostos a esperar bilhões de anos para igualar oportunidades educacionais entre brancos e negros; para assegurar tratamento digno a pacientes psiquiátricos; para vedar práticas danosas ao meio-ambiente; práticas discriminatórias no mercado de trabalho; para garantir condições dignas de confinamento. Os problemas estruturais variam em razão do contexto, mas existem no direito americano como no brasileiro. O fator tempo não pode ser desprezado pelo processo.

Sob o rótulo de ativismo, diversas críticas são endereçadas aos processos estruturais. Curiosamente, elas são mutuamente excludentes ou incoerentes entre si.

A acusação de que processos estruturais servem para a imposição de valores individuais do magistrado, por exemplo, é incompatível com a crítica oposta, segundo

⁴⁰⁴ SCOTT, Kenneth E. Two models of the civil process. *Stanford Law Review*, v. 27, n. 3, p. 937-950, fev. 1975, p. 950; DOBBS, Dan. Ending punishment in punitive damages deterrence-measured remedies. *Alabama Law Review*, v. 40, n. 3, p. 831-918, primavera de 1989, p. 910-912.

a qual uma decisão judicial seria absolutamente ineficaz para promover mudanças sociais.

Além de contraditórias, ambas as críticas são equivocadas. A primeira imputa aos processos estruturais um problema inerente a todo e qualquer ordenamento jurídico pautado em normas abstratas, de conteúdo principiológico e de mesma hierarquia. Litígios estruturais não são necessariamente caracterizados pelo policentrismo jurídico. O risco de “ativismo”, nesse sentido, existe tanto em litígios estruturais quanto em conflitos simples. A acusação de ineficácia, por sua vez, decorre de um erro de premissa. Processos estruturais não são destinados a alterar a opinião pública. Antes, eles decorrem de uma mudança valorativa difusa. Tentar identificar o precursor das mudanças valorativas é incidir no paradoxo do ovo e da galinha.

De outro lado, um outro conjunto de críticas enxerga ativismo no fato de o juiz atuar na ausência de lei. Argumenta-se também que magistrados não teriam aptidão para resolver problemas tipicamente administrativos.

O primeiro argumento não é necessariamente verdadeiro. O *Civil Rights Act* de 1964 continha autorização genérica para emissão de ordens estruturais abrangentes. Além disso, diversos litígios estruturais foram decididos com fundamento em leis específicas. Em *Halder v. Pennhurst State School and Hospital*,⁴⁰⁵ a decisão de primeiro grau aplicou critérios definidos em lei estadual para definir o que seriam condições mínimas para tratamento psiquiátrico digno. Em *Anderson v. Redman*,⁴⁰⁶ o juízo também utilizou parâmetros definidos em lei estadual para decidir o que seriam condições mínimas de confinamento. Em *Crawford v. Board of Education*,⁴⁰⁷ a decisão aplicou lei estadual que determinava a dessegregação de escolas.

A relação entre o primeiro e o segundo argumento tampouco é inteligível. Ainda que não houvesse leis autorizando a reforma estrutural, não é claro de que modo a existência de lei por si só, tornaria o juiz mais apto a resolver minúcias administrativas. A gestão de patrimônios inteiros é atribuída ao Judiciário por meio de leis que regulam sucessões, falências e recuperações de empresas. Nem por isso o juiz se torna um *expert* em administração de empresas ou gestão de patrimônio. O que importa não é a capacidade de o juiz decidir minúcias administrativas, mas a aptidão do processo

⁴⁰⁵ 446 F.Supp. 1295, 1322-23 (E.D. Pa. 1977).

⁴⁰⁶ 429 F.Supp. 1105, 1122 (D.Del. 1977).

⁴⁰⁷ 17 Cal. 3d 280, 296-97, 551 P.2d 28, 39, 130 Cal. Rptr. 724, 734-35 (1976).

para permitir uma decisão informada.⁴⁰⁸

Para além dessas incoerências, o argumento de que processos estruturais seriam exercício de ativismo judicial ou desrespeito à separação de poderes comporta ainda uma observação histórica: a despeito de todo o prestígio de que o argumento goza no círculo acadêmico, a Suprema Corte nunca declarou inconstitucional a adoção de ordens estruturais. Ao longo de quase 70 anos, mesmo durante os períodos mais conservadores, a Corte sempre analisou caso a caso se as medidas adotadas respeitavam os limites constitucionais.

Oportunidades para extinguir definitivamente essa forma de atuação judicial não faltaram. Em diversos casos, a Corte recomendou cuidado aos juízos de primeiro grau e enfatizou o quão delicada é a função judicial na reforma de uma grande instituição.⁴⁰⁹ Mas nunca o tribunal afirmou que a resolução de litígios estruturais seria atividade vedada à jurisdição.

Em *Missouri v. Jenkins III*,⁴¹⁰ a Corte, por 5x4, declarou inconstitucional uma ordem que determinava o aumento de salários de professores. O objetivo da medida era, por via indireta, melhorar a qualidade das escolas públicas e, assim, atrair estudantes brancos de volta ao sistema público de educação. Justice Thomas, um dos mais conservadores membros da Corte, exortou seus colegas a “pôr o gênio de volta dentro da garrafa” e declarar que a Constituição, na medida em que prevê a separação de poderes, proíbe *structural injunctions*. A maioria, entretanto, declinou o convite. A *injunction* que determinava aumento salarial aos professores foi cassada. Não por ser inconstitucional, mas por ter uma ligação muito longínqua, muito tênue, com a violação combatida. O nexos lógico entre meio e fim era, na opinião majoritária, insuficiente. Mas outras *injunctions* estruturais poderiam ser pensadas.

A despeito das inúmeras oportunidades de fechar a porta da reforma estrutural sob os aplausos de parcela considerável da doutrina, a Suprema Corte nunca o fez. Nem durante a Corte Warren, marcada pelo liberalismo; nem durante a Corte Rehnquist, caracterizada pelo conservadorismo. Esse silêncio é emblemático. Ele pode facilmente ser interpretado como uma recusa da Corte em declarar

⁴⁰⁸ EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980, p. 487-488.

⁴⁰⁹ V., e.g., *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520, 562 (1979); *Rhodes v. Chapman*, 452 U.S. 337, 351 (1981); *Block v. Rutherford*, 468 U.S. 576, 584 (1984); *Milliken v. Bradley II*, 433 U.S. 280-81 (1977).

⁴¹⁰ *Missouri v. Jenkins (Jenkins III)*, 515 U.S. 70 (1995).

inconstitucional a reforma estrutural.⁴¹¹

É inegável que o Judiciário estaria numa posição muito mais confortável caso se limitasse a julgar litígios tradicionais. Sua resistência em bloquear a via estrutural é sintomática. Litígios estruturais simplesmente existem, independentemente do desconforto que possam causar àqueles mais apegados a uma visão tradicional de justiça. Recusar-se a resolver litígios estruturais, embora fosse cômodo, talvez não seja uma opção.

Compreender litígios estruturais a partir do conceito de policentrismo extrajurídico ajuda a identificar as verdadeiras fragilidades de processos estruturais: (1) a difícil definição de um *standard* de cumprimento ou, em outras palavras, a definição de um critério mínimo de conformidade; (2) a complexa seleção de uma entre inúmeras formas possíveis de cumprimento; (3) como uma decisão estrutural pode ser implementada na corriqueira hipótese de resistência dos demais poderes; e (4) como assegurar a participação de todos os potenciais afetados pela decisão.

A experiência prática norte-americana é marcada por uma trajetória de erros e acertos que podem servir de base à construção de um modelo brasileiro de processos estruturais.

⁴¹¹ V. GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops... it's still moving, *University of Miami Law Review*, v. 58, n., 1, p. 143-171, out. 2003, p. 157-158.

3. AS RAZÕES DO DECLÍNIO

3.1. A difícil comprovação de um padrão de conduta

Processos estruturais visam à modificação de um padrão de conduta, não à reparação de uma conduta passada. O enfoque sobre uma política institucional ou comportamento reiterado tem a nítida vantagem de facilitar a prova da discriminação. Embora seja fácil a um agente fundamentar seu comportamento discriminatório em parâmetros objetivos, é bastante difícil esconder um padrão de conduta. Mostrar a floresta é mais fácil que identificar uma árvore.

Uma primeira dificuldade no manejo de processos estruturais surge justamente na forma de comprovação desse padrão comportamental ou prática pervasiva. Como inferir uma prática sistêmica a partir de casos isolados? A ocorrência de um ato é suficiente para demonstrar a possibilidade de repetição? É preciso demonstrar uma prática reiterada? Quão especulativa, afinal, pode ser uma demanda?

É possível identificar duas linhas decisórias muito bem definidas na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Até meados dos anos 1970, a alegação de uma conduta antijurídica persistente, mesmo que omissiva, acompanhada de demonstração indiciária de um padrão estatístico, era suficiente para justificar a necessidade de tutela.⁴¹² Aos poucos, contudo, essa orientação sofreu profundas modificações.

A primeira indicação de uma guinada interpretativa veio em 1973, em *Gilligan v. Morgan*.⁴¹³ A ação foi ajuizada por alunos e funcionários de uma universidade após a polícia estadual reprimir violentamente uma manifestação pacífica.⁴¹⁴ Eles alegavam violação à sua liberdade de expressão, ao direito de reunião e reclamavam de brutalidade policial, que resultara em mortos e feridos. Eles pediam uma decisão que proibisse ação policial repressiva prematura e desarrazoada. A questão submetida à Suprema Corte foi a existência de “um padrão de treinamento, armamento ou de

⁴¹² *V. Hague v. CIO*, 307 U.S. 496 (1939); *Lankford v. Gelston*, 364 F.2d 197 (4th Cir. 1966); *Schnell v. City of Chicago*, 407 F.2d 1084 (7th Cir. 1969); *Build of Buffalo, Inc. v. Sedita*, 441 F.2d 284 (2d Cir. 1971); *Lewis v. Kugler*, 446 F.2d 1343 (3d Cir. 1971); *Allee v. Medrano*, 416 U.S. 802 (1974); *Calvin v. Conlisk* 520 F.2d 1 (7th Cir. 1975).

⁴¹³ 413 U.S. 1 (1973).

⁴¹⁴ O evento é conhecido como *Kent State massacre*.

ordens (...) que exigia ou tornava inevitável o uso de força letal” em condições em que o uso de meios menos drásticos seria suficiente.⁴¹⁵

A Corte extinguiu a ação sem resolução de mérito por considerar que não cabia ao Judiciário envolver-se em questões para as quais não havia uma norma a ser aplicada.⁴¹⁶ Essa decisão poderia acabar com a reforma estrutural, pois é justamente o policentrismo extrajurídico que caracteriza esse tipo de litígio. Mas, a despeito de essa ter sido a *ratio decidendi*, ela jamais foi replicada em decisões posteriores. Os fundamentos que geraram frutos foram articulados num voto concorrente.⁴¹⁷ Nele, afirmou-se que o caso deveria ser extinto porque baseado “num único, isolado e trágico evento (...). Nada na petição inicial sugere que os autores podem sofrer danos no futuro como resultado das práticas que eles desafiam (...). Uma inicial baseada num único evento passado, contendo alegações de ameaças genéricas, especulativas, de um dano incerto que pode acontecer num futuro indefinido, não sustenta seu interesse de agir”.⁴¹⁸

No ano seguinte, a Suprema Corte decidiu *O’Shea v. Littleton*,⁴¹⁹ um caso em que o próprio Judiciário foi alvo de um pedido de reforma estrutural. Na ação coletiva, proposta na Justiça Federal em defesa dos cidadãos de Cairo, Illinois, buscava-se uma *injunction* contra os juízes estaduais de primeiro grau. Alegava-se que os magistrados locais reiterada e voluntariamente imporiam condenações, fianças e condições de cumprimento mais duras contra réus negros do que contra réus brancos. Arguia-se ainda que o comportamento judicial seria ainda mais rigoroso contra réus negros politicamente engajados, como aqueles que organizavam ou participavam de

⁴¹⁵ *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1, 3-4 (1973).

⁴¹⁶ “This would plainly and explicitly require a judicial evaluation of a wide range of possibly dissimilar procedures and policies approved by different law enforcement agencies or other authorities (...). Trained professionals, subject to the day-to-day control of the responsible civilian authorities, necessarily must make comparative judgments on the merits as to evolving methods of training, equipping, and controlling military forces with respect to their duties under the Constitution. It would be inappropriate for a district judge to undertake this responsibility in the unlikely event that he possessed requisite technical competence to do so”. *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1, 8 (1973).

⁴¹⁷ *Concurrence*, ou *concurring opinion*, é a decisão que chega à mesma conclusão da maioria, mas por fundamento diverso. O voto concorrente pode demonstrar importantes características daquele julgamento, como a solidez do precedente nele estabelecido, a ausência de um precedente ou uma tendência a ser desenvolvida em casos posteriores.

⁴¹⁸ “Respondents’ complaint rests upon a single, isolated, and tragic incident at Kent State University. (...) And respondents’ complaint contains nothing suggesting that they are likely to suffer specific injury in the future as a result of the practices they challenge. (...) A complaint based on a single past incident, containing allegations of unspecified, speculative threats of uncertain harm that might occur at some indefinite time in the future, cannot support respondents’ standing to maintain this action. *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1, 13-14 (1973).

⁴¹⁹ 414 U.S. 488 (1974).

boicotes contra comerciantes alegadamente racistas.⁴²⁰ Os autores pediam a proibição das práticas inconstitucionais.

A Suprema Corte, entretanto, extinguiu o processo sem resolução do mérito. Para a maioria, eventual lesão a direito seria tão hipotética que a narrativa dos fatos sequer constituiria um caso ou controvérsia suficientemente concretos para apreciação jurisdicional.⁴²¹

De acordo com a fundamentação, a ocorrência de violações seria um importante indicativo da probabilidade de repetição da conduta. Mas “a exposição a condutas ilegais passadas não demonstra, por si só, a existência de um caso ou controvérsia que demande tutela injuntiva (...) se desacompanhada de efeitos adversos atuais e contínuos”.⁴²² Enquanto a corrente minoritária considerou que a inicial descrevera de modo suficiente um padrão de conduta ilegal e continuado,⁴²³ a corrente majoritária entendeu que a simples alegação seria insuficiente. A legitimidade para ajuizar a ação dependeria, em última análise, da alta probabilidade de os autores da demanda serem presos, denunciados, processados e condenados injustamente – uma sucessão de eventos considerada improvável: “parece-nos que a tentativa de prever se e quando um dos autores será acusado de praticar um crime e, assim, submetido ao julgamento dos réus, nos leva à área da especulação e da conjectura”.⁴²⁴

Ao exigir mais que a demonstração de um padrão de conduta passado, a Suprema Corte transformou a possibilidade de repetição da conduta num requisito de difícil comprovação.⁴²⁵ A decisão não deixou claro de que outra forma os autores coletivos poderiam demonstrar a probabilidade de repetição da conduta discriminatória.

⁴²⁰ *O’Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488, 506 (1974).

⁴²¹ Nos Estados Unidos, assim como no Brasil, considera-se que o Judiciário não tem função consultiva. Requer-se, portanto, que sua atuação consista na resolução de um conflito. A linguagem que fundamenta esse entendimento, contudo, é diversa. No Brasil, o artigo 5o, XXXV, da Constituição, afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nos Estados Unidos, o artigo III, seção 2, da Constituição, prevê que “o poder judicial abrange todos os casos [ou controvérsias] (...) que surjam com fundamento na Constituição, nas leis (...) ou tratados (...)”. Daí a exigência de que a atuação jurisdicional ocorra no bojo de um caso concreto.

⁴²² *O’Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488, 495-496 (1974).

⁴²³ *O’Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488, 506-509 (1974).

⁴²⁴ *O’Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488, 497 (1974).

⁴²⁵ A exigência criada pela Corte tornou-se conhecida como *equitable standing doctrine*. Sobre a quase impossibilidade de obter uma *injunction* após *O’Shea, v. FISS, Owen. Dombrowski. The Yale Law Journal*, v. 86, n. 6, p. 1103-1164, mai. 1977, p. 1154.

A princípio, não se sabia qual seria o impacto dessa decisão. *O’Shea* veiculava um pedido de intervenção no próprio Judiciário. Talvez por corporativismo, ou pela garantia do duplo grau de jurisdição, a Suprema Corte tivesse elevado os requisitos para obtenção de uma tutela preventiva.⁴²⁶ Mas essa *ratio* ganhou força dois anos depois, em *Rizzo v. Goode*.⁴²⁷

3.2. Prevenção ou conjectura?

Em *Rizzo v. Goode*, os autores coletivos comprovaram que uma série de abusos praticados por policiais na Philadelphia jamais foram averiguados ou punidos.⁴²⁸ Os autores não alegavam uma política pública inconstitucional, mas uma omissão reiterada da polícia em apurar casos de abuso de autoridade. Essa postura absenteísta, segundo eles, deixaria os agentes à vontade para extrapolar seus poderes.⁴²⁹ Por isso, os agentes responsáveis pelos atos específicos de violência não constaram do polo passivo. Os chefes do departamento de polícia é que foram indicados como réus, dada sua competência para exercer poder disciplinar.⁴³⁰

O juízo de primeiro grau julgou procedente a demanda e determinou a criação de um “programa abrangente para aperfeiçoar o tratamento das reclamações dos cidadãos sobre má conduta policial”.⁴³¹ A decisão foi mantida em segunda instância, que confirmou que os procedimentos disciplinares então existentes eram inadequados e que a tutela concedida em primeiro grau tinha potencial para prevenir violações futuras.⁴³²

A Suprema Corte, todavia, cassou a decisão. Aplicando o precedente estabelecido em *O’Shea*, a Corte declarou que a comprovação de abusos passados era insuficiente para demonstrar a probabilidade de ilegalidades futuras. Segundo o entendimento majoritário, a suposta ameaça a direito, em *Rizzo*, seria ainda mais

⁴²⁶ FISS, Owen. Dombrowski. *The Yale Law Journal*, v. 86, n. 6, p. 1103-1164, mai. 1977, p. 1154.

⁴²⁷ 423 U.S. 362 (1976).

⁴²⁸ Os autores comprovaram a ocorrência de 16 incidentes envolvendo violação a direitos constitucionais no período de um ano. Em sete desses casos foram apresentadas reclamações pelas partes ofendidas. Quatro delas foram recebidas, mas nenhuma providência foi adotada contra os policiais envolvidos. *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362, 368 (1976).

⁴²⁹ Notes. *Rizzo v. Goode: Federal Remedies for Police Misconduct*, *Virginia Law Review*, v. 62, n. 7, p. 1259-1284, nov. 1976, p. 1260.

⁴³⁰ *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362 (1976).

⁴³¹ *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362, 365 (1976).

⁴³² 506 F.2d 542, 548 (3d Cir. 1974).

hipotética e conjectural do que aquela verificada em *O'Shea*. Para a Corte, uma amostra de aproximadamente 20 incidentes numa cidade de 3.5 milhões de habitantes e 7.500 policiais não seria suficiente para comprovar um padrão ou prática perversiva. Os comportamentos questionados em *Rizzo* (abuso de poder, corporativismo e omissão administrativa) seriam incidentes isolados e típicos de qualquer departamento de polícia de uma grande metrópole. Não haveria nada de especial que justificasse a intervenção judicial especificamente no departamento de polícia da Philadelphia.⁴³³

Tanto *O'Shea* quanto *Rizzo* tiveram três votos vencidos. Em ambos os casos, os Ministros dissidentes sustentaram que a alegação de um padrão de conduta passado seria suficiente para demonstrar a probabilidade de que a violação a direitos seria repetida no futuro. E, em ambos os casos, a maioria entendeu que haveria alternativas mais adequadas à reforma estrutural. Em *O'Shea*, a Corte argumentou que a prática de ato discriminatório por um juiz poderia dar origem a uma ação individual de reparação de danos e, inclusive, à perseguição criminal. Em *Rizzo*, a Corte deu a entender que casos de abuso policial seriam solucionados de forma mais adequada pela tutela ressarcitória individual. Embora seja verdadeiro que o processo individual é uma via disponível em ambos os casos, a Suprema Corte não percebeu (ou não quis perceber) que a comprovação de conduta abusiva ou discriminatória pode ser impossível quando a amostra é reduzida a um único caso.

Escrevendo em 1980, Theodore Eisenberg e Stephen Yeazell argumentaram que *Rizzo* teria duas peculiaridades que o distinguiriam dos litígios estruturais mais comuns e, por isso, dificilmente fariam dessa decisão um precedente para casos futuros. A primeira seria a fragilidade do mérito. Não se questionava uma política institucional, mas os efeitos adversos de uma omissão aparentemente não deliberada. A ação questionava uma violação de fato, não de direito. Alegavam-se falhas na apuração de casos de excesso, não uma decisão voluntária e consciente de abafar esses episódios e dar carta branca à violência policial.⁴³⁴ A segunda seria a tênue conexão entre os réus, os agentes que praticaram o ato questionado e os agentes contra quem uma ordem operaria.⁴³⁵

⁴³³ *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362, 372 (1976).

⁴³⁴ *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362, 372 (1976). V. Notes. *Rizzo v. Goode: Federal Remedies for Police Misconduct*, *Virginia Law Review*, v. 62, n. 7, p. 1259-1284, nov. 1976, p. 1271.

⁴³⁵ EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation.

A essas duas especificidades pode-se acrescentar uma terceira: a preocupação da Corte em não autorizar uma enxurrada de ações estruturais questionando condutas a seu ver episódicas, porém típicas de qualquer departamento de polícia. Intervir no departamento de polícia da Philadelphia justificaria intervir em praticamente todo departamento de polícia de grandes centros urbanos. Decidir *Rizzo* em sentido contrário provavelmente inauguraria um novo ciclo de reforma estrutural.

A despeito das particularidades de *Rizzo*, essa linha decisória foi consolidada em *City of Los Angeles v. Lyons*.⁴³⁶ O caso também questionava a violência policial. Adolph Lyons, um homem negro de 24 anos, foi parado pela polícia de Los Angeles por dirigir com uma das lanternas traseiras queimada. Ao sair do veículo, deparou-se com dois policiais empunhando suas armas. Lyons recebeu ordem de encostar no veículo, colocar as mãos atrás da cabeça e abrir as pernas. Não foram encontradas armas durante a revista. Enquanto baixava os braços, Lyons recebeu um golpe de estrangulamento⁴³⁷ que o deixou inconsciente e causou danos permanentes à sua laringe. Quando recobrou a consciência, ele estava de bruços, cuspiendo sangue, urinado, defecado, incapaz de falar e com uma multa de trânsito.⁴³⁸

Lyons ajuizou uma ação requerendo o ressarcimento dos danos que sofreu (pedido individual) e a restrição do uso do estrangulamento a situações em que o policial estivesse em perigo ou sob ameaça (pedido coletivo). Ele comprovou que, no curso de um ano, 16 pessoas morreram em razão de estrangulamentos aplicados por policiais. Embora apenas 9% da população de Los Angeles fosse negra, 75% das vítimas fatais eram homens negros. Lyons comprovou ainda que o estrangulamento era o procedimento de controle mais utilizado pela polícia de Los Angeles. Entre fevereiro de 1975 e julho de 1980, o golpe fora utilizado em 975 ocasiões, o que representava mais de três quartos de todas as altercações entre polícia e cidadãos.⁴³⁹

O juízo de primeiro grau concedeu a ordem e proibiu o uso do estrangulamento pelas autoridades policiais. Determinou também o desenvolvimento de um programa para que os oficiais de polícia recebessem treinamento para uso adequado dessa técnica. O tribunal manteve a decisão.

Harvard Law Review, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980, p. 504-505.

⁴³⁶ 461 U.S. 95 (1983).

⁴³⁷ Popularmente conhecido como *chokehold* nos Estados Unidos, ou “mata-leão”, no Brasil.

⁴³⁸ *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95, 97-98, 114-115 (1983).

⁴³⁹ *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95, 100, 116 (1983).

A Suprema Corte, contudo, cassou a decisão. Por 8 a 1, a Corte entendeu que o pedido injuntivo não era fundado num caso ou controvérsia concreta, mas em mera especulação. O processo poderia continuar com relação ao pedido de indenização. Afinal, Lyons sofrera um dano tangível. Mas, para proibir o uso do estrangulamento pelas autoridades policiais, o autor deveria demonstrar fundado receio, baseado em evidências concretas, de que sua experiência individual seria repetida. Nas palavras da Corte, para demonstrar a ameaça a seu direito, Lyons deveria “não apenas alegar a possibilidade de um novo encontro com a polícia, mas também fazer a incrível asserção (...) de que todos os policiais de Los Angeles sempre estrangulam qualquer cidadão com quem interagem”.⁴⁴⁰

A decisão produziu consequências relevantes para os processos estruturais. Na prática, ela inviabilizou qualquer medida orientada ao futuro caso a chance de repetição da conduta fosse incerta. O altíssimo grau de certeza exigido pela Corte bloqueou a via coletiva justamente nos casos em que ela é mais importante: quando se discute uma discriminação de fato, insidiosa, oculta, não expressa, não positivada, não admitida, ou mesmo inconsciente, cuja comprovação só é possível quando se olha o todo.⁴⁴¹

Nos anos seguintes, esses precedentes foram invocados para extinguir sem julgamento de mérito ações que questionavam práticas policiais, ou por serem humilhantes,⁴⁴² ou por serem desnecessariamente violentas,⁴⁴³ ou por infligirem danos físicos aos detentos.⁴⁴⁴ Nenhum autor conseguiu demonstrar a probabilidade de ser vítima novamente de uma dessas condutas.

Ao afirmar que os autores deveriam demonstrar a alta probabilidade de eles, pessoalmente, sofrerem novamente o mesmo dano, o tribunal confundiu os planos individual e coletivo. Ora, se o pedido injuntivo relaciona-se à tutela do grupo, deveria

⁴⁴⁰ *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95, 105-106 (1983).

⁴⁴¹ Sobre o importante papel do Judiciário no combate às práticas discriminatórias inconscientes, v. LAWRENCE, Charles R. III. The id, the ego, and equal protection: reckoning with unconscious racism. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 2, p. 317-388, jan. 1987.

⁴⁴² *Stewart v. Lubbock County*, 767 F.2d 153, 155 (5th Cir. 1985), em que se questionava a política local de promover revistas pessoais com o revistado nu.

⁴⁴³ *Curtis v. City of New Haven*, 726 F.2d 65 (2d Cir. 1984), em que se buscava conter o uso indiscriminado de um dispositivo à base de cloroacetofenona, uma substância cancerígena. O produto, conhecido como *mace*, reúne *spray* de pimenta, gás lacrimogêneo e tinta para futura identificação do suspeito.

⁴⁴⁴ *Knox v. McGinnis*, 998 F.2d 1405, 1413 (7th Cir. 1993), em que se requeria a proibição de um dispositivo conhecido como *black box*, que mantinha os membros superiores e inferiores do preso atados a seu torso. Atualmente, alguns Estados voluntariamente proibiram a utilização desse aparato nas costas dos detentos, dada a alta probabilidade de ocasionar lesões. É o caso da Flórida.

bastar a demonstração de que a repetição da conduta questionada poderia afetar um dos membros da coletividade.

É verdade que o direito norte-americano atribui legitimidade para ajuizamento de ações coletivas a indivíduos. E que a regra 23(a)(3) das *Federal Rules of Civil Procedure* exige, dentre outros requisitos, que o autor seja membro da classe que ele representa em juízo.⁴⁴⁵ Trata-se de um modo de assegurar que representante e representado “tenham o mesmo interesse e tenham sofrido o mesmo dano”.⁴⁴⁶ O que o autor não puder obter para si, não poderá obter para o grupo.⁴⁴⁷ Indiretamente, a norma busca garantir que o autor coletivo será um representante adequado do grupo.

Mas nem essa peculiaridade explica as decisões acima. Nenhum dos casos foi extinto com base na regra 23(a). Todos eles tiveram como fundamento o artigo III da Constituição, que exige a existência de um caso ou controvérsia concreta. Se a possibilidade de reiteração da conduta é excessivamente abstrata e conjectural quanto ao autor individualmente considerado, o mesmo não se pode dizer da possibilidade de reiteração da conduta quanto à coletividade.⁴⁴⁸ Além disso, se o problema fosse de representação processual, a mesma demanda poderia ser reproposta por outro legitimado coletivo. Antes de extinguir o processo, aliás, o próprio juiz deveria oportunizar a correção do polo ativo.⁴⁴⁹ Mas, se o problema é a inexistência de uma causa, nenhuma modificação no polo passivo será capaz de superar o vício.

É difícil compreender o raciocínio utilizado pela Suprema Corte em termos estritamente jurídicos. O erro lógico em tomar o grupo pelo autor é evidente demais para ser considerado com seriedade.⁴⁵⁰ Por isso, a doutrina fornece explicações alternativas. Para Owen Fiss, esses precedentes escondem, sob a aparência de argumentação técnica, “o desejo de insular o *status quo* da interferência judicial,

⁴⁴⁵ Trata-se do requisito conhecido como *typicality*. Regra 23(a): “[o]ne or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if (...) (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class”.

⁴⁴⁶ *Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War*, 418 U.S. 208, 216 (1974); *East Tex. Motor Freight System, Inc. v. Rodriguez*, 431 U.S. 395, 403 (1977).

⁴⁴⁷ *Kauffman v. Dreyfus Fund, Inc.*, 434 F.2d. 727 (3rd Cir. 1970).

⁴⁴⁸ FISS, Owen. Dombrowski. *The Yale Law Journal*, v. 86, n. 6, p. 1103-1164, mai. 1977, p. 1157.

⁴⁴⁹ Cf. Federal Judicial Center, *Manual for Complex Litigation*. 4. ed., 2004, p. 222.

⁴⁵⁰ Além da confusão entre processo individual e coletivo, a Suprema Corte embaralhou também dois pressupostos sob o mesmo rótulo: *case or controversy* e *standing to sue*. Para uma análise aprofundada desses requisitos e da ambiguidade causada pela Suprema Corte, v. Notes. *Rizzo v. Goode: Federal Remedies for Police Misconduct*, *Virginia Law Review*, v. 62, n. 7, p. 1259-1284, nov. 1976, p. 1264-1268.

independentemente de a instituição protegida ser judicial, legislativa ou administrativa”.⁴⁵¹

Enquanto Fiss vê nessa série de decisões um movimento hostil ao protagonismo judicial, Myriam Gilles enxerga ativismo conservador. Ela destaca a facilidade com que a Suprema Corte se afastou dessa linha decisória para impor valores conservadores. Em uma série de casos⁴⁵² que questionavam a utilização de cotas raciais para seleção de candidatos em universidades, o tribunal passou ao largo da probabilidade de os autores sofrerem um novo dano e julgou o mérito, para declarar inconstitucionais cotas raciais e, em pelo menos uma das decisões, reformar integral e detalhadamente o programa de admissões da Universidade de Harvard.⁴⁵³

Ainda que juridicamente frágil, o precedente estabelecido nessa série de casos continua aplicável. *Gilligan, O’Shea, Rizzo e Lyons* nunca foram superados. Ao longo das últimas quatro décadas, eles estabeleceram uma barreira quase intransponível à tutela preventiva – e, por consequência, à reforma estrutural. Ausente um padrão de conduta comissiva demonstrável de plano e capaz de gerar ameaça direta ao autor da ação coletiva, é provável que a ação seja considerada excessivamente especulativa. E que, portanto, não preencha o requisito constitucional que exige um caso ou controvérsia concreta.⁴⁵⁴

Mas, mesmo que se demonstre esse padrão pervasivo e a alta probabilidade de repetição da conduta, há ainda barreiras infraconstitucionais ao ajuizamento de ações estruturais.

3.3. A problemática visualização de questões comuns

⁴⁵¹ FISS, Owen. Dombrowski. *The Yale Law Journal*, v. 86, n. 6, p. 1103-1164, mai. 1977, p. 1159-1160.

⁴⁵² *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 US 265 (1978); *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

⁴⁵³ GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops... it’s still moving, *University of Miami Law Review*, v. 58, n., 1, p. 143-171, out. 2003, p. 169-171.

⁴⁵⁴ Em 1994, após mais um episódio de brutalidade policial ganhar as manchetes e gerar violentos conflitos, o Congresso aprovou uma lei atribuindo legitimidade ao *Attorney General* para ajuizamento de ação coletiva para eliminar um padrão ou prática inconstitucional em departamentos de polícia (42 U.S.C. § 14141: “Whenever the Attorney General has reasonable cause to believe that [a police department is engaged in a pattern or practice of unconstitutional conduct], the Attorney General, for or in the name of the United States, may in a civil action obtain appropriate equitable and declaratory relief to eliminate the pattern or practice”). O fato que motivou o Congresso a legislar foi o infame espancamento de Rodney King, documentado em vídeo, e subsequente absolvição de seus agressores. Curiosamente, não há registros de que a Suprema Corte tenha negado a existência de um caso concreto quando a ação foi proposta pelo *Attorney General*. V. RUSHIN, Stephen. Competing case studies of structural reform litigation in American police departments. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 14, n. 1, p. 113-142, outono de 2016.

O mundo possui aproximadamente 7,5 bilhões de habitantes. Esse dado, por si só, não permite juízo de valor. Trata-se de um fato, simplesmente. Para emitir um juízo de valor sobre ele, é preciso compreendê-lo em contexto. Há diversas maneiras de fazê-lo. Uma destaca sua grandeza: se todos os seres humanos dessem as mãos, seria possível cruzar o Equador 175 vezes. Outra comparação destaca sua pequenez: se todas as pessoas da Terra se aglomerassem para assistir a um concerto, elas ocupariam menos de 3.000 quilômetros quadrados – aproximadamente a extensão da Samoa, ou duas vezes a cidade de São Paulo. Todo o restante do globo ficaria inabitado. Se 7,5 bilhões de pessoas é um número grande ou pequeno, depende do observador. E do ponto de referência. É, em última análise, uma questão de escolha.

A regra 23(a) das *Federal Rules of Civil Procedure* exige, para a propositura de uma *class action*, que haja questões de fato ou de direito comuns ao grupo.⁴⁵⁵ Trata-se de um requisito quase que intuitivo. Se as questões a serem resolvidas no processo forem específicas e individuais, sua tutela coletiva será simplesmente impossível.⁴⁵⁶

As questões devem ser comuns à classe (*commonality*) e também, como visto, ao representante coletivo (*typicality*). Embora esses requisitos estejam desmembrados em duas normas da regra 23, eles são duas faces da mesma moeda. O direito a ser tutelado coletivamente deve apresentar alguma homogeneidade – seja com relação aos fatos que lhe deram origem, seja com relação à forma de violação, à forma de tutela, aos efeitos ou à extensão do dano. Essa uniformidade deve ser comum ao grupo como um todo. Não se exige que todo membro, individualmente considerado, tenha sofrido a mesma violação ou os mesmos danos. Mas exige-se que o direito do representante coletivo seja o mesmo direito do grupo.

Não há definição, seja ela legislativa ou jurisprudencial, do que signifique “questão comum”. Trata-se de um conceito indeterminado, que exige concreção em cada caso. Se, por um lado, essa característica demonstra o grau de confiança depositado pela sociedade norte-americana no juiz, por outro, ele pode ser manipulado para ampliar ou restringir o acesso à justiça.

⁴⁵⁵ O requisito é conhecido como *commonality*. Regra 23(a): “[o]ne or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if (...) (2) there are questions of law or fact common to the class”.

⁴⁵⁶ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 79-80.

Nos anos 1970, o *Attorney General* ajuizou ação coletiva contra uma transportadora e o respectivo sindicato de empregados (*International Brotherhood of Teamsters*), com base no título VII do *Civil Rights Act*, questionando a política de transferências e promoções da companhia. O critério adotado pela empresa, em negociação coletiva com o sindicato, para promover e transferir motoristas, era a antiguidade. Como, entretanto, a empresa passara a contratar negros e hispânicos apenas recentemente, após a proibição da discriminação racial no emprego, em 1964, a regra de senioridade, aparentemente neutra, beneficiava os empregados brancos.⁴⁵⁷

Ao julgar o caso, a Corte decidiu que “uma política de cargos neutra não se torna ilegal (...) simplesmente por perpetuar discriminação anterior ao *Civil Rights Act*”.⁴⁵⁸ Apesar de, no mérito, a decisão ter frustrado a expectativa de remoção dos efeitos presentes de discriminação passada,⁴⁵⁹ a Corte articulou na fundamentação os requisitos para comprovação de um padrão ou prática discriminatórios. Ao fazê-lo, criou um interessante sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova.

Primeiro, competiria ao autor demonstrar que o empregador adotou, de modo regular e sistemático, uma política discriminatória. Não seria necessário comprovar que cada membro do grupo foi vítima de discriminação, mas apenas apresentar alguma evidência *prima facie*, geralmente por meio de estatísticas, de que um padrão existe, em vez de apenas incidentes isolados. Satisfeito esse requisito, o ônus da prova passaria ao réu, a quem competiria demonstrar que os dados supostamente comprobatórios de um padrão são imprecisos ou insignificantes.⁴⁶⁰

Uma forma de demonstrar a imprecisão da prova estatística seria a comprovação de que a empresa sempre selecionou os melhores candidatos. Se isso, indiretamente, excluiu candidatos negros ou hispânicos, tratar-se-ia de uma concausalidade não imputável ao empregador.⁴⁶¹ Se, todavia, o empregador não conseguisse demonstrar que suas decisões de contratar, promover ou demitir foram baseadas num critério objetivo, então o grupo seria beneficiado por uma presunção (relativa) de que toda decisão negativa era consequência desse padrão

⁴⁵⁷ *International Brotherhood of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324 (1977).

⁴⁵⁸ *International Brotherhood of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324 (1977).

⁴⁵⁹ V. WEINBERGER, Steven I. Comment. *New York Law School Law Review*, v. 23, n. 3, p. 530-540, 1978.

⁴⁶⁰ *International Brotherhood of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324, 358-361 (1977).

⁴⁶¹ *International Brotherhood of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324, 342 (1977).

discriminatório.⁴⁶² Essa presunção dava ao grupo uniformidade mais que suficiente para justificar a utilização de *injunctions* contra a prática ilegal.

Teamsters foi o modelo adotado até recentemente para demonstração de práticas discriminatórias no mercado de trabalho. Em 2011, contudo, a Suprema Corte mais uma vez elevou o nível de dificuldade para utilização de ações coletivas. O precedente não foi superado, mas foi interpretado de tal maneira que ficou quase desfigurado.

Em 2011, a Suprema Corte analisou uma ação coletiva ajuizada por três ex-empregadas da rede *Wal-Mart*: Betty Dukes, Christine Kwapnoski e Edith Arana. Elas alegavam discriminação de gênero e, por isso, ajuizaram uma *class action* pedindo a reestruturação do plano de carreiras da empresa e pagamento retroativo a empregadas e ex-empregadas da rede. O valor do pagamento seria definido coletivamente, por amostragem, e replicado para todos os membros do grupo.⁴⁶³

O *Wal-Mart* era, na época, o maior empregador privado dos Estados Unidos, com mais de um milhão de empregados em cerca de 3.400 lojas. Decisões sobre promoções e valor da remuneração eram atribuídas aos gerentes locais, que detinham ampla discricionariedade para decidir quem contratar, quem promover e quanto pagar. A política de cargos e carreiras da empresa estabelecia critérios objetivos para seleção de candidatos e promoção de empregados. Definia também parâmetros remuneratórios para orientar a decisão de seus gerentes. A companhia expressamente proibia discriminação em razão do gênero.⁴⁶⁴

Ainda assim, segundo as autoras, haveria uma “cultura corporativa” consistente e uniforme que permitia a tomada de decisões machistas, ainda que de modo subconsciente. Quase todo o alto escalão da empresa era masculino. A discricionariedade franqueada aos gerentes locais permitiria decisões arbitrárias, baseadas em estereótipos de gênero. A liberdade decisória seria exercida de modo desproporcionalmente favorável aos empregados do sexo masculino. Haveria, assim, uma política institucional aparentemente neutra, mas que causava um impacto desproporcional sobre empregadas do sexo feminino.⁴⁶⁵

Para demonstrar a existência de um padrão discriminatório oculto, as autoras

⁴⁶² *International Brotherhood of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324, 362 (1977).

⁴⁶³ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, et al.*, 564 U.S. 338 (2011).

⁴⁶⁴ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, et al.*, 564 U.S. 338 (2011).

⁴⁶⁵ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, et al.*, 564 U.S. 338 (2011).

produziram três tipos de prova: estatística, depoimentos escritos de empregadas e ex-empregadas e um estudo sociológico.

A prova estatística demonstrou, tanto regional quanto nacionalmente, que o percentual de mulheres promovidas era constantemente menor que o percentual de empregadas da rede. Demonstrou também que o *Wal-Mart* promovia um percentual menor de mulheres que seus concorrentes. Os depoimentos, por sua vez, consistiam em 120 declarações narrando experiências de discriminação no trabalho. Essas narrativas expunham fatos ocorridos em 235 lojas da rede em 36 Estados. O estudo sociológico, por fim, concluiu que a empresa possuía uma cultura corporativa que a tornava “vulnerável ao preconceito de gênero”.⁴⁶⁶

A despeito dessas evidências, a Corte extinguiu a ação sem resolução de mérito. Por maioria de 5x4, o tribunal entendeu que não haveria questões comuns à classe. Sem a demonstração de uma política corporativa abertamente discriminatória, seria impossível definir se e por quais motivos cada empregada, individualizadamente, teria sido preterida. Provar que um sistema discricionário originou ou perpetuou disparidade racial ou de gênero não seria suficiente. Para a Corte, seria necessário demonstrar que todos os membros do grupo sofreram a mesma discriminação. As narrativas pessoais, para o tribunal, não seriam capazes de comprovar um padrão ou prática reiterada. Postos em perspectiva, 120 casos representariam um episódio a cada 1.250 membros do grupo. Não haveria que se falar, portanto, em padrão ou prática reiterada, mas em acontecimentos isolados.⁴⁶⁷

Em síntese, porque as integrantes da classe exerciam diferentes funções, ocupavam diferentes cargos, estavam sujeitas a diferentes supervisores em diferentes períodos de tempo e em diferentes níveis hierárquicos, nada além do gênero as aglutinava. Daí a ausência de questões comuns. A Corte considerou pequenos os números. O tribunal fez, em última análise, uma escolha.

3.4. Pensando individualmente o processo coletivo

É fácil perceber erros lógicos em *Dukes*. A decisão frequentemente retoma o argumento segundo o qual seria impossível, numa ação coletiva, determinar por que

⁴⁶⁶ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, et al., 564 U.S. 338 (2011).

⁴⁶⁷ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, et al., 564 U.S. 338 (2011).

cada membro do grupo foi discriminado. Esse é um raciocínio tipicamente individual. Numa ação coletiva, pouco importam os motivos de cada discriminação específica. Uma das vantagens da discussão coletiva é justamente permitir a comprovação de uma prática discriminatória global.

A inexistência de um dolo discriminatório individual, embora não mencionada expressamente na decisão, é onipresente em seus fundamentos. Em determinado trecho, a Corte deixa transparecer seu raciocínio individualista quando afirma que, para ajuizar uma ação coletiva por discriminação no trabalho, os “pedidos devem repousar sobre a mesma controvérsia – por exemplo, a asserção de um viés discriminatório pelo mesmo supervisor”.⁴⁶⁸ O exemplo é revelador. Implicitamente, a Corte pressupõe que corporações não discriminam, mas pessoas sim. Ausente um dolo individual – um supervisor machista, no exemplo da Corte –, seria impossível se falar em discriminação contra o grupo.⁴⁶⁹

Parece evidente a incapacidade de o tribunal enxergar discriminação sem discutir o elemento volitivo individual. A empresa somente seria responsável se a política discriminatória fosse imposta por funcionários do alto escalão. O problema, portanto, não estaria no ambiente corporativo, mas em indivíduos específicos.⁴⁷⁰ Por não enxergar as raízes e ser incapaz de presumi-las, a Suprema Corte recusou-se a acreditar que estava diante de uma floresta.

Em outro trecho, ainda mais explícito, a Corte afirma que “sem alguma cola aglutinando as supostas *razões* pelas quais essas decisões [discriminatórias] foram tomadas, é impossível (...) chegar a uma resposta à questão crucial: *por que eu fui preterido*”.⁴⁷¹ O que a maioria despreza é o fato de que essa pergunta, numa ação individual, é irrespondível. Raramente um superior dirá: “não lhe promovo porque você é mulher e eu não gosto de mulheres”. E, numa ação coletiva, essa pergunta é irrelevante. Uma ação coletiva não é um amontoado de ações individuais.⁴⁷² A

⁴⁶⁸ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, et al.*, 564 U.S. 338 (2011).

⁴⁶⁹ Curiosamente, se fosse este o caso, a ação provavelmente teria o mesmo destino. Isso porque um dos requisitos para a propositura de uma *class action* é que a classe seja tão grande que o litisconsórcio de todos os membros seja muito difícil. O exemplo cogitado pela Suprema Corte parece tão limitante que uma simples ação individual em litisconsórcio poderia resolvê-lo.

⁴⁷⁰ V. MORRISON, Angela. Duke-ing out pattern or practice after Wal-Mart: the EEOC as fist. *American University Law Review*, v. 63, n. 1, p. 87-156, out. 2013, p. 109; GREEN, Tristin k. The future of systemic disparate treatment law. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, v. 32, n. 2, p. 395-454, 2011, p. 408-410.

⁴⁷¹ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, et al.*, 564 U.S. 338 (2011). Destaques no original.

⁴⁷² MORRISON, Angela. Duke-ing out pattern or practice after Wal-Mart: the EEOC as fist. *American University Law Review*, v. 63, n. 1, p. 87-156, out. 2013, p. 112.

demonstração de um padrão é prova indireta da discriminação.⁴⁷³

Wal-Mart v. Dukes é um caso paradigmático por diversos motivos. Além de ter extinguido a ação sem resolução do mérito, a Suprema Corte decidiu ainda que uma *injunction class action*,⁴⁷⁴ como esta, não poderia cumular pedido condenatório.⁴⁷⁵ O pedido de pagamento retroativo deveria ser veiculado, se fosse o caso, por uma *class action for damages*.⁴⁷⁶ O enquadramento diverso gera procedimentos diversos. Uma *injunction class action* não permite *opt-out* e, por isso, dispensa ampla divulgação aos membros do grupo. Já uma *class action for damages* possui requisitos legais mais rigorosos⁴⁷⁷ e exige a notificação dos membros do grupo. Trata-se, portanto, de um procedimento mais rigoroso e mais caro para o autor coletivo.

Segundo a Corte, a cumulação de um pedido mandamental com um pedido condenatório exigiria que o valor devido a título de pagamento retroativo fosse calculado por meio de uma fórmula, obtida por amostragem. Esse procedimento impediria o réu, *Wal-Mart*, de apresentar defesas individuais.⁴⁷⁸ Pela terceira vez, fica evidente que a Corte submeteu a ação coletiva a um raciocínio individualista. O intento discriminatório seria um elemento indispensável e insubstituível por prova estatística ou por amostragem tanto na fase de cognição quanto na fase de execução.

Para além dos argumentos desenvolvidos na decisão, a doutrina norte-

473 MORRISON, Angela. Duke-ing out pattern or practice after Wal-Mart: the EEOC as fist. *American University Law Review*, v. 63, n. 1, p. 87-156, out. 2013, p. 94-95.

474 Regra 23(b)(2) das *Federal Rules of Civil Procedure*.

475 A rigor, a Suprema Corte afirmou que o pedido condenatório somente seria admissível se fosse incidental à tutela injuntiva. Mas deixou para analisar em casos futuros “se há alguma forma de condenação ‘incidental’ coerente com a interpretação” anunciada em *Dukes*. A pergunta, até hoje, não foi respondida. *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, et al., 564 U.S. 338, 366 (2011).

476 Regra 23(b)(3) das *Federal Rules of Civil Procedure*.

477 Além dos requisitos para ajuizamento de qualquer *class action* (numerosidade, questão comum, tipicidade e representação adequada), a regra 23(b)(3) exige requisitos adicionais, assim descritos: [a] class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

(A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;
(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;
(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and
(D) the likely difficulties in managing a class action.

478 “The Court of Appeals believed that it was possible to replace such proceedings with Trial by Formula. A sample set of the class members would be selected, as to whom liability for sex discrimination and the backpay owing as a result would be determined in depositions supervised by a master. The percentage of claims determined to be valid would then be applied to the entire remaining class, and the number of (presumptively) valid claims thus derived would be multiplied by the average backpay award in the sample set to arrive at the entire class recovery—without further individualized proceedings. 603 F. 3d, at 625–627. We disapprove that novel project”. *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, et al., 564 U.S. 338 (2011).

americana cogita outros dois motivos implícitos para a Suprema Corte tenha barrado o prosseguimento da ação. Ambos decorrem do possível impacto econômico de uma decisão contrária.

O primeiro ressalta o direito material. Responsabilizar o *Wal-Mart* mandaria um recado a todo empregador que adota políticas de promoção discricionárias. “O objetivo de permitir decisões discricionárias”, escreveu o tribunal, “é justamente evitar que os empregados sejam avaliados sob o mesmo critério”, o que seria um modo “aparentemente razoável de conduzir os negócios”.⁴⁷⁹ Nesse contexto, *Dukes* seria uma tentativa de diminuir o risco da empresa ao limitar a interferência estatal em companhias privadas.⁴⁸⁰

O segundo argumento enfoca o direito processual. Autorizar o prosseguimento da ação poderia estimular a utilização *in terrorem* de ações coletivas.⁴⁸¹ Talvez a Suprema Corte estivesse preocupada com o possível ajuizamento de *class actions* com o intuito de forçar um acordo. Esse receio já havia sido expresso em decisões anteriores: “diante da chance, ainda que pequena, de sofrer perdas devastadoras, os réus [em ações coletivas] serão pressionados a fechar acordos mesmo diante de causas duvidosas”.⁴⁸² A admissão do processamento coletivo da demanda equivaleria a uma chantagem judicial, tornando o acordo uma alternativa irresistível para o réu.⁴⁸³ O processo coletivo, nesse sentido, parece ser vítima de seu próprio sucesso.⁴⁸⁴

Com efeito, *Dukes* rompeu com uma lógica que produziu, nos anos 1990, os maiores acordos da história. Em 1993, empregados da rede de restaurantes Denny’s foram acusados de recusar-se a servir e a sistematicamente tratar mal clientes afro-americanos. Em acordo, a companhia comprometeu-se a pagar mais de 54 milhões

⁴⁷⁹ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, et al.*, 564 U.S. 338 (2011).

⁴⁸⁰ MORRISON, Angela. Duke-ing out pattern or practice after Wal-Mart: the EEOC as fist. *American University Law Review*, v. 63, n. 1, p. 87-156, out. 2013, p. 117.

⁴⁸¹ MORRISON, Angela. Duke-ing out pattern or practice after Wal-Mart: the EEOC as fist. *American University Law Review*, v. 63, n. 1, p. 87-156, out. 2013, p. 117. O argumento, não expresso em *Dukes*, é utilizado explicitamente pela Corte em *Twombly*, analisado adiante. *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007); *Dura Pharmaceuticals, Inc. v. Broudo*, 544 U.S. 336, 347 (2005).

⁴⁸² *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740, 1752 (2011).

⁴⁸³ MALVEAUX, Suzette M. Clearing civil procedural hurdles in the quest for justice. *Ohio Northern University Law Review*, v. 37, n. 3, p. 621-644, 2011, p. 632

⁴⁸⁴ Para uma ampla análise dos motivos que têm levado ao declínio dos processos coletivos no direito norte-americano, v. KLONOFF, Robert H. The decline of class actions. *Washington University Law Review*, v. 90, n. 3, p. 729-838, 2013; KLONOFF, Robert H. Class actions in the year 2026: a prognosis. *Emory Law Journal*, v. 65, n. 6, p. 1569-1656, 2016, p. 1590-1591; KLONOFF, Robert H. Class Actions Part II: a respite from the decline. *New York University Law Review*, v. 92, n. 4, p. 971-997, out. 2017, p. 984-986.

de dólares e a investir um bilhão de dólares na criação de postos de trabalho e contratos para minorias.⁴⁸⁵

No ano seguinte, a Texaco concordou em pagar 176 milhões de dólares a uma classe de 1.400 empregados e ex-empregados negros. Comprometeu-se ainda a criar programas de diversidade, mentoria e *ombudsman*, além de modificar os requisitos para contratação de empregados, de modo a facilitar a admissão de afro-americanos. A empresa concordou ainda em criar uma equipe, formada por sete membros, que auxiliaria em decisões de contratação e promoção de pessoas. O acordo previu, por fim, que a companhia seria monitorada por um agente externo por cinco anos. Esse agente verificaria se as políticas de contratação e promoção estavam de acordo com padrões de neutralidade racial.⁴⁸⁶

No outono de 2000, a Coca Cola assinou um acordo muito parecido, no valor total de 192.5 milhões de dólares, para pôr fim a uma *class action* movida por empregados e ex-empregados negros. Entre outras medidas, a empresa comprometeu-se a criar uma comissão independente, que analisaria as práticas e políticas da empresa e faria recomendações com força vinculante; a monitorar o cumprimento do acordo e a divulgar os dados à corte e ao público por um período de quatro anos; a contratar um *ombudsman* para supervisionar queixas e procedimentos administrativos em que se alegava discriminação ou retaliação.⁴⁸⁷

Para o bem ou para o mal, será difícil ver acordos tão vultosos após *Dukes*. A dificuldade de comprovar uma ameaça real, não apenas conjectural, somada à dificuldade de demonstrar uma questão comum, aliada à impossibilidade de cumular um pedido mandamental com um condenatório na mesma ação, fazem da *class action* por discriminação um animal bem menos assustador do que em outros tempos. Não causa surpresa a notícia de que, em 2018, os valores de acordos em *class actions* tenham caído pela metade.⁴⁸⁸

Chama a atenção, todavia, a dessemelhança de tratamento entre casos parecidos. Embora digam respeito a controvérsias diferentes, *Lyons* e *Dukes* possuem

⁴⁸⁵ *Ridgeway v. Flagstar Corp.*, 1994 WL 525553 (N.D. Cal. 1994).

⁴⁸⁶ *Roberts v. Texaco, Inc.*, 979 F. Supp. 185, 189-92 (S.D.N.Y. 1997).

⁴⁸⁷ *Abdallah v. Coca-Cola Co.*, 133 F. Supp., 2d 1364 (N.D. Ga. 2001).

⁴⁸⁸ TRIMARCHI, Michael. Class Action Settlement Values Fall 52% in 2018, Law Firm Says. *Bloomberg*, 11 jan. 2019. Disponível em <<<https://news.bloombergtax.com/payroll/class-action-settlement-values-fall-52-in-2018-law-firm-says>>>. Acesso em 26 de maio de 2019.

diversas similitudes. Em *Lyons*, alegava-se que a conivência das autoridades policiais com casos de abuso e brutalidade impactava desproporcionalmente a população negra. Em *Dukes*, alegava-se que a conivência da administração da empresa com casos de machismo impactava desproporcionalmente as empregadas do sexo feminino. Em ambos os casos demonstrou-se a existência de um padrão reiterado e requereu-se a reforma da instituição. Mas, em *Lyons*, a Suprema Corte considerou a demanda tão especulativa que sequer configuraria um caso concreto para apreciação judicial. Em *Dukes*, diferentemente, a Suprema Corte extinguiu o processo por ausência de uma questão comum à classe.

Esse contraste permite cogitar uma terceira hipótese para a Suprema Corte ter elevado as barreiras para demonstração de um padrão ou prática sistemática. Por trás de ambos os casos estava a teoria do impacto desproporcional. Em nenhum deles se alegava uma discriminação *de jure*, mas de fato. Tanto *Dukes* quanto a linha decisória que culminou em *Lyons* parecem rejeitar implicitamente essa teoria. Ou, ao menos, exigir elementos de cognição muito mais robustos do que aqueles necessários para demonstrar uma prática discriminatória deliberada. Até mesmo *Teamsters*, decidido nos anos 1970, reforça essa tendência.

Seria essa série de decisões uma reação ao processo estrutural? Embora essa seja uma hipótese defensável, ela não exclui outras possibilidades.

É possível, por exemplo, explicar o comportamento da Suprema Corte politicamente. Parte considerável da doutrina adota esse fundamento, por enxergar um crescente conservadorismo no Judiciário norte-americano. De acordo com essa corrente, o processo teria sido interpretado de modo a frear aquilo que os conservadores consideram “ativismo”.⁴⁸⁹

É possível também que essa linha decisória restritiva seja uma reação a tentativas de expandir o alcance do direito à igualdade. O Judiciário norte-americano guarda grande deferência às decisões legislativas e administrativas. Em regra, exige-

⁴⁸⁹ Nesse sentido: CHAYES, Abram. Foreword: public law litigation and the Burger Court. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 1, p. 4-60, nov. 1982, p. 56-60; CHEMERINSKY, Erwin. The segregation and resegregation of American public education: the Court's role. *North Carolina Law Review*, v. 81, n. 4, p. 1597-1622, mai. 2003, p. 1620-1621; GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops... it's still moving. *University of Miami Law Review*, v. 58, n. 1, p. 143-171, out. 2003, p. 168-171. Sintetizando diversas correntes, v. SCHLANGER, Margo. Civil rights injunctions over time: a case study of jail and prison court orders. *New York University Law Review*, v. 81, n. 2, p. 550-630, mai. 2006, p. 564-566.

se apenas um nexo de racionalidade que a ligue a desequiparação a um fim lícito.⁴⁹⁰ Ainda que, como efeito de uma lei ou política pública, haja produção de desigualdade, presume-se constitucional a norma desde que a licitude do fim e a racionalidade do meio estejam presentes.⁴⁹¹ Em outras palavras, presume-se legítima a desequiparação, até que prova em contrário demonstre que o intuito oculto do legislador era, de fato, discriminar, e que o objetivo por ele invocado era mero pretexto.⁴⁹² A única exceção a postura ocorre diante de leis que adotem a raça como critério de desequiparação. Nesse caso, mais que um fim lícito ligado por um nexo de racionalidade ao meio, exige-se que a desequiparação seja necessária (não meramente adequada) para o atingimento de uma necessidade pública premente.⁴⁹³

Nesse contexto, não é difícil atribuir essa série de restrições processuais à reticência do Judiciário em expandir a eficácia do direito à igualdade. Tanto *Lyons* quanto *Dukes* invocavam esse direito e argumentavam impacto desproporcional sobre minorias. Mas a teoria do impacto desproporcional, no direito norte-americano, tem aplicação bastante restrita. Exige-se não apenas o efeito desarrazoadamente opressivo sobre um grupo, mas também que esse efeito tenha sido buscado pelo legislador ou administrador.⁴⁹⁴ É possível que os processos estruturais tenham sofrido os efeitos de uma jurisprudência limitativa do direito material, e não o contrário.⁴⁹⁵ Ausente um intuito discriminatório evidente (elemento de direito material), a demanda torna-se excessivamente conjectural, como em *Lyons*, ou despida de elementos comuns à classe, como em *Dukes*.

Outra explicação ligada ao direito material parte da observação de que, em casos envolvendo departamentos de polícia, a reforma estrutural nunca deslanchou.

⁴⁹⁰ Esse critério é chamado *rational basis review*. De acordo com a Suprema Corte, não é papel do Judiciário analisar se a desequiparação entre grupos de pessoas é sábia ou não. O controle jurisdicional limita-se à legalidade (leia-se, racionalidade) da política. V. *New York City Transit Authority v. Beazer*, 440 U.S. 568 (1979).

⁴⁹¹ *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961).

⁴⁹² *Jefferson v. Hackney*, 406 U.S. 535 (1972); *Keyes v. School District No. 1, Denver, Colorado*, 413 U.S. 189 (1973); *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279, 297-99 (1987).

⁴⁹³ Esse critério é chamado *strict scrutiny* e foi desenvolvido ao longo de uma série de precedentes: *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). A formulação atual do *strict scrutiny* exige “compelling public necessity”.

⁴⁹⁴ *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*, 442 U.S. 256 (1977); *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252 (1977).

⁴⁹⁵ Ilustrativamente, v. *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976). Há, contudo, inúmeros casos sobre impacto desproporcional na Suprema Corte. O tema é complexo e os precedentes do tribunal são de difícil compatibilização. Para um exemplo de decisão aplicando a teoria do impacto desproporcional, v. *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970).

Provavelmente por causa do receio de frear o combate ao crime e de interferir num serviço público essencial, a Suprema Corte sempre se mostrou reticente a processar litígios estruturais. Foi preciso muito mais que a demonstração de um padrão ou prática pervasiva para que o Judiciário assumisse uma postura reformadora: foi preciso comoção pública.

A conformação de departamentos de polícia às normas constitucionais só ganhou força após o infame episódio de brutalidade contra Rodney King, já nos anos 1990. O espancamento do motorista negro e desarmado por policiais brancos foi filmado e gerou uma onda de manifestações e conflitos. Como reação aos protestos, o Congresso aprovou lei que proibia padrões de conduta discriminatórios e atribuiu ao Attorney General legitimidade para ajuizamento de ações coletivas. O Departamento de Justiça investigou inúmeras corporações policiais e ajuizou ações contra cinco. Todas resultaram em acordos estabelecendo reformas estruturais extensas.⁴⁹⁶

Pode-se ainda cogitar uma razão mais prosaica para a tendência de declínio. Para que o Judiciário assuma a tarefa de tutelar um direito, é preciso que ele se considere pragmaticamente capaz de fazê-lo. Antes de embrenhar-se numa tarefa quixotesca, o Judiciário deve perceber-se apto a atingir resultados satisfatórios. Ou, no mínimo, melhores que os resultados obtidos pelos demais poderes.⁴⁹⁷ Esse argumento explica, por exemplo, por que, ao decidir *Rizzo*, a Suprema Corte afirmou que os problemas identificados naquele caso seriam comuns a qualquer departamento de polícia de uma grande metrópole. Provavelmente, a Corte considerou a tarefa grande demais para suas capacidades institucionais.

Embora todas essas hipóteses sejam fundadas e nenhuma delas tenha aptidão, por si só, para excluir as demais, a trajetória de progressiva restrição à reforma estrutural só pode ser compreendida contextualmente. É preciso afastar-se, por um momento, do estudo dos processos estruturais, e olhar para o processo coletivo como um todo. É preciso sair da ilha, diria Saramago,⁴⁹⁸ para ver a ilha.

3.5. O processo coletivo em decadência

⁴⁹⁶ SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1043-1044.

⁴⁹⁷ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 263; 297-298.

⁴⁹⁸ SARAMAGO, José. *O conto da ilha desconhecida*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

A restrição ao uso de *structural injunctions* parece vir de uma reação ao processo coletivo como um todo e de uma visão anacrônica de *law e equity*. Embora a Corte nunca tenha declarado inconstitucional a reforma estrutural, ela criou barreiras processuais que parecem pretextos para impedir o prosseguimento de determinadas causas, ao mesmo tempo em que permitem o julgamento de outras.⁴⁹⁹ Além de motivados superficialmente, os precedentes são aplicados ou distinguidos sem critério bem estabelecido. O que seria “ausência de controvérsia concreta” num caso torna-se “ausência de questões comuns” em outro, “ausência de *standing*” num terceiro caso, ou é simplesmente ignorado.⁵⁰⁰

Essa incoerência, entretanto, não é restrita a demandas estruturais. Todo o processo coletivo, estrutural ou não, padece da mesma inconstância. Em 2003, quando Myriam Gilles denunciou a manipulação de conceitos para impedir a judicialização de demandas estruturais,⁵⁰¹ Linda Mullenix identificou o mesmo problema, mas espalhado por todo o processo coletivo. O sistema de tutela coletiva, nos Estados Unidos, tornou-se impreciso. Consequentemente, abriu-se à imprevisibilidade e à insegurança jurídica.⁵⁰²

Apesar de ser marcado pelo pragmatismo e, em certa medida, pelo experimentalismo, o processo civil norte-americano gravita em torno de dois grandes axiomas: a prevalência do processo individual sobre o coletivo e a primazia da tutela ressarcitória sobre as tutelas preventivas.

Não é difícil demonstrar a onipresença desses dogmas. Em *Dukes*, por

499 “These barriers (...) are themselves porous; they are not so much bars to injunctive actions as they are tools that courts may use to bar injunctive actions they do not wish to entertain. They are, in a conservative climate, bulwarks against liberal activism”. GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops... it’s still moving, *University of Miami Law Review*, v. 58, n., 1, p. 143-171, out. 2003, p. 146.

500 Sobre a manipulação do conceito de *standing to sue* com finalidade de controlar a quantidade de casos submetidos à apreciação jurisdicional, v. POSNER, Richard A. *The Federal Judiciary: strenghts and weaknesses*. Cambridge: Harvard University Press, 2017, p. 427-430.

501 GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops... it’s still moving, *University of Miami Law Review*, v. 58, n., 1, p. 143-171, out. 2003, p. 146.

502 Nas palavras da autora, “[t]he very vocabulary of class action litigation has, over time, been debased and distorted to permit litigation results that are analytically incoherent. Thus, core concepts of homogeneity and heterogeneity of interests that once were integral to the 23(b)(1), (b)(2), and (b)(3) classes have been rendered malleable in all but label. Concepts of “predominance” are used loosely (...). Loose labeling, result-oriented accommodations, creative innovations, and doctrinal incoherence all have contributed to uncertainties relating to due process and fairness. These factors also have maximized opportunities for gaming the system; that is, to obtain strategic litigation advantage through manipulating the rule and class action jurisprudence (...). MULLENIX, Linda S. No exit: mandatory class actions in the new millennium and the blurring of categorical imperatives. *University of Chicago Legal Forum*, v. 2003, s/n, p. 177-246, 2003, p. 180-181.

exemplo, a fundamentação começa com a emblemática afirmação de que “a *class action* é uma exceção à regra geral de que o litígio é conduzido pelas partes individuais e em seu próprio interesse”.⁵⁰³ Em *O’Shea*,⁵⁰⁴ em *Rizzo*⁵⁰⁵ e em *Lyons*,⁵⁰⁶ por sua vez, a Corte afirma que a emissão de uma ordem injuntiva somente é possível quando inexistente ou ineficaz outra forma de tutela.

A prevalência da tutela individual sobre a coletiva é uma característica herdada da tradição individualista.⁵⁰⁷ Embora essa tradição tenha sido rompida com a edição da regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, identifica-se, a partir dos anos 1990, uma tendência à priorização de demandas individuais. Nessa época, ficou clara a existência de relevantes distorções no regime das *class actions*.

A decisão que recebia a inicial, à época, não estava sujeita a recurso. Por isso, diante da possibilidade, ainda que remota, de uma decisão com potencial de levar a empresa à bancarrota, muitos réus faziam acordos com os autores coletivos, mesmo diante de causas frívolas. O problema, conhecido como utilização *in terrorem* do processo coletivo, foi inúmeras vezes mencionado em decisões da Suprema Corte e costuma ser comparado a uma chantagem judicial.⁵⁰⁸ Em 1995, a Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* foi emendada, para permitir a interposição de recurso contra a decisão de recebimento da *class action*.⁵⁰⁹ Como é intuitivo, a nova norma, conquanto redigida de forma neutra, mostrou-se muito mais benéfica para réus do que para autores coletivos.⁵¹⁰

Outro problema que levou ao desprestígio recente do processo coletivo decorre de uma peculiaridade quase invisível ao observador brasileiro: o federalismo norte-americano. Como o direito material, em regra, varia de Estado para Estado, autores coletivos frequentemente ajuizavam ações em Estados com legislação mais protetiva

⁵⁰³ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, et al.*, 564 U.S. 338, 366 (2011), citando *Califano v. Yamasaki*, 442 U.S. 682, 700–701 (1979)

⁵⁰⁴ *O’Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488, 504 (1974).

⁵⁰⁵ *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362, 378 (1976).

⁵⁰⁶ *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95, 96 (1983).

⁵⁰⁷ ISSACHAROFF, Samuel; NAGAREDA, Richard A. Class settlements under attack. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 156, n. 6, p. 1649-1722, jun. 2008, p. 1654.

⁵⁰⁸ KLONOFF, Robert H. The decline of class actions. *Washington University Law Review*, v. 90, n. 3, p. 729-838, 2013, p. 738.

⁵⁰⁹ A regra 23(f), em sua redação atual, assim dispõe: “A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule (...). An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders”.

⁵¹⁰ KLONOFF, Robert H. The decline of class actions. *Washington University Law Review*, v. 90, n. 3, p. 729-838, 2013, p. 741.

ao grupo.⁵¹¹ Desse modo, o réu poderia ser obrigado a pagar, em todo o território nacional, indenizações definidas e calculadas com base na lei de um único Estado. Some-se a isso o fato de que ações condenatórias são, em geral, julgadas por júris populares, frequentemente mais simpáticos à coletividade que a grandes corporações;⁵¹² o bairrismo contra empresas rés sediadas fora do Estado; e a condução do processo por juízes estaduais eleitos, e tem-se um panorama do contexto que levou à aprovação, em 2005, do *Class Actions Fairness Act*: uma lei que, na tentativa de tornar o processo coletivo menos injusto para o réu, permite o deslocamento de competência de ações coletivas impactantes do Judiciário Estadual para o Federal.⁵¹³

Essa não deixa de ser uma solução irônica. Um dos argumentos onipresentes em críticas à reforma estrutural é justamente a interferência do Judiciário Federal em temas que, em tese, competiria aos Estados julgar. Quando se trata de limitar o processo coletivo, todavia, o deslocamento de competência ao Judiciário Federal parece não despertar o mesmo argumento apaixonado.

Por fim, a utilização abusiva de *class actions* por advogados também contribuiu para a restrição ao uso desse instrumento. Há registro de acordos coletivos que resultaram em pagamentos ínfimos aos membros da classe, enquanto os advogados do grupo embolsaram vultosos valores. Em pelo menos um caso, membros da classe perderam dinheiro. Num acordo envolvendo o *Bank of Boston*, um membro do grupo recebeu 4 dólares, mas teve descontados de sua conta 80 dólares a título de honorários advocatícios, que, nos termos do acordo, foram definidos em 8,5 milhões de dólares.⁵¹⁴

Há caloroso debate a respeito desse diagnóstico. Se de fato houve uma epidemia de *class actions* oportunistas nos anos 1990 ou se isso é apenas o resultado de uma “cara e enganosa campanha [orquestrada por seguradoras e litigantes repetitivos] ao longo de décadas – com a cumplicidade da mídia – para disseminar a

⁵¹¹ YORK-ERWIN, Genevieve G. The choice-of-law-problem(s) in the class action context. *New York University Law Review*, v. 84, n. 6, p. 1793-1830, dez. 2009, p. 1801.

⁵¹² V. DOOLEY, Laura G. National juries for national cases: preserving citizen participation in large-scale litigation. *New York University Law Review*, v. 83, n. 2, p. 411-449, mai. 2008, p. 412-418.

⁵¹³ KLONOFF, Robert H. The decline of class actions. *Washington University Law Review*, v. 90, n. 3, p. 729-838, 2013, p. 743-745.

⁵¹⁴ KLONOFF, Robert H. The decline of class actions. *Washington University Law Review*, v. 90, n. 3, p. 729-838, 2013, p. 743-745.

ideia de que os americanos ajuízam um grande número de demandas frívolas e júris são excessivamente generosos para com as vítimas”,⁵¹⁵ é irrelevante para a conclusão de que *class actions* não mantêm, hoje, o prestígio de outrora.

Em conjunto, essas distorções levaram não apenas à aprovação de leis que, como visto, visam a impedir o ajuizamento de ações coletivas questionáveis, mas também à criação jurisprudencial de requisitos mais rigorosos para o recebimento de *class actions*. O problema, evidentemente, é que a imposição de filtros mais severos acaba barrando ações coletivas meritórias.

Mais do que isso, criou-se uma cultura de desconfiança: a menos que o autor coletivo demonstre *prima facie* que sua *class action* é robusta, parte-se do pressuposto de que ela é apenas uma tentativa de pressionar o réu para obtenção de um acordo injusto.

3.6. O apego à tutela ressarcitória

O caráter residual da *injunctions*, por sua vez, não é criação da Suprema Corte ou do Legislativo. Trata-se de uma reminiscência histórica. Sua origem remonta ao direito medieval britânico, no qual se desenvolveu, a partir do século XIII, um sistema de justiça dualista.

Havia, de um lado, as cortes de *law*, encarregadas de aplicar o que veio a ser conhecido como *common law*. Essas cortes seguiam um procedimento rígido e formalista. Três características essenciais particularizavam as cortes de *law*: o sistema formulário, baseado em *writs*;⁵¹⁶ a impossibilidade de litigar mais de uma pretensão simultaneamente; e o julgamento pelo júri. Tratava-se de um procedimento dirigido a limitar e racionalizar o poder jurisdicional. A parte podia litigar apenas um *writ* de cada vez. O procedimento era desenhado de tal modo que o litígio fosse depurado a apenas uma questão. E a decisão por um júri era um avanço frente ao sistema anterior, baseado em ordálias, batalhas e juramentos.⁵¹⁷

⁵¹⁵ ABEL, Richard L. Judges write the darndest things: judicial mystification of limitations on tort liability. *Texas Law Review*, v. 80, n. 7, p. 1547-1576, jun. 2002, p. 1547-1548.

⁵¹⁶ *Writs* (uma corruptela de *writings*) era “uma ordem real que autorizava a corte a julgar um caso e instrua o xerife a assegurar o comparecimento do réu”. MILSOM, S. *Historical foundations of the common law*. London: Butterworths, 1969, p. 22.

⁵¹⁷ SUBRIN, Stephen N. How equity conquered common law: the Federal Rules of Civil Procedure in historical perspective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 135, n. 4, p. 909-1002, abr. 1987, p. 916. V. ainda

A despeito das vantagens desse modelo em termos de segurança jurídica e previsibilidade, o formalismo excessivo, para além de tornar o processo incrivelmente complexo, deixava sem tutela adequada inúmeras pretensões para as quais simplesmente não havia um *writ*. Assim, gradualmente, estruturou-se um outro sistema de justiça, exercido pelas cortes de *equity*. Essencialmente, esse sistema desempenhava papel residual. Para as causas que não tivessem um remédio adequado no sistema de *law*, ou para aquelas em que o remédio fosse evidentemente injusto, buscava-se tutela na *equity*. Ao contrário das cortes de *law*, as cortes de *equity* não precisavam simplificar o litígio a uma única questão. Seu procedimento era muito mais simples e não seguia fórmulas. Por isso, fornecia uma via adequada aos litígios mais complexos, em que era necessário cumular partes, pedidos e causas de pedir. As decisões eram proferidas por autoridades, não por jurados populares. E essas autoridades, em razão do caráter excepcional da causa, tinham ampla discricionariedade para conceber uma tutela específica para o caso.⁵¹⁸ As *injunctions* eram uma dessas formas de tutela específica desenvolvida pelas cortes de *equity*.⁵¹⁹

Essa simplificadíssima narrativa mostra por que, desde as origens britânicas, o direito norte-americano dá preferência à tutela repressiva. Mas ela não é suficiente para explicar o apego à tradição mesmo quando a lei autoriza o uso de *injunctions* para evitar a reiteração de um comportamento sistematicamente violador de direitos. Para entender o motivo pelo qual a tradição histórica persiste, mesmo em descompasso com a lei e com as necessidades da vida real, é preciso adicionar um elemento constitucional ao quebra-cabeças normativo.

Quando da fundação dos Estados Unidos, as treze ex-colônias britânicas na América, obviamente, aplicavam o direito inglês – e, portanto, replicavam a divisão entre *law* e *equity*. Não havia, entretanto, recursos financeiros suficientes para manter em funcionamento dois sistemas independentes de justiça. A solução encontrada pelo

LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; Smith, Bruce P. *History of the common law: the development of Anglo-American legal institutions*. New York: WoltersKluwer (Aspen Publishers), 2009, p. 87-105;

⁵¹⁸ V. McKNIGHT, Brent H. How shall we then reason? The historical setting of equity. *Mercer Law Review*, v. 45, n. 3, p. 919-998, primavera de 1994, p. 923.

⁵¹⁹ SUBRIN, Stephen N. How equity conquered common law: the Federal Rules of Civil Procedure in historical perspective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 135, n. 4, p. 909-1002, abr. 1987, p. 916; LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; Smith, Bruce P. *History of the common law: the development of Anglo-American legal institutions*. New York: WoltersKluwer (Aspen Publishers), 2009, p. 268-275. Em sentido contrário, destacando a obscuridade das origens da corte de *equity* e apontando inconsistências na historiografia dominante, v. MILSOM, S. *Historical foundations of the common law*. Londres: Butterworths, 1969, p. 74 e ss.

constituinte foi mesclar os dois sistemas num único Poder Judiciário. Daí a redação do artigo III, seção 2 da Constituição, segundo a qual “o poder jurisdicional abrange todos os casos, fundados em *law* ou em *equity*, que surjam sob esta Constituição”.⁵²⁰

As *Federal Rules of Civil Procedure*, por sua vez, tornaram ainda menos relevante a distinção. As regras uniformizaram os procedimentos, adotando como padrão para ambos o modelo flexível da *equity*.⁵²¹ Mas uma diferença persistiu.

O artigo VII da Constituição prevê que, “em processos fundados na *common law* (...), o direito ao julgamento por um júri será preservado, e nenhum fato definido por um júri será reexaminado por outro juízo⁵²² (...)”. Essa norma é provavelmente a única razão pela qual a diferença entre *law* e *equity* continua relevante. Ela estabelece uma importantíssima regra de competência. Se a pretensão estiver fundada num direito decorrente do *common law*, o caso será julgado por um júri. Se, entretanto, a pretensão estiver fundada num direito historicamente fundado em *equity*, não há competência do júri. O caso será julgado por um juiz de direito.

Simplificadamente, a regra pode ser lida da seguinte maneira: casos contendo pedidos condenatórios serão, via de regra, julgados por um júri. Já casos dos quais decorra um pedido injuntivo serão, em regra, julgados por um magistrado.

Essa diferença ajuda a explicar a resistência da Suprema Corte em ampliar a tutela preventiva de direitos. A rigor, de qualquer pretensão pode decorrer um pedido condenatório e um pedido mandamental ou executivo. *Lyons* e *Dukes* são bons exemplos. Na medida em que a parte deixa de fazer um pedido condenatório para fazer um pedido injuntivo, a competência para julgamento dos fatos deixa de ser do júri e passa a ser do juiz. A partir do pedido, a parte é capaz de manipular a competência e escolher o juiz natural da causa.⁵²³

Nos anos 1950 e 1960, os advogados envolvidos em litígios de direitos civis cuidadosamente moldavam seus casos de modo a obter uma *injunction*. O objetivo

⁵²⁰ Artigo III, Seção 2: “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution (...)”.

⁵²¹ SUBRIN, Stephen N. How equity conquered common law: the Federal Rules of Civil Procedure in historical perspective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 135, n. 4, p. 909-1002, abr. 1987, p. 944-975; REINERT, Alex. Procedural barriers to civil rights litigation and the illusory promise of equity. *UMKC Law Review*, v. 78, n. 4, p. 931-948, verão de 2010, p. 934.

⁵²² Artigo VII: “In Suits at common law (...), the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.”

⁵²³ V. MOLOT, Jonathan T. An old judicial role for a new litigation era. *Yale Law Journal*, v. 113, n. 1, p. 27-118, out. 2003, p. 69.

não declarado (e nunca contestado) era evitar que suas pretensões fossem julgadas por júris, que tendiam a espelhar em microescala o preconceito e o racismo da sociedade como um todo.⁵²⁴

O respeito a essa tradicional regra de competência pode explicar a dificuldade dos tribunais norte-americanos em passar de um modelo centrado na reparação individual do dano para um modelo baseado na prevenção ou remoção coletiva do ilícito. A mudança de um para outro modelo exigiria também a transformação da figura do juiz. De alguém que, a rigor, somente decide questões de direito, ele passaria a ser também, primariamente, um julgador de fatos. Essa não é uma mudança banal. A despeito de parte da doutrina sustentar que processos estruturais não diferem, em essência, dos processos para resolução de conflitos,⁵²⁵ eles desafiam a tradicional divisão de trabalho entre júri e juiz.

Exemplo marcante da importância dessa regra de competência é *Barnes v. American Tobacco Co., Inc.*⁵²⁶ A ação, ajuizada em favor de uma classe de um a dois milhões de ex-fumantes, não pedia a condenação do réu a pagar indenização. Requeria-se apenas a determinação de que a ré, companhia de tabaco, criasse um programa de monitoramento médico para acompanhamento das condições clínicas dos membros do grupo.⁵²⁷ O juízo de primeiro grau reconheceu tratar-se de um pedido baseado em *equity*. Ainda assim, determinou que o julgamento fosse feito por um júri. Em suas palavras, “embora este juízo concorde que os autores têm o direito de buscar a constituição de um fundo para monitoramento médico, sua decisão unilateral de não pedir reparação de danos não pode privar os réus do direito constitucional ao julgamento por um júri. Como já afirmou expressamente a Suprema Corte, ‘o direito constitucional de ser julgado por um júri não pode depender da escolha de palavras usadas na petição inicial’”.⁵²⁸

Outra peculiaridade que pode passar despercebida ao observador brasileiro, mas que não pode ser desprezada, é o fato de nem toda decisão admitir recurso no

⁵²⁴ FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington/London: Indiana University Press, 1978, p. 90.

⁵²⁵ Cf. EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980, p. 511-512; FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979.

⁵²⁶ 989 F. Supp. 661 (E.D. Pa. 1997).

⁵²⁷ Ações coletivas para monitoramento médico serão estudadas adiante.

⁵²⁸ *Barnes v. American Tobacco Co., Inc.* 989 F. Supp. 661, 667-668 (E.D.) Pa. 1997, citando *Dairy Queen, Inc. v. Wood*, 369 U.S. 469, 82 S. Ct. 894, 8 L. Ed. 2d 44 (1962).

processo norte-americano. E nem todo recurso possui efeito devolutivo integral. Diferentes *standards* de revisão aplicam-se a diferentes decisões. Aquelas em que o juiz de primeiro grau possui algum grau de discricionariedade somente podem ser revistas por um tribunal se for identificado o chamado *abuse of discretion*: um erro claro na aplicação da medida.⁵²⁹ Se não for esse o caso, ainda que o tribunal discorde da medida adotada pelo juízo de origem, ela será mantida. Não é difícil perceber que o juiz norte-americano está sujeito a poucos mecanismos de controle recursal ao expedir uma ordem. Tamanha liberdade é inegavelmente problemática.⁵³⁰ A relutância em ampliar a utilização de *injunctions* não é de todo infundada.

Ocasionalmente, o Judiciário deixa entrever razões extrajurídicas para a primazia da tutela ressarcitória. Já se afirmou, por exemplo, que a exigência de um dano concreto, embora seja um requisito bastante rigoroso, “é o melhor filtro já desenvolvido pelos tribunais para evitar uma inundação de processos e, assim, prover um acesso mais rápido à justiça àqueles que têm demandas sérias e sólidas”.⁵³¹ Trata-se de um argumento puramente pragmático.

É possível compreender, assim, por que, a despeito de o *Civil Rights Act* de 1964 e a Regra 23(b)(2) das *Federal Rules of Civil Procedure* autorizarem a tutela injuntiva sempre que necessário,⁵³² a Suprema Corte continuou atribuindo às *injunctions* um papel secundário. De acordo com a jurisprudência reiterada do tribunal, para obter tutela injuntiva, o requerente deve demonstrar (a) que sofreu um dano irreparável; (b) que os meios de tutela decorrentes de *law* são inadequados para compensar o dano; (c) que a ordem é proporcional; e (d) que a emissão de uma *injunction* não contraria o interesse público.⁵³³ Esses quatro requisitos decorrem da premissa de que ordens judiciais são medidas “drásticas e extraordinárias”.⁵³⁴

Medidas preventivas não são desconhecidas do direito estadunidense. As chamadas *prophylactic injunctions* fazem parte do poder do juiz. Mas elas estão longe

⁵²⁹ *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388, 391, 126 S. Ct.(2006).

⁵³⁰ V. CHAYES, Abram. Foreword: public law litigation and the Burger Court. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 1, p. 4-60, nov. 1982, p. 55.

⁵³¹ *Metro-North Commuter R.R. Co. v. Buckley*, 521 U.S. 424, 444 (1997).

⁵³² Defendendo a inexistência de hierarquia entre tutela ressarcitória e tutela injuntiva e argumentando que a primazia de uma sobre a outra depende do contexto, v. FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington/London: Indiana University Press, 1978, p. 86-90.

⁵³³ *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388, 391 (2006).

⁵³⁴ *Monsanto Co. v. Geertson Seed Farms*, 561 U.S. 139, 165-66 (2010).

de caracterizar uma forma de tutela corriqueira.⁵³⁵

O direito norte-americano lida muito mal com formas de tutela preventiva. Ao condicionar a presença de *standing to sue* à existência ou à ameaça iminente e concreta de um dano, a jurisprudência da Suprema Corte praticamente inviabiliza o desenvolvimento de uma forma de tutela semelhante à inibitória, em que o dano é irrelevante. Bastaria a existência ou ameaça de ato ilícito para que seja franqueado acesso à justiça. Nos poucos casos em que se discutiu um ato meramente ilícito (*no-injury cases*), a Suprema Corte ou deixou de se manifestar,⁵³⁶ ou adotou uma linguagem que remete à possibilidade concreta e iminente de dano.⁵³⁷ Analisando as tendências decisórias da Suprema Corte em 2016 e tentando predizer o futuro das *class actions* dez anos depois, Robert Klonoff foi categórico: “é possível que, até lá, *no-injury classes* sejam proibidas”.⁵³⁸

Ao reafirmar um sistema processual orientado à reparação individual do dano, a Suprema Corte criou barreiras ao desenvolvimento dos processos estruturais. Ainda assim, não se pode afirmar com certeza que os litígios estruturais tenham entrado em declínio por terem sofrido forte resistência da Suprema Corte. A linha decisória continuamente restritiva parece ser parte de um fenômeno maior.

3.7. Twiqbal e a tendência generalizada de restrição do acesso à justiça

A linha decisória que começa em *O’Shea* e se estende até *Dukes* parece indicar uma reação da Suprema Corte à utilização de processos estruturais. A diferença entre *law* e *equity*, por sua vez, sugere que a reação talvez seja à utilização de *injunctions* e ao processo coletivo como um todo. A análise de processos individuais, finalmente, revela um movimento ainda mais amplo.

Recentemente, dois casos alteraram profundamente o panorama do processo civil norte-americano. Em ambos, a Suprema Corte estabeleceu critérios que dificultam o ajuizamento de ações. Não apenas ações coletivas, mas também

⁵³⁵ V. THOMAS, Tracy A. The prophylactic remedy: normative principles and definitional parameters of broad injunctive relief. *Buffalo Law Review*, v. 52, n. 2, p. 301-386, primavera de 2004.

⁵³⁶ *Tyson Foods, Inc. v. Bouaphakeo*, 577 U.S. __ (2016).

⁵³⁷ *Spokeo, Inc. v. Robins*, 578 U.S. __ (2016).

⁵³⁸ KLONOFF, Robert H. Class actions in the year 2026: a prognosis. *Emory Law Journal*, v. 65, n. 6, p. 1569-1656, 2016, p. 1578.

demandas individuais.

Em *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*,⁵³⁹ um grupo de consumidores alegava conduta anticompetitiva de diversos prestadores de serviço de telefonia e internet. De acordo com a inicial, ao longo de sete anos, os réus teriam “fatiado” o território norte-americano, de modo que cada uma prestaria serviço em uma determinada região, sem sofrer competição das demais.

A ação foi extinta em primeiro grau de jurisdição sob o fundamento de que a adoção de condutas paralelas, por si só, não seria uma causa de pedir. Seria preciso alegar também a efetiva colusão entre as partes. A decisão foi reformada em segundo e restabelecida pela Suprema Corte.

A decisão terminativa não foi fundamentada numa suposta causa de pedir excessivamente conjectural ou na ausência de questões comuns ao grupo, mas na ausência de uma causa de pedir. O direito norte-americano, assim como o brasileiro, exige que a petição inicial apresente pedido e causa de pedir, e que haja nexo lógico entre um e outro.⁵⁴⁰ E, assim como o direito brasileiro, os fatos são analisados, nessa fase, *in status assertionis*: a matéria alegada é presumida verdadeira.⁵⁴¹ Mesmo assim, segundo a Suprema Corte, não haveria no caso alegações suficientes para o recebimento da inicial. Mais do que a mera conexão lógica entre pedido e causa de pedir, a inicial deveria estabelecer “fundamentos plausíveis para permitir a inferência de um acordo” entre os concorrentes.⁵⁴²

A Corte mencionou expressamente sua preocupação com a utilização *in terrorem* do processo jurisdicional. Acrescentou também que, se não fosse extinta, a ação seguiria em frente até a caríssima fase de instrução. Encurralados entre a possibilidade de acordo e os custos milionários da instrução, os réus provavelmente buscariam uma solução consensual, ainda que a ação fosse destituída de fundamento. A extinção, assim, desestimularia o ajuizamento de ações aventureiras.

O voto vencido, entretanto, revela pontos importantes sobre esse precedente. Ao contrário do que consta da decisão majoritária, o autor não apenas alegou conduta

⁵³⁹ 550 U.S. 544 (2007).

⁵⁴⁰ Regra 8(a) das *Federal Rules of Civil Procedure*: “[a] pleading that states a claim for relief must contain (...) (2) a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief”

⁵⁴¹ *Swierkiewicz v. Sorema N. A.*, 534 U. S. 506, 508, n. 1 (2002); see *Overstreet v. North Shore Corp.*, 318 U. S. 125, 127 (1943) *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

⁵⁴² *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

anticompetitiva, mas alegou também a efetiva colusão entre as partes.⁵⁴³ E juntou aos autos inúmeras provas indiciárias de que a conduta anticompetitiva seria intencional, não uma decisão independentemente tomada por cada empresa no exercício de sua autonomia privada. A dissidência também criticou a decisão da maioria por indeferir a inicial com base na mera opinião de que os fatos alegados seriam implausíveis. E anteviu dificuldades para o ajuizamento de ações questionando políticas discriminatórias.⁵⁴⁴

Embora *Twombly* fosse uma *class action*, as razões utilizadas pela Corte atingem diretamente o processo individual. Na prática, qualquer petição inicial, independentemente do procedimento, poderia ser indeferida se o juízo considerasse implausíveis as alegações. E a plausibilidade, assim como a existência de questões comuns ou a existência de uma controvérsia concreta, parece estar mais nos olhos do observador do que no objeto.

Em 2009, a tendência restritiva foi confirmada. Em *Ashcroft v. Iqbal*⁵⁴⁵, discutia-se uma política investigatória adotada a partir dos ataques de 11 de setembro de 2001. Iqbal, cidadão norte-americano de origem paquistanesa, foi preso e supostamente submetido a condições mais severas de confinamento em razão de sua origem étnica e de sua religião muçulmana. Ele ajuizou uma ação contra o então *Attorney General*, Ashcroft, imputando a ele a formulação dessa política investigatória baseada em critérios de raça e credo.⁵⁴⁶

Aplicando o precedente estabelecido em *Twombly* (e concretizando a previsão do voto vencido), a Suprema Corte indeferiu a petição inicial. Para o tribunal, muitas das alegações constantes da inicial não seriam fatos, mas conclusões, as quais não poderiam ser tomadas como verdadeiras. Por exemplo, a tese de que o autor teria sido preso pelas razões por ele apontadas, ou a tese de que o réu seria o “arquiteto” dessa política discriminatória. Para a Corte, o fato de milhares de árabes e muçulmanos terem sido detidos após os ataques terroristas seria apenas uma

⁵⁴³ “Respondents’ amended complaint describes a variety of circumstantial evidence and makes the straightforward allegation that petitioners ‘entered into a contract, combination or conspiracy to prevent competitive entry in their respective local telephone and/or high speed internet services markets and have agreed not to compete with one another and otherwise allocated customers and markets to one another’. Amended Complaint in No. 02 CIV. 10220 (GEL) (SDNY) ¶51, App. 27”. *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

⁵⁴⁴ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

⁵⁴⁵ 556 U.S. 662 (2009).

⁵⁴⁶ *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662 (2009).

concausalidade, não o resultado de uma investigação discriminatória. Ausente, assim, a plausibilidade de suas alegações.⁵⁴⁷

Iqbal foi especialmente impactante para o processo civil porque a Suprema Corte expressamente afastou o argumento de que *Twombly* estaria restrito a casos de concorrência. Porque *Twombly* interpreta uma regra que se aplica a todas as ações civis, então a plausibilidade seria, aos olhos da Corte, um requisito de toda e qualquer petição inicial.⁵⁴⁸

Nem *Twombly*, tampouco *Iqbal*, eram processos estruturais. O primeiro era uma ação coletiva para reparação de danos. O segundo, uma ação individual para reparação de danos. Nenhum dos dois veiculava um pedido de provimento injuntivo. Ainda assim, a Suprema Corte proferiu decisões restritivas. Em conjunto, as decisões (frequentemente chamadas de *Twiqbal*) redefiniram os parâmetros argumentativos do direito processual civil norte-americano. O acesso à justiça ficou mais restrito. E mais dependente da boa-vontade do juiz da causa. Como afirmou Richard Posner, a nova regra estabeleceu um “parâmetro de plausibilidade flutuante, que sobe ou desce de acordo com as circunstâncias do caso”.⁵⁴⁹

Olhar para o processo individual ajuda a compreender a transformação do processo coletivo e, mais especificamente, dos processos estruturais. Quem estuda apenas os processos estruturais no direito norte-americano enxerga, sem sombra de dúvidas, um movimento restritivo. Mas esse não é um movimento isolado. Todo o acesso à justiça parece compartilhar a mesma trajetória. Há uma nítida tendência do Judiciário a condicionar o recebimento e processamento de demandas a critérios amplos e indeterminados, abertos à subjetividade do julgador. Em outras palavras, há atualmente uma inclinação do Judiciário a tomar para si a prerrogativa de decidir quais causas valem a pena ser julgadas e quais não valem.

As razões que justificam esse movimento amplo só podem ser cogitadas. Se, de fato, se trata de uma questão puramente técnica, como *Twiqbal* faz parecer, ou se

⁵⁴⁷ *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662 (2009).

⁵⁴⁸ *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662 (2009).

⁵⁴⁹ *Cooney v. Rossiter*, 583 F.3d 967, 971 (7th Cir. 2009).

há motivos econômicos,⁵⁵⁰ políticos⁵⁵¹ ou estratégicos⁵⁵² ocultos, ou ainda se o direito processual reverberou peculiaridades do direito material,⁵⁵³ não há espaço neste trabalho para determinar. Mas a simples percepção dessa tendência ajuda a afastar o argumento de que processos estruturais teriam desaparecido por serem ineficazes ou incompatíveis com a função jurisdicional. Processos estruturais têm acompanhado a mesma onda limitante que tem afetados outros processos, individuais ou coletivos.

3.8. A resistência

Apesar de a limitação do acesso à justiça ser uma tendência geral nos Estados Unidos, seus efeitos são sentidos de maneira mais profunda no processo coletivo. Mais especificamente, em processos estruturais. *Rahman v. Chertoff*⁵⁵⁴ ilustra bem a visão contemporânea do Judiciário sobre litígios estruturais.

Akifur Rahman é um cidadão norte-americano nato. Apesar de sua nacionalidade, ele foi repetidamente detido em aeroportos e fronteiras secas, sempre que saía do país ou a ele retornava. Em discurso perante o Comitê para Eliminação da Discriminação Racial da ONU, Rahman contou ter sido detido pela primeira vez em março de 2004, no aeroporto de Los Angeles; depois, em agosto do mesmo ano, no aeroporto de Chicago; no mês seguinte, desta vez ao desembarcar em Montreal; novamente em janeiro de 2005; e em maio de 2005, na fronteira com o Canadá, ao retornar de carro para o seu país. Grande parte dessas detenções inclui episódios de truculência policial, isolamento por horas, interrogatórios quanto à sua identidade, uso de algemas, impossibilidade de contatar terceiros e, em pelo menos uma situação,

⁵⁵⁰ *Twombly* foi decidido em 2006, quando a economia norte-americana desacelerava bruscamente.

⁵⁵¹ Entre 2006 e 2009, a Corte foi composta por quatro juizes liberais, quatro conservadores e um moderado. Atualmente, a Corte é majoritariamente conservadora. Para uma interessante análise da interrelação entre chefia do Executivo e linhas decisórias da Suprema Corte, v. LIPTAK, Adam; PARLAPIANO, Alicia. Conservatives in charge, the Supreme Court moved right. *The New York Times*, 28 jun. de 2018. Disponível em <<<https://www.nytimes.com/interactive/2018/06/28/us/politics/supreme-court-2017-term-moved-right.html>>>. Acesso em 22 de maio de 2019.

⁵⁵² Uma visão relativamente comum sobre *Twigbal* enxerga nessas decisões uma tentativa de gerenciar o número de casos a serem julgados. Sobre o tema, v. SUBRIN, Stephen N.; MAIN, Thomas O. The fourth era of American civil procedure. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 162, n. 7, p. 1839-1896, jun. 2014.

⁵⁵³ *Iqbal* foi decidido no contexto de reação aos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001. Não foi a primeira vez que a Suprema Corte justificou uma “medida excepcional” em razão de um “contexto excepcional”. Numa das mais lamentáveis decisões de sua história, a Corte declarou constitucional a criação de guetos para imigrantes e descendentes de imigrantes japoneses durante a Segunda Guerra Mundial. V. *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

⁵⁵⁴ 530 F.3d 622 (7th Cir., 2008).

detenção de toda a sua família enquanto aguardava sua liberação.⁵⁵⁵

Rahman ajuizou uma *class action* em face do então Secretário de Segurança Nacional, Michael Chertoff. O autor alegou que, em razão de sua ascendência étnica (sul-asiática) e de sua fé (islâmica), ele fora incluído numa lista de pessoas a serem monitoradas pelo FBI. E que, assim como ele, muitas pessoas estariam sujeitas a constantes embaraços ao entrar e sair do país, por erroneamente constarem de uma lista de potenciais terroristas.⁵⁵⁶

Requeria-se, na ação, a reestruturação da política de monitoramento estabelecida pelo governo federal. Desde os critérios para inclusão na lista de pessoas a serem vigiadas até os procedimentos a serem observados durante interrogatórios; desde o dever de excluir homônimos até o direito de as famílias receberem informações e estimativa de duração do procedimento. E, evidentemente, requeria-se que o Judiciário acompanhasse a execução do programa, para garantir que os casos de abuso cessariam.

A ação coletiva foi admitida em primeiro grau de jurisdição, mas extinta sem resolução de mérito em segundo grau. A quantidade de fundamentos invocados pelo tribunal para extinguir a demanda é sintomática. Em apertada síntese, para o tribunal federal, a) a classe representada na ação seria excessivamente ampla e estaria em constante mutação, o que prejudicaria a discussão de questões comuns; b) o pedido de intervenção judicial no procedimento de detenção de suspeitos seria genérico, pois o termo “detenção” poderia abranger desde uma abordagem de 60 segundos para apresentação de documentos até custódia por tempo superior a um dia; c) a tutela do direito exigiria consideração de questões individuais; d) a análise do mérito exigiria a divulgação de informações sigilosas; e) o relaxamento da política federal de monitoramento de suspeitos seria uma questão puramente política, a ser decidida por meio do voto; f) para os falsos positivos cuja abordagem resultasse em truculência ou em danos, ações reparatórias individuais seriam suficientes.⁵⁵⁷

O que mais chama a atenção no acórdão, todavia, é um argumento utilizado de passagem. De acordo com o *dictum*, ações como essa seriam uma “reliquia de um

⁵⁵⁵ RAHMAN, Akifur. *Peronal statement*. Genebra: 72nd session of Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 2008 (comunicação oral). Disponível em <<<https://www.aclu.org/other/statement-akifur-rahman-72nd-session-committee-elimination-racial-discrimination>>>. Acesso em 21 de maio de 2019.

⁵⁵⁶ *Rahman v. Chertoff*, 530 F.3d 622 (7th Cir., 2008).

⁵⁵⁷ *Rahman v. Chertoff*, 530 F.3d 622 (7th Cir., 2008).

tempo em que o judiciário federal pensava que assumir o controle de funções administrativas por meio de ordens estruturais era sensato. Esse tempo se foi”.⁵⁵⁸

Essa decisão ilustra o estado da arte. Num momento em que o acesso à justiça como um todo tem se estreitado, o processo coletivo, como contracorrente, tende a sofrer um impacto maior. Esse é um ambiente hostil a processos estruturais. Não por acaso, Rahman é citado num *casebook* amplamente utilizado por escolas de direito norte-americanas, com a finalidade de demonstrar a “visão contemporânea do Judiciário” com relação aos litígios estruturais.⁵⁵⁹

Ainda assim, não se pode afirmar, como fez o tribunal em *Rahman*, que processos estruturais sejam apenas uma reminiscência de tempos passados. Problemas estruturais desafiam a tendência restritiva. Se litígios estruturais continuam existindo, é natural supor que ações estruturais sigam sendo propostas.

Em 2011, por exemplo, em *Brown v. Plata*,⁵⁶⁰ a Suprema Corte manteve uma *structural injunction* que fixou um limite à população carcerária do estado da Califórnia.⁵⁶¹ A decisão foi fruto da reunião de duas *class actions* estruturais para julgamento conjunto. Uma delas fora ajuizada em 1990⁵⁶² e, a outra, em 2001.⁵⁶³ Ambas discutiam condições gerais de confinamento com base na oitava emenda, que proíbe tratamento cruel. Após 12 e 5 anos de execução, respectivamente, relatórios mostraram que as condições dos presos, em vez de melhorar, tinham se deteriorado. As instâncias inferiores concluíram que esse agravamento tinha como causa principal a superpopulação carcerária. À época, o sistema prisional do Estado comportava aproximadamente 80 mil presos, mas abrigava o dobro. Determinou-se então, com base em prova pericial, que o Estado reduzisse a ocupação de 200% para 137,5% da capacidade total – um percentual que, embora ainda não fosse o ideal, permitiria o cumprimento da pena em condições minimamente dignas.⁵⁶⁴

Talvez o ponto mais eloquente dessa decisão seja seu silêncio. A Suprema Corte não dedicou uma palavra sequer a discutir a possibilidade, a utilidade ou a

⁵⁵⁸ *Rahman v. Chertoff*, 530 F.3d 622 (7th Cir., 2008).

⁵⁵⁹ KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation cases and materials*. 4. ed. Saint Paul: West Academic Publishing, 2017, p. 30-31.

⁵⁶⁰ 563 U.S.493 (2011).

⁵⁶¹ *Brown v. Plata*, 563 U.S.493 (2011).

⁵⁶² *Coleman v. Brown*.

⁵⁶³ *Plata v. Brown*.

⁵⁶⁴ *Brown v. Plata*, 563 U.S.493 (2011).

legitimidade do pedido estrutural. O papel do Judiciário na reestruturação do sistema prisional foi simplesmente presumido. A decisão limitou-se a analisar a adequação, necessidade e proporcionalidade da medida determinada pelos juízos inferiores. E concluiu pela sua legalidade.⁵⁶⁵

Brown v. Plata não é um caso isolado. Há outros exemplos, em tribunais inferiores, que mostram que processos estruturais têm resistido à erosão das *class actions*.⁵⁶⁶ Em *D.G. ex rel. Strickland v. Yarbrough*,⁵⁶⁷ admitiu-se o processamento de uma ação coletiva em favor de crianças postas para adoção. Requeriam-se, na demanda, mudanças na forma de fiscalização de abrigos. Em *Reid v. Donelan*,⁵⁶⁸ por sua vez, admitiu-se o processamento de uma ação coletiva em favor de imigrantes presos há mais de seis meses sem sequer terem direito a uma audiência de custódia. Em *Lane v. Kitzhaber*,⁵⁶⁹ admitiu-se o processamento de uma ação coletiva em favor de pessoas com deficiência cognitiva em razão de discriminação no emprego. E, em *McReynolds v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*,⁵⁷⁰ admitiu-se o processamento de uma ação em favor de 700 empregados ou ex-empregados do Merrill Lynch, por discriminação racial. A despeito de sua semelhança com *Dukes*, a Suprema Corte não conheceu o recurso.⁵⁷¹

Os quatro casos podem ser classificados como estruturais. E todos sobreviveram aos rigorosos requisitos impostos recentemente pela Suprema Corte ao ajuizamento de ações coletivas.

Outra pequena vitória foi *Tyson Foods v. Bouaphakeo*.⁵⁷² Por 6x2, a Suprema Corte negou pedido de exclusão da prova estatística em *class actions*, anotando que esse meio de prova pode ser “o único capaz de reunir e apresentar informações relevantes para demonstrar a responsabilidade do réu”.⁵⁷³ Num contexto pós-*Dukes*, trata-se de uma decisão relevante. Sem prova estatística, comprovar determinados padrões de conduta pode ser impossível.

⁵⁶⁵ *Brown v. Plata*, 563 U.S.493 (2011).

⁵⁶⁶ V. KLONOFF, Robert H. Class actions in the year 2026: a prognosis. *Emory Law Journal*, v. 65, n. 6, p. 1569-1656, 2016, p. 1590-1591; KLONOFF, Robert H. Class Actions Part II: a respite from the decline. *New York University Law Review*, v. 92, n. 4, p. 971-997, out. 2017, p. 984-986.

⁵⁶⁷ 278 F.R.D. 635 (N.D. Okla. 2011).

⁵⁶⁸ 297 F.R.D. 185, 187 (D. Mass. 2014).

⁵⁶⁹ 283 F.R.D. 587 (D. Or. 2012).

⁵⁷⁰ 672 F.3d 482 (7th Cir. 2012).

⁵⁷¹ 672 F.3d 482 (7th Cir. 2012), *cert. denied*, 133 S. Ct. 338.

⁵⁷² 136 S. Ct. 1036 (2016).

⁵⁷³ 136 S. Ct. 1036 (2016).

Em conjunto, esses exemplos mostram que ações veiculando demandas estruturais continuam sendo ajuizadas e processadas. Mostram também que processos estruturais continuam servindo à proteção de grupos minoritários, como presidiários, crianças, imigrantes e pessoas com deficiência. Longe de serem simples resquícios inofensivos, eles mostram que a relevância dos processos estruturais persiste. Afinal, litígios policêntricos são um problema real.

Prova disso é a recente investida da administração Trump contra as chamadas *nationwide injunctions*: ordens judiciais de caráter mandamental ou executivo com eficácia em todo o território nacional. De acordo com o próprio *Attorney General*, desde que o Presidente assumiu a chefia do Poder Executivo, a administração federal foi alvo de 37 *injunctions* nacionais. Em todo o século XX, de acordo com estimativa do Departamento de Justiça, foram expedidas 27 ordens desse tipo.⁵⁷⁴ Em sua maioria, as ordens contrárias à administração impedem a execução de políticas públicas potencialmente danosas a minorias. Entre os exemplos mais impactantes estão a deportação de crianças levadas ilegalmente ao país e a imposição de obstáculos para que pessoas transgênero integrem as forças armadas.⁵⁷⁵

Embora não veiculem pretensões propriamente estruturais, essas demandas mostram que o uso de *injunctions* resiste à tradição absenteísta. Em especial quando direitos fundamentais estão em possível rota de colisão com uma decisão governamental.

3.9. A transformação

Litígios estruturais surgiram da reiterada violação ao direito à igualdade racial e se expandiram para outras áreas, geralmente ligadas a direitos civis: condições dignas de encarceramento, tratamento psiquiátrico adequado, discriminação de gênero, discriminação étnica, discriminação no mercado de trabalho. Embora processos estruturais tenham extrapolado a ligação original com direitos civis, em

⁵⁷⁴ DALEY, Kevin. William Barr: More nationwide injunctions in Trump era than in entire 20th Century. *The Daily Signal*, 22 mai. 2019. Disponível em: <<<https://www.dailysignal.com/2019/05/22/bill-barr-used-this-1-figure-to-prove-nationwide-injunctions-are-a-problem/>>>. Acesso em 23 mai. 2019.

⁵⁷⁵ TALEV, Margaret; STOHR, Greg. Trump to ask Supreme Court to prevent nationwide injunctions. *Bloomberg*, 8 mai. 2019. Disponível em: <<<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-05-08/trump-to-ask-supreme-court-to-prevent-nationwide-injunctions>>>. Acesso em 23 mai. 2019.

grande medida, as demandas estruturais que resistem à tendência geral de estreitamento do acesso à justiça referem-se a esses mesmos temas.

Há, todavia, variações significativas. As demandas que hoje são submetidas ao Judiciário diferem daquelas que caracterizaram o período clássico da reforma estrutural. O observador que não atentar a essas mudanças corre o risco de pensar, erroneamente, que litígios estruturais estão confinados a um ou outro caso isolado.⁵⁷⁶

O direito à educação fornece uma boa ilustração dessa metamorfose. Ainda nos anos 1970, a Suprema Corte norte-americana decidiu que educação não é um direito fundamental e que a destinação de mais recursos a um distrito escolar que a outro não viola o direito à igualdade.⁵⁷⁷ Essa decisão impediu, num primeiro momento, que a reforma estrutural chegasse à educação. Processos estruturais, nessa área, ficaram restritos à dessegregação de escolas. Nenhuma ação judicial para adequar sistemas educacionais a um padrão mínimo, ou pelo menos homogêneo, de qualidade, prosperou. Esse panorama, todavia, tem mudado.

Diversos Estados reconheceram o direito à educação em suas constituições. Alguns foram além e garantiram o direito a uma educação minimamente adequada. É o caso, por exemplo, da Califórnia, Nova York e Connecticut. Nesses Estados, por disposição constitucional, não basta garantir o acesso à escola. É preciso educar com qualidade, mesmo que mínima.⁵⁷⁸

Com base nesses dispositivos constitucionais, surgiram, nesses três Estados, demandas requerendo a adequação de sistemas educacionais a padrões mais elevados. Na Califórnia, por exemplo, argumentou-se que as normas sobre contratação, demissão e estabilidade de professores conduziam à admissão e manutenção de profissionais grosseiramente ineficientes. A ação foi admitida, julgada procedente em primeiro grau e improcedente em segundo grau de jurisdição.⁵⁷⁹ Em Nova York, onde já havia precedente reconhecendo o direito à educação de qualidade

⁵⁷⁶ V. SABEL, Charles F. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1018-1019.

⁵⁷⁷ *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973). No caso, um grupo de pais de origem mexicana questionava o sistema de alocação de recursos escolares do Texas. Como os distritos eram financiados por um imposto semelhante ao IPTU, escolas em áreas pobres recebiam menos verba que escolas situadas em áreas nobres. A diferença de verba por aluno podia chegar próxima a 100%. A Suprema Corte, todavia, não viu violação à igualdade, pois o grupo prejudicado seria “amplo, diverso e amorfo” (id., p. 36).

⁵⁷⁸ Note, The misguided appeal of minimally adequate education. *Harvard Law Review*, v. 130, n. 5, p. 1458-1479, mar. 2017.

⁵⁷⁹ *Vergara v. State*, 209 Cal. Rptr. 3d 532 (Cal. Ct. App., 2016).

com base na Constituição estadual,⁵⁸⁰ ação similar foi ajuizada e recebida.⁵⁸¹ O mérito ainda não foi julgado. E, em Connecticut, uma ação ajuizada em 2005 foi julgada procedente em 2010.⁵⁸² A decisão estabeleceu padrões mínimos de qualidade a serem observados pelo Estado. Desde 2012, o Estado destinou mais de 400 milhões de dólares aos 30 distritos escolares com pior performance, mais 13 milhões às 14 piores escolas, mais 4 milhões por ano às 30 escolas com maiores necessidades; executou programas para fornecer alimentação a estudantes carentes, inclusive durante as férias; além de medidas específicas para prevenir doenças sexualmente transmissíveis, acolher alunas grávidas e estudantes em situação de rua, além de fornecer apoio à saúde física e mental dos estudantes. Em 2018, o Judiciário reconheceu o esforço do poder executivo e extinguiu o processo, após reconhecer que o sistema educacional estava de acordo com a Constituição do Estado.⁵⁸³

Os resultados mistos são o que menos importa nesses três casos. O ponto realmente significativo é que, em todos eles, o Judiciário reconheceu a existência de uma causa concreta, de uma possível violação a um direito coletivo, e a possibilidade de intervenção judicial em programas de governo para adequá-los a padrões de qualidade constitucionalmente estabelecidos.⁵⁸⁴

Há ainda uma área em que litígios estruturais têm ganhado vigor renovado: aquela em que se discutem danos de massa (*mass tort litigation*).⁵⁸⁵ Nesse tipo de ação coletiva, é comum a existência de uma classe requerendo monitoramento médico.

Em geral, grupos que buscam monitoramento médico são formados por

⁵⁸⁰ *Campaign for Fiscal Equity, Inc. v. State*, 655 N.E.2d 661, 666 (N.Y. 1995).

⁵⁸¹ *Davids v. State of New York*, 2018 NY Slip Op 02168 (N.Y. App. Div., 2018).

⁵⁸² *Connecticut Coalition for Justice in Education Funding, Inc. v. Rell*, 990 A.2d 206 (Conn. 2010).

⁵⁸³ *Connecticut Coalition for Justice in Education Funding, Inc. v. Rell*, 176 A.3d 28, 41 (Conn. 2018).

⁵⁸⁴ Em sentido contrário, argumentando que o julgamento desse tipo de demanda tem efeitos deletérios, v. Note, The misguided appeal of minimally adequate education. *Harvard Law Review*, v. 130, n. 5, p. 1458-1479, mar. 2017.

⁵⁸⁵ Há relevante debate na doutrina americana a respeito das possíveis relações entre os litígios para tutela de danos de massa e litígios estruturais. Defendendo a semelhanças entre eles, v. WEINSTEIN, Jack. Ethical dilemmas in mass tort litigation. *Northwestern University Law Review*, v. 88, n. 2, p. 469-568, 1994; HAZARD Jr., Geoffrey C. Reflections on Judge Weinstein's ethical dilemmas in mass tort litigation. *Northwestern University Law Review*, v. 88, n. 2, p. 569-578, 1994; ROSENBERG, David. The causal connection in mass exposure cases: a public law vision of the tort system. *Harvard Law Review*, v. 97, n. 4, p. 849-929, fev. 1984. Em sentido contrário, defendendo a impropriedade da aproximação entre *mass torts* e litígios estruturais, v. MULLENIX, Linda S. Resolving aggregate mass tort litigation: the new private law dispute resolution paradigm. *Valparaiso University Law Review*, v. 33, n. 2, p. 413-448, primavera de 1999, p. 418-419. Nosso argumento é muito mais restrito e prescinde de tomada de posição no debate. Importa demonstrar, aqui, que as ações para monitoramento médico decorrente de danos de massa, especificamente, são litígios estruturais.

peessoas que foram expostas a substâncias tóxicas ou tiveram implantado um dispositivo médico defeituoso. São exemplos de casos reais a exposição a material nuclear radioativo, a bifenilos policlorados (PCBs), a dietilestilbestrol (DES), a asbesto (amianto), a tintas à base de chumbo, ou a utilização de dispositivos médicos defeituosos, como válvulas cardíacas e marca-passos.⁵⁸⁶

A característica que une os membros do grupo é que as consequências do fato podem aparecer depois de anos, ou sequer aparecer. Daí a necessidade de acompanhamento de suas condições clínicas ao longo do tempo.

Ações para monitoramento médico desafiam tanto o direito material quanto o direito processual norte-americano. Quanto ao direito substancial, há decisões reconhecendo o direito ao monitoramento mesmo sem a presença de danos físicos, assim como há decisões que rejeitam o pedido em razão da ausência de um dano concreto.⁵⁸⁷ O deferimento da medida depende da demonstração de que (1) a exposição excede os níveis ordinários; (2) a substância em questão é comprovadamente perigosa à saúde; (3) a exposição foi causada por culpa ou dolo do réu; (4) em razão da exposição, o risco de desenvolver uma doença latente foi significativamente aumentado; (5) o monitoramento médico é meio adequado para diagnóstico precoce; (6) o monitoramento exige procedimentos diferentes dos exames rotineiros a que qualquer pessoa deve submeter-se periodicamente; (7) o monitoramento é necessário de acordo com princípios científicos.⁵⁸⁸

Quanto ao direito processual, há grande dificuldade de enquadramento legal desse tipo de medida. Como visto no capítulo I, a regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* prevê quatro espécies de *class actions*: (a) aquela em que há risco de litígios individuais criarem para o réu padrões de conduta incompatíveis; (b) aquela em que se discute um direito incidente sobre um fundo limitado; (c) aquelas em que se busca uma *injunction*; e (d) aquela em que se busca a reparação de um dano.

⁵⁸⁶ MULLENIX, Linda S. No exit: mandatory class actions in the new millennium and the blurring of categorical imperatives. *University of Chicago Legal Forum*, v. 2003, s/n, p. 177-246, 2003, p. 225.

⁵⁸⁷ Responsabilidade civil é matéria de competência legislativa dos Estados. A procedência da demanda depende da lei do Estado onde foi ajuizada a ação. MULLENIX, Linda S. No exit: mandatory class actions in the new millennium and the blurring of categorical imperatives. *University of Chicago Legal Forum*, v. 2003, s/n, p. 177-246, 2003, p. 227-228.

⁵⁸⁸ *Redland Soccer Club Inc v. Department of the Army*, 696 A2d 137, 144-46 (Pa 1997); *Petito v. A.H. Robins Co, Inc*, 750 So2d 103, 106-07 (Fla App 1999). V. MULLENIX, Linda S. No exit: mandatory class actions in the new millennium and the blurring of categorical imperatives. *University of Chicago Legal Forum*, v. 2003, s/n, p. 177-246, 2003, p. 228-229.

Há intenso debate quanto à correta categorização de ações coletivas para monitoramento médico. A correta subsunção importa por dois motivos: porque os requisitos para ajuizamento de uma ou outra espécie de *class action* são diversos; e porque os procedimentos variam.

Em *Day v. NLO Inc.*⁵⁸⁹, o juízo de primeiro grau proferiu uma influente decisão expondo que, a depender da forma de tutela, ações para monitoramento médico poderiam ser corretamente enquadradas em diferentes espécies de *class action*. Se os autores pedirem o pagamento de um valor em dinheiro para custear o monitoramento, ou o ressarcimento de despesas médicas já realizadas, a causa deve ser enquadrada na regra 23(b)(3), que trata das *class actions for damages*. Se, diferentemente, o que se busca é a criação de um fundo para custear as despesas do tratamento preventivo, realizado por médico à escolha de cada membro do grupo, a ação deve ser enquadrada na regra 23(b)(1)(B), que trata das *limited funds class actions*. Se, finalmente, o que se busca é uma ordem para que o réu crie e mantenha um programa de acompanhamento próprio, às suas expensas, sob supervisão judicial, para que os dados obtidos ao longo do tempo sejam utilizados por médicos privados em estudos de grupo, então a causa deve ser enquadrada na regra 23(b)(2), que trata das *injunctive class actions*.

Nesta última hipótese, observam-se todos os caracteres essenciais de uma demanda estrutural: uma demanda complexa, baseada numa situação de fato fluida, com estrutura subjetiva amorfa, marcada pelo policentrismo extrajurídico e pela execução prolongada, cuja implementação exige a expedição de ordens mandamentais ou executivas e acompanhamento judicial. Mas, em vez de se reformar uma instituição de grande porte para eliminar uma violação reiterada ao direito, busca-se estruturar um programa para minimizar os efeitos potencialmente nocivos de um ilícito passado.

Jack Weinstein, juiz federal responsável pelo acordo no famoso caso *Agent Orange*,⁵⁹⁰ pelo acompanhamento de outros litígios de massa, como casos envolvendo o uso de amianto, bem como por casos típicos de reforma estrutural dos anos 1960, como dessegregação escolar, traça um interessante paralelo entre as funções do juiz nesses litígios. Para ele, “casos envolvendo danos de massa são como

⁵⁸⁹ 144 FRD 330, 335-36 (S D Ohio 1992).

⁵⁹⁰ *In re Agent Orange Prod. Liab. Litig.*, 818 F.2d 145 (2d Cir. 1987).

aqueles litígios de interesse público envolvendo ordens judiciais para adequação de instituições aos valores constitucionais (...). Ambos implicam sérias questões políticas e sociológicas. Ambos são limitados por imperativos econômicos. Ambos são infiltrados por conteúdos psicológicos. E ambos afetam comunidades maiores que aquelas perante a corte”.⁵⁹¹ Tanto em um quanto em outro tipo de litígios, o juiz, que assumiu o cargo em 1967 (e que, aos 97 anos no momento de redação deste trabalho, continua exercendo suas funções jurisdicionais), fez uso das mesmas técnicas para desenvolver uma tutela adequada ao caso: soluções gerenciais abrangentes, consideração de interesses de grupos ausentes, estímulo ao acordo, obtenção de informações e acompanhamento por meio de *special masters*, convocação de *amici curiae*. Ou, de modo simplificado, uma “abordagem comunitária” do litígio, como rotula o magistrado.⁵⁹²

Exemplo ilustrativo de demanda estrutural para monitoramento médico é *In re Telectronics Pacing Systems, Inc.*⁵⁹³ A ré, TPLC, desenvolvia, fabricava e distribuiu cabos-eletrodo de marca-passos. Um de seus modelos, o *Telectronics Accufix Atrial “J”*, concebido para ser implantado no átrio cardíaco, tinha uma tendência a quebrar-se. Ao desprender-se da capa de poliuretano que o envolvia, o dispositivo poderia causar danos ao coração e aos vasos sanguíneos. Cabos-eletrodo desse modelo foram implantados em cerca de 40 mil pacientes entre 1988 e 1994, quando, depois de receber pelo menos sete comunicados de rompimentos, a TPLC fez um *recall* de todos os produtos ainda não implantados.⁵⁹⁴ Em 1996, já eram 32 os casos relatados. A própria fabricante estimou um percentual entre 10 e 20% de equipamentos defeituosos e recomendou que pacientes que tivessem implantado o *Accufix “J”* fossem examinados a cada seis meses,⁵⁹⁵

A inicial foi recebida pelo juízo de primeiro grau. Tanto porque inúmeras ações individuais impediriam a adoção de um padrão de conduta coerente pela empresa ré quanto porque litígios individuais poderiam levar a empresa à falência (e, assim, deixar

⁵⁹¹ WEINSTEIN, Jack. Ethical dilemmas in mass tort litigation. *Northwestern University Law Review*, v. 88, n. 2, p. 469-568, 1994.

⁵⁹² WEINSTEIN, Jack. Ethical dilemmas in mass tort litigation. *Northwestern University Law Review*, v. 88, n. 2, p. 469-568, 1994, p. 489.

⁵⁹³ 172 F.R.D. 271, Southern District of Ohio (1997).

⁵⁹⁴ *IN RE: TELELECTRONICS PACING SYSTEMS, INC., Accufix Atrial “J” Leads Products Liability Litigation*. 172 F.R.D. 271, Southern District of Ohio (1997).

⁵⁹⁵ *IN RE: TELELECTRONICS PACING SYSTEMS, INC., Accufix Atrial “J” Leads Products Liability Litigation*. 172 F.R.D. 271, 276-277, Southern District of Ohio (1997).

desamparados os membros da classe), autorizou-se o processamento do pedido de monitoramento médico por meio de ação coletiva. De acordo com a decisão,

O pedido de monitoramento médico é um candidato ideal à certificação sob a regra 23(b)(1)(A), pois ações separadas impediriam a TPLC de implantar um programa de monitoramento uniforme. (...) Atualmente, a TPLC está conduzindo um programa que investiga as causas dos rompimentos, busca maneiras melhores de diagnosticá-los e pesquisa métodos mais seguros de fazer a extração dos dispositivos defeituosos. Os autores pedem que o programa inclua exames diagnósticos e pesquisa. (...) Para além do risco de diferentes juízos determinarem diferentes padrões de conduta à ré, há significativas razões de conveniência⁵⁹⁶ que recomendam uma única decisão a todo o grupo. A pesquisa deve ser coordenada, de modo a evitar redundância e maximizar resultados. Para promover um tratamento uniforme, médicos devem receber instruções coesas quanto ao que fazer com seus pacientes que receberam o cabo-eletrodo “J”. (...) Embora a TPLC tenha, às suas expensas, instituído um robusto programa de monitoramento médico, os autores têm todo o direito de questionar a adequação desse programa.⁵⁹⁷

Na medida em que a ação busca reestruturar uma política de monitoramento médico voluntariamente adotada pela empresa para torná-lo mais abrangente, tem-se um evidente exemplo de demanda estrutural. Mas, diferentemente dos exemplos célebres dos anos 1960 e 1970, o Estado, aqui, não ocupa o polo passivo. Tampouco se pode falar em direitos civis. É difícil visualizar também qualquer traço de ativismo, pois a ação não exige uma decisão juridicamente difícil ou politicamente controversa. Os casos de monitoramento médico, além de manterem vivo, atual e relevante o processo estrutural, ajudam a confirmar a tese de que os caracteres essenciais de litígios estruturais são a causa de pedir fluida, a estrutura subjetiva amorfa, a execução prolongada no tempo e, acima de tudo, o policentrismo extrajurídico. A maior dificuldade, num caso como *In Re Telectronics*, é determinar as medidas adequadas e suficientes para assegurar o direito do grupo de ser adequadamente acompanhado, para evitar prejuízos à saúde. Trata-se de uma dificuldade que obriga o julgador a considerar complexos elementos extrajurídicos.

A par dessas características, não é difícil extrapolar as possibilidades de litígios estruturais. Casos envolvendo desastres ambientais que exijam recuperação de áreas degradadas ao longo do tempo ou a conformação da empresa às normas de regência,

⁵⁹⁶ A palavra utilizada na decisão é *policy*, que não possui correlato exato em português.

⁵⁹⁷ *IN RE: TELETRONICS PACING SYSTEMS, INC., Accufix Atrial “J” Leads Products Liability Litigation*. 172 F.R.D. 271, 284-287, Southern District of Ohio (1997).

por exemplo, são o equivalente público do direito privado a monitoramento médico.⁵⁹⁸ Demandas envolvendo a reparação ou prevenção de danos de massa indicam a persistência de litígios estruturais e a necessidade de um processo adequado à sua resolução.

3.10. Um instituto próprio ao direito americano?

A análise das dificuldades enfrentadas pelos tribunais norte-americanos permite visualizar as potencialidades do direito brasileiro, bem como antecipar dificuldades. As razões que levaram ao declínio do processo estrutural nos Estados Unidos estão presentes também no Brasil?

Ao observador brasileiro pode parecer que processos estruturais sejam uma categoria própria ao direito norte-americano, onde juízes têm mais poder e o processo é mais flexível. Mas a análise rigorosa mostra justamente o oposto. Quando considerado o contexto jurídico, processos estruturais parecem menos compatíveis com o direito norte-americano que com o direito brasileiro.

Os diversos obstáculos vistos ao longo deste capítulo justificam essa afirmação. O direito norte-americano é pouco afeito, por exemplo, aos direitos prestacionais.⁵⁹⁹ Há pouco que se possa exigir do Estado. O *Bill of Rights* enumera basicamente liberdades negativas. Mesmo aqueles que poderiam ser lidos como liberdades positivas, de modo a impor ao Estado um dever de prestação, não costumam ser interpretados dessa maneira.

A Suprema Corte já afirmou, por exemplo, que, a despeito de sua importância, não existe um direito fundamental à educação;⁶⁰⁰ que, embora a autonomia individual assegure o direito de encerrar uma gestação,⁶⁰¹ não se pode exigir que o Estado arque com os custos do procedimento médico, mesmo que a gestante esteja em situação de indigência;⁶⁰² que a Constituição assegura o direito de fazer escolhas

⁵⁹⁸ V. *United States v. Reserve Mining Co.*, 56 F.R.D. 408 (D. Minn. 1972). Sobre esse caso, v. MARCUS, Richard L. Public law litigation and legal scholarship. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 21, n. 4, p. 647-696, verão de 1988, p. 662-663.

⁵⁹⁹ V. COHEN-ELIYA, Moshe; IDDO, Porat. American balancing and German proportionality: the historical origins. *I-Con: International Journal of Constitutional Law*, v. 263, 2010, p. 31. Disponível em <<<https://ssrn.com/abstract=1272763>>>.

⁶⁰⁰ *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973).

⁶⁰¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁶⁰² *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977).

reprodutivas,⁶⁰³ mas que não se pode atribuir ao poder público o ônus econômico dessas decisões⁶⁰⁴; que, de maneira geral, o Estado não está constitucionalmente obrigado a prover tratamento médico.⁶⁰⁵ As únicas exceções à natureza negativa dos direitos parecem estar relacionadas a situações em que o poder público se coloca na posição de garante. É o caso de pacientes em instituições psiquiátricas⁶⁰⁶ e de detentos no sistema prisional,⁶⁰⁷ cujo direito a tratamento médico foi reconhecido judicialmente; e de estudantes em Estados que voluntariamente reconheceram o direito a uma educação minimamente adequada.⁶⁰⁸

A quase inexistência de direitos prestacionais limita a eficácia de processos estruturais, no direito norte-americano, a áreas específicas. Em geral, direitos negativos podem ser tutelados com uma simples ordem de não fazer.⁶⁰⁹ Esse comando proibitivo não possui complexidade extrajurídica. A menos que ele esteja atrelado a uma ordem de *desfazer* e que essa ordem enfrente resistência, a decisão não terá qualquer elemento estrutural. Direitos prestacionais, por outro lado, exigem que se defina *o que* e *como* fazer. Em outras palavras, exigem que se estabeleça um grau mínimo de adequação e os meios necessários para atingi-lo. Essa é, sem dúvidas, uma atividade que carrega elementos policêntricos extrajurídicos.

No Brasil, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, há uma extensa gama de direitos prestacionais – liberdades positivas, que exigem do Estado um fazer. Mais do que isso, qualquer direito fundamental, aqui, pode ser lido tanto como uma liberdade negativa (primeira dimensão) quando como uma liberdade positiva (segunda dimensão). Tome-se como exemplo a liberdade de expressão. Em sua dimensão liberal, ela impõe ao Estado um dever de abstenção: uma vedação à censura. Já numa dimensão promocional, ela impõe ao Estado um dever de prestação: o dever de

⁶⁰³ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 US 833 (1992).

⁶⁰⁴ *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

⁶⁰⁵ *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464, 469 (1977).

⁶⁰⁶ *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307 (1982).

⁶⁰⁷ *Brown v. Plata*, 563 U.S. 493 (2011).

⁶⁰⁸ *Campaign for Fiscal Equity, Inc. v. State*, 655 N.E.2d 661, 666 (N.Y. 1995); *Conn. Coal. for Justice in Educ. Funding, Inc. v. Rell*, 990 A.2d 206 (Conn. 2010); *Vergara v. State*, 209 Cal. Rptr. 3d 532 (Cal. Ct. App., 2016).

⁶⁰⁹ Sobre *negative injunctions*, v. FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982, p. 649-650; GILLESPIE, Nora. Charter remedies: the structural injunction. *Advocates' Quarterly*, v. 11, n. 2, p. 190-221, fev. 1990, p. 191; STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. *Georgetown Law Journal*, v. 79, n. 5, p. 1355-1446, jun 1991, p. 1362.

assegurar que discursos opostos tenham iguais oportunidades de disseminação.⁶¹⁰

Essa primeira diferença já faz do Brasil um ambiente muito mais propício à utilização de litígios estruturais que os Estados Unidos. Fértil a ponto de despertar preocupação quanto à proliferação desmedida desse tipo de demanda.

Outro ponto que faz do direito brasileiro um campo profícuo à utilização de demandas estruturais é a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Se, nos Estados Unidos, a redação do *Bill of Rights* permite afirmar que determinados direitos são oponíveis exclusivamente ao poder público, no direito brasileiro a oponibilidade de direitos fundamentais a entes privados é quase que um pressuposto. Evidentemente, uma demanda estrutural contra empresas privadas enfrenta um obstáculo pragmático: a excessiva interferência judicial pode tornar mais vantajoso, à livre iniciativa, simplesmente encerrar suas operações do que adequá-las a parâmetros exageradamente elevados. É por esse motivo que, nos Estados Unidos, processos estruturais contra entes privados geralmente são endereçados contra grandes corporações. O interesse em continuar a atividade econômica sobrepuja os custos da adequação de seus padrões de conduta ao direito. Essa característica deve ser verificada também no contexto brasileiro.

Também a sofisticação da ciência processual tende a facilitar a incorporação de processos estruturais ao direito brasileiro. Tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, apenas controvérsias concretas podem ser deduzidas em juízo. Em ambos os países, o Judiciário não possui função consultiva. Em ambos os países, a pretensão deve ser veiculada de modo a conectar os pedidos à causa de pedir. E, em ambos os países, há requisitos como legitimidade para agir, interesse processual, capacidade processual e capacidade para ser parte.

Mas, nos Estados Unidos, esses diversos requisitos costumam ser aplicados sem precisão. Como visto nos itens anteriores, a natureza preventiva do litígio e a dessemelhança entre a pretensão do autor e as pretensões do grupo já foram argumentos utilizados pela Suprema Corte tanto para afirmar que o caso não veiculava uma pretensão concreta quanto para afirmar que o autor não possuía *standing to sue*, um requisito de difícil tradução e mais difícil ainda delimitação conceitual. Esse instituto congrega, num só rótulo, elementos que, no Brasil, são

⁶¹⁰ V. SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.16, mai./ago. 2007.

específicos e bem definidos. Nas palavras da própria Suprema Corte,

[*Standing*] abrange diversos limites autoimpostos ao exercício da jurisdição federal, como a proibição geral de que um litigante defenda direito alheio, a proibição de que pedidos genéricos, mais adequados à deliberação democrática, e o requisito de que a pretensão do autor se subsuma a uma norma jurídica. O requisito de *standing*, todavia, tem um componente central, diretamente derivado da Constituição. O autor deve alegar um dano pessoal, razoavelmente imputável à conduta ilícita do réu e possivelmente reparável por meio da tutela requerida na inicial.

[O] componente constitucional do *standing* incorpora conceitos admitidamente não passíveis de definição precisa. O dano sofrido, por exemplo, deve ser “distinto e palpável”, não “abstrato” ou “conjectural” ou “hipotético”. [O] dano deve ter um nexo de causalidade “razoavelmente” ligado à conduta impugnada, e a reparação do dano deve ser “provavelmente” obtida a partir de uma decisão favorável. [Esses] termos não podem ser definidos de modo a tornar a aplicação desse requisito um exercício mecânico.⁶¹¹

Embora longo, esse excerto demonstra que o abrangente conceito de *standing* congrega elementos que, no direito brasileiro, são delimitados de maneira precisa. Não é difícil encontrar no trecho acima requisitos que se assemelham à legitimidade *ad causam*, à necessidade de uma causa concreta, à apresentação de uma causa de pedir. Há ainda elementos próprios ao direito material, como conduta, dano e nexo de causalidade – um requisito “metafisicamente indisciplinado”.⁶¹² Também não é difícil observar que a Suprema Corte prefere aferir a existência ou inexistência desses requisitos caso a caso.

A imprecisão conceitual, por um lado, permite ao Judiciário norte-americano selecionar as causas que merecem ocupar o tempo do magistrado e consumir recursos públicos. Por outro, abre espaço à flutuação ideológica. Quando a composição da Suprema Corte é majoritariamente liberal, a verificação do *standing to sue* é flexibilizada. Quando a composição do tribunal é preponderantemente conservadora, os requisitos são analisados de forma mais severa. No Brasil, onde os diversos institutos que correspondem ao *standing* são dados por lei, há pouco espaço para manipulação conceitual.

A superposição entre requisitos processuais e substanciais não ocorre apenas no *standing to sue*. A verificação de questões comuns, necessária ao recebimento de uma *class action*, exige que se discutam questões de prova mesmo antes da

⁶¹¹ *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737, 751 (1984).

⁶¹² CHAYES, Abram. Foreword: public law litigation and the Burger Court. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 1, p. 4-60, nov. 1982, p. 19.

instrução. O mesmo acontece com o requisito de plausibilidade, estabelecido na dupla *Twiqbal* como condição de admissibilidade de qualquer ação, individual ou coletiva. Definir *prima facie* se uma demanda é ou não plausível parece uma atividade mais afeita ao mérito que à simples verificação dos requisitos de validade da petição inicial. E tanto a análise de questões comuns quanto a análise de plausibilidade dão ao juiz ampla margem decisória. Plausibilidade e uniformidade estão mais nos olhos do observador que nos fatos.

Outra grande dificuldade imposta pelo ordenamento norte-americano é a exigência de demonstração de um dano concreto para que o Judiciário seja provocado. Esse requisito, ora incluso na *standing to sue doctrine*, ora mencionado como pressuposto para emissão de uma *injunction*, dificulta sobremaneira a tutela preventiva de direitos. No Brasil, diferentemente, há um robusto arcabouço legal e doutrinário que permite a tutela contra o ilícito. A tutela inibitória e a tutela para remoção do ilícito não são desconhecidas dos nossos tribunais. Ao contrário, há uma tendência à priorização dessas formas de tutela frente à tutela ressarcitória.

Mesmo a emissão de ordens é mais simples no direito brasileiro que no direito norte-americano. É verdade que, lá, o juiz sempre teve o poder de adotar provimentos injuntivos, enquanto o magistrado brasileiro, por muito tempo, esteve limitado aos provimentos declaratório, constitutivo e condenatório. Mas esse não é o panorama atual. Desde a década de 1990, o Brasil tem regras positivadas que atribuem ao juiz o poder de emitir provimentos mandamental ou executivo. O atual Código de Processo Civil foi além e previu o poder genérico de o juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.⁶¹³ A regra é tão ampla que buscam-se, atualmente, critérios hermenêuticos para limitá-la. Nos Estados Unidos, como visto, a atuação do juiz por meio de ordens mandamentais ou executivas é subsidiária. A emissão de uma *injunction* depende da demonstração de que os remédios legais, essencialmente ressarcitórios, são ineficazes.

A divisão de trabalho entre juiz e júri é mais um ponto de complexidade no direito norte-americano. Não sem razão, critica-se a formulação de pedidos injuntivos

⁶¹³ Artigo 139, IV.

como subterfúgio para contornar a regra constitucional que atribui competência ao júri. Daí a oscilação das cortes norte-americanas entre o tradicional modelo de resolução de disputas individuais e o modelo de reforma estrutural. Ambos podem levar, em última análise, aos mesmos resultados. Mas o modelo de resolução de disputas é mais lento, mais custoso e possui o inerente risco de ineficácia em razão de decisões contraditórias. Em contrapartida, ele preserva a tradicional regra de competência do júri. Já o modelo de reforma estrutural, comparativamente mais ágil e mais barato, possui o risco de ineficácia decorrente da tentativa, por vezes quixotesca, de reformar instituições cujo poder de resistência está além da capacidade institucional do Judiciário. Exige ainda que o juiz tome o lugar do júri e decida o mérito da demanda.

Nesse contexto, são compreensíveis as críticas que afirmam que o juiz exerce, em litígios estruturais, um papel antidemocrático. Não apenas ele assume funções quase-legislativas na formulação da tutela e quase-administrativas em sua execução, mas também afasta do júri a possibilidade de definir o mérito da demanda. Pior ainda, sua decisão, por ser reconhecidamente discricionária, só está sujeita a reforma pelo segundo grau de jurisdição se for considerada abusiva.⁶¹⁴ Essa é uma situação excepcional no direito norte-americano, justificada apenas pela aplicação de normas constitucionais. O controle de constitucionalidade, todavia, não é um poder dado ao Judiciário explicitamente pela Constituição norte-americana. Trata-se de uma prerrogativa atribuída pelo Judiciário a si próprio.⁶¹⁵

No direito brasileiro, em contrapartida, essas críticas perdem boa parte de sua força argumentativa. Não há aqui, sequer em tese, usurpação da competência do júri e conseqüente impedimento de o povo participar da administração da justiça. É nossa tradição jurídica, aliás, que decisões de mérito sejam proferidas um juiz togado, não por populares. O poder de o Judiciário controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos, por sua vez, está expresso na Constituição. Não se trata de um poder auto-outorgado. O próprio texto constitucional brasileiro, antecipando a resistência à aplicação de suas normas, previu a eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais. A decisão de primeiro grau, aqui, está sujeita à integral revisão por um juízo de segundo grau. O risco de decisões arbitrárias é incomparavelmente menor

⁶¹⁴ CHAYES, Abram. Foreword: public law litigation and the Burger Court. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 1, p. 4-60, nov. 1982, p. 55.

⁶¹⁵ Cf. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

que no sistema norte-americano.

Outra grave dificuldade sem equivalência no direito brasileiro é o modelo federativo. Processos estruturais, na experiência norte-americana, geralmente envolvem juízes federais determinando a governos locais a adoção de determinadas condutas, de modo a assegurar direitos previstos em legislação federal.⁶¹⁶ A contraposição de interesses entre Judiciário Federal, Congresso Nacional, Executivo Estadual e Legislativo Estadual é evidente. Os Estados Unidos surgiram, como o nome expressa, da união de estados soberanos. A criação de um governo federal pela Constituição manteve uma enorme parcela de poder nas mãos dos Estados. Os poderes executivo, legislativo e judiciário federais têm poderes muito limitados. Ou, ao menos originalmente, foram concebidos para exercer poderes muito limitados. O julgamento de matérias de interesse dos Estados pelo Judiciário Federal é um inegável agigantamento do papel que a Constituição, em sua redação original, reservou a esse poder.⁶¹⁷

A relação entre os entes federados, aliás, leva a outro ponto sensível. A 11ª Emenda outorga imunidade aos Estados.⁶¹⁸ Isso significa que, como regra geral, Estados não podem ser réus no Judiciário Federal, mesmo que por violações grosseiras a direitos assegurados por normas federais. Há três exceções à chamada *sovereign immunity*: (1) o Estado pode voluntária e expressamente abrir mão de sua imunidade;⁶¹⁹ (2) o Congresso pode, com base na seção 5 da 14ª Emenda,⁶²⁰ afastar a imunidade por lei;⁶²¹ ou (3) a ação pode ser direcionada em face de autoridades do

⁶¹⁶ PARKIN, Jason. Aging injunctions and the legacy of institutional reform litigation. *Vanderbilt Law Review*, v. 70, n. 1, p. 167-220, jan. 2017, p. 169.

⁶¹⁷ A competência do Judiciário Federal norte-americano é definida pelo Artigo III, Seção 2: “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects”.

⁶¹⁸ “The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State”. A Emenda é uma reação a *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419 (1793), em que a Suprema Corte autorizou um cidadão a processar o Estado da Geórgia e, posteriormente, condenou o ente público a pagar determinada quantia. Embora a 11ª Emenda afirme que um Estado não pode ser processado por cidadão de outro Estado, para a Suprema Corte, a norma proíbe também que um Estado seja processado por seus próprios cidadãos. *Hans v. Louisiana*, 134 U.S. 1 (1890).

⁶¹⁹ *Atascadero State Hosp. v. Scanlon*, 473 U.S. 234, 238 (1985).

⁶²⁰ “The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article”.

⁶²¹ *Fitzpatrick v. Bitzer*, 427 U.S. 445 (1976).

Estado, com o objetivo de se obter uma *injunction*, ainda que a ordem judicial determine a implementação de uma política pública pelo Estado.⁶²²

A onipresente tensão entre Estados e União não tem equivalência no Brasil. A divisão de competências entre judiciários estaduais e a Justiça Federal não está relacionada à origem da norma a ser aplicada (estadual ou federal), mas, em regra, à presença de interesse da União na causa. A Justiça Federal brasileira está mais próxima da jurisdição administrativa de países europeus que do Judiciário Federal norte-americano. Até porque, aqui, entes públicos não possuem imunidade de jurisdição. E o Legislativo Federal, no Brasil, possui competências muito mais amplas que o Congresso norte-americano.⁶²³ Por esse motivo, o argumento federalista, inevitável na doutrina e jurisprudência norte-americanas, é praticamente irrelevante para o direito brasileiro.

Em síntese, processos estruturais são regulados, nos Estados Unidos, quase que integralmente por regras excepcionais. Eles impõem condutas positivas num país em que quase não existem direitos prestacionais; priorizam a tutela preventiva, quando o direito norte-americano prefere a repressiva; operam por meio de provimentos mandamentais e executivos, embora o processo estadunidense privilegie os provimentos condenatórios; permitem ao juiz resolver o mérito, num contexto em que essa tarefa é, em regra, função do júri; veiculam indiretamente pretensões contra Estados, num país em que a Constituição confere a esses entes imunidade de jurisdição; são justificados por normas constitucionais e federais, embora a Constituição atribua poucas competências legislativas à União e sequer preveja expressamente o controle judicial de constitucionalidade.

O direito brasileiro não apenas apresenta um vasto campo para aplicação de medidas estruturais, como possui um ordenamento mais bem adaptado a esse tipo de processo que o norte-americano. O contexto jurídico brasileiro não só é compatível com processos estruturais. É também promissor, dada a inexistência de boa parte dos obstáculos que dificultaram a implementação e desenvolvimento dessas medidas em solo norte-americano.

⁶²² *Ex parte Young*, 209 U.S. 123 (1908).

⁶²³ Essa afirmação toma por base o texto constitucional. Empiricamente, o Legislativo federal norte-americano também experimentou, ao longo do último século, um notável agigantamento, dada a maleabilidade com que a chamada *interstate commerce clause* foi interpretada pela Suprema Corte. A matéria, todavia, é irrelevante para este trabalho.

Isso não significa, todavia, que o processo civil brasileiro esteja plenamente ajustado ao julgamento de litígios estruturais. Ao contrário. Se o contexto jurídico geral é favorável, o contexto processual, especificamente, requer adequações significativas. Mais uma vez, a experiência norte-americana é capaz de mostrar os pontos frágeis do processo brasileiro.

4. A FASE DE IMPLEMENTAÇÃO: O MÉTODO JUDICIAL DE RESOLUÇÃO DE PROBLEMAS POLICÊNTRICOS

4.1. Tateando no escuro

A resolução do mérito de um litígio estrutural não costuma ser juridicamente complexa. Os exemplos trabalhados até agora sustentam essa afirmação. Escolas racialmente segregadas violam o direito à igualdade? Presídios superlotados violam a proibição de tratamento cruel? Instituições psiquiátricas podem aplicar choque elétrico? A polícia tem o direito de ser violenta? É lícito expor pessoas a materiais potencialmente tóxicos? Essas questões, que sintetizam o mérito de inúmeras demandas estruturais típicas dos anos 1960 e 1970, mostram que a subsunção dos fatos a uma norma de direito material é, geralmente, juridicamente simples.

Isso não significa, todavia, que litígios estruturais sejam demandas de fácil resolução. Ao contrário. A simplicidade jurídica esconde, como visto, complexidades extrajurídicas. A reestruturação de uma instituição de grande porte exige que essas mesmas perguntas sejam reformuladas, para incluir *como* chegar ao objetivo final. Ao questionar o modo como um estado de coisas pode ser atingido, todo um subconjunto de questões se apresenta.

Como dessegregar escolas? Um sistema livre, em que o estudante escolhe a escola onde deseja estudar, é suficiente? Um sistema que adote como critério o distrito de residência do estudante basta? A redefinição de rotas de ônibus, a relocação de professores e o oferecimento de reforço escolar para estudantes originários de escolas deficitárias são medidas imprescindíveis à dessegregação ou providências laterais desejáveis, porém não primordiais? Determinar a majoração de recursos orçamentários para essa tarefa é uma opção viável?

Como reduzir a superlotação do sistema penitenciário? Obrigando à construção de novos presídios? Impondo a concessão de presídios à iniciativa privada? De onde devem vir os fundos para esse empreendimento? Autorizar a progressão antecipada de regime é uma opção juridicamente válida? Pode o Judiciário exigir do Legislativo que revise leis penais para descriminalizar condutas de baixo potencial ofensivo?

Toda a obra de Owen Fiss insiste no ponto de que a função jurisdicional consiste em atribuir conteúdo a um direito fundamental. As respostas a essas

indagações ajuda a atribuir, em concreto, um significado aos direitos à igualdade e à proibição de tratamento cruel. Nesse sentido, “a tutela torna-se verdadeiramente a definição jurídica do direito material”.⁶²⁴ O conteúdo do direito é definido a partir da forma de tutela.⁶²⁵ Discordâncias quanto à efetividade de uma ou outra medida são, em última análise, discordâncias quanto ao modo como o próprio direito material deveria ser definido.⁶²⁶

Não raramente, a violação ao direito só pode ser percebida em retrospectiva. É a partir da forma de tutela que se evidencia uma ilegalidade até então despercebida.⁶²⁷ Isso aconteceu, por exemplo, nos casos envolvendo instituições psiquiátricas. A partir dos anos 1960, as ciências da saúde convergiram para o movimento de desinstitucionalização, uma alternativa às práticas manicomiais então predominantes. Em vez de encarcerar pacientes com problemas mentais em grandes instituições públicas, isolando-os do convívio social, passou-se a defender seu tratamento em liberdade, mantendo seu convívio com a família, ou em pequenas comunidades, estimulando a formação de laços afetivos. Em outras palavras, foi a mudança das práticas de saúde mental que possibilitou perceber a violação a um direito constitucional, não o contrário.⁶²⁸

Também foi isso o que aconteceu com a reforma prisional, mas em sentido oposto. Ao contrário de hospitais psiquiátricos, que foram desinstitucionalizados, prisões foram institucionalizadas. De ambientes caóticos, praticamente autogovernados pelos internos sob o comando de um representante do Estado com poder decisório quase ilimitado, elas passaram a operar sob regras rígidas e bem delimitadas. Com o objetivo de criar um ambiente prisional previsível e moralmente aceitável, que promovesse (ou, ao menos, tentasse promover) a reabilitação do apenado, implementaram-se medidas que tornaram as prisões locais regulados. Punições disciplinares não poderiam ser arbitrárias; funcionários deveriam ser contratados pelo Estado; deveria haver um sistema administrativo hierarquizado; um

⁶²⁴ GILLESPIE, Nora. Charter remedies: the structural injunction. *Advocates' Quarterly*, v. 11, n. 2, p. 190-221, fev. 1990, p. 218.

⁶²⁵ NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 7, n. 2, p. 395-412, outono de 1984, p. 401.

⁶²⁶ GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 593.

⁶²⁷ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 298.

⁶²⁸ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1029.

sistema organizado de cuidados médicos deveria ser providenciado; atividades profissionalizantes deveriam ser oportunizadas. Mas essas mudanças foram idealizadas de trás para frente: porque se percebeu que havia um modo de transformar as condições prisionais é que se iniciou o processo de reforma estrutural. O modelo a ser copiado seria aquele dos Estados do norte do país.⁶²⁹

Em demandas estruturais, a norma de direito material violada fornece pouca orientação quanto à forma de tutela.⁶³⁰ Por veicularem litígios policêntricos, tanto as consequências da violação quanto as medidas necessárias para remediá-la estão sujeitas a variáveis que, embora irrelevantes para julgamento do mérito, são determinantes para o desenvolvimento de uma tutela capaz de eliminar a violação. A formulação da tutela levanta questões factuais e normativas que não foram discutidas na fase de conhecimento. A efetividade e a viabilidade das diversas opções de tutela são exemplos claros.⁶³¹

Como, então, resolver um problema para o qual diversas soluções são possíveis, mas as consequências fáticas de cada uma são, em grande medida, imprevisíveis? Ora, se tutela do direito é, em essência, uma tarefa policêntrica, então é esperado que o mesmo método observado na resolução desse tipo de problema seja utilizado também em sede judicial.

Michael Polanyi argumentou, em abstrato, que o melhor método para resolução de problemas complexos seria por meio de ajustes mútuos e sucessivos, até a obtenção de um equilíbrio.⁶³² Essa previsão foi confirmada por Elinor Ostrom em concreto. Escrevendo sobre experiências de sucesso na gestão de campos

⁶²⁹ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 150-162; 271-298.

⁶³⁰ Como explica Susan Sturm, "liability norms do not dictate the content of the remedy. In public law litigation, liability norms provide only the goals and boundaries for the remedial decision. For example, a determination that violent and unsanitary prison conditions constitute cruel and unusual punishment delimits the types of problems that the remedy must address. It does not, however, dictate how those problems should be solved. Should the court order the defendants to hire more guards, reduce the prison population, establish screening and training programs for guards, eliminate the inmate trustee system, introduce work and educational programs, improve the classification system, restrict the movement of inmates in the prison or require unit management? There is no single correct remedial approach dictated by the eighth amendment." STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. *Georgetown Law Journal*, v. 79, n. 5, p. 1355-1446, jun 1991, p. 1364. No mesmo sentido, FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982, p. 639; GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 590.

⁶³¹ STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. *Georgetown Law Journal*, v. 79, n. 5, p. 1355-1446, jun 1991, p. 1364.

⁶³² POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 154-200.

comunitários, ela relata: “eles [os membros da comunidade] resolveram seus problemas do modo como a maioria dos indivíduos resolve problemas difíceis e complexos: na medida da sua capacidade, dados os problemas envolvidos, a informação existente, as ferramentas com as quais eles podiam trabalhar, os custos das diversas opções conhecidas e os recursos à sua disposição”.⁶³³ Em outras palavras, problemas policêntricos costumam ser resolvidos por meio do método de tentativa-e-erro.

Esse experimentalismo é perceptível na experiência norte-americana. O modelo tradicional de análise de políticas públicas, consistente em definir o problema, identificar o objetivo, especificar alternativas, escolher a solução e implementá-la, não costuma ser seguido em litígios estruturais. O mais comum é que juízes atuem de maneira incremental: determina-se uma mudança, geralmente bem delimitada, e aguardam-se suas repercussões. Com base nessa resposta é que são identificadas as potenciais soluções e até mesmo o objetivo a ser atingido. Também é comum que um objetivo claro e um conjunto de soluções jamais seja definido expressamente. Nesse caso, a primeira decisão é ajustada e reajustada, até que se encontre o ponto ótimo.⁶³⁴

Esse método de resolução de problemas complexos, todavia, pode ser criticado por ser excessivamente informal. Ele parece mais intuitivo que objetivo.⁶³⁵ O juiz vai tateando de modo especulativo, quase desordenado, até topar com uma possível solução. Mas, em problemas policêntricos, o aparecimento de repercussões imprevistas é uma constante. Pode ser mais produtivo atuar passo a passo, de modo responsivo, pontual e gradual, do que com base num plano abrangente e fixo.⁶³⁶

Não por acaso, verifica-se uma tendência, nos Estados Unidos, à redução do uso da técnica de comando-e-controle como forma de implementação de decisões estruturais. Essa abordagem rígida e detalhada, centrada na autoridade do magistrado, tem sido reservada a situações de reiterado descumprimento.⁶³⁷ As

⁶³³ OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 56.

⁶³⁴ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 297-298.

⁶³⁵ DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979, p. 62.

⁶³⁶ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 297-298.

⁶³⁷ V. STURM, Susan P. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University*

medidas iniciais, diferentemente, têm sido determinadas por meio de uma “intervenção experimentalista”. Esse outro método, baseado em tentativa-e-erro, é mais flexível, cooperativo e responsivo a problemas imprevistos. Em vez de pormenorizar uma série de medidas a serem adotadas, o juiz fixa um *standard* geral, que expressa os objetivos que a parte deve atingir. Define também o modo como será medido o cumprimento gradual desses objetivos. Mas a escolha dos meios para chegar ao estágio de conformidade permanece sob discricionariedade da parte.⁶³⁸

O método de comando-e-controle é caracterizado pela prévia definição dos objetivos a serem atingidos, pela tentativa de antecipar eventuais problemas e pela especificação de condutas a serem adotadas como meios para esse fim. O juiz possui papel central nessas tarefas. A conformidade da instituição é verificada pela obediência à determinação judicial.⁶³⁹

Embora pareça mais racional que o experimentalismo, o método de comando-e-controle possui duas grandes fragilidades. Em primeiro lugar, é quase impossível determinar, de início, todas as mudanças necessárias. Não há solução simples para problemas complexos.⁶⁴⁰ Isso torna igualmente impossível reestruturar toda uma instituição com uma única ordem, definitiva e final⁶⁴¹, como alertou, aliás, Polanyi.⁶⁴² Problemas policêntricos não são apenas complexos. São também contingentes: a manipulação de uma complexidade gera novas complexidades.⁶⁴³ Por esse motivo, mesmo administradores utilizam-se da abordagem experimentalista para promover grandes mudanças institucionais. Agir de maneira incremental, dando um passo de cada vez, resolvendo problemas imediatos e postergando outros mais distantes e incertos, é uma estratégia menos arriscada que promover um choque institucional. O experimentalismo abre várias oportunidades para correção de rumos e desperta

of Pennsylvania Law Review, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 854-856.

⁶³⁸ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1019; STURM, Susan. Second generation employment discrimination: a structural approach. *Columbia Law Review*, v. 101, n. 3, p. 458-568, abr. 2011, p. 465-475.

⁶³⁹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1021-1022.

⁶⁴⁰ “There is no easy, one-shot method of reconstructing an institution”. FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington/London: Indiana University Press, 1978, p. 28.

⁶⁴¹ BUCKHOLZ, Robert E.; COOPER, Daniel J.; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward S.; ROTENBERG, Mark B. The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 784-929, mai. 1978, p. 789.

⁶⁴² POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 154-200.

⁶⁴³ DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979, p. 62.

menos oposição que o método de comando-e-controle.⁶⁴⁴

A segunda fragilidade do método de comando-e-controle é a dificuldade de medir o sucesso da intervenção. Como o parâmetro de conformação é simplesmente a obediência ou desobediência à ordem judicial, a efetividade da medida fica em segundo plano. O fato de o réu adotar as condutas impostas pelo juiz não significa que a violação será necessariamente erradicada.⁶⁴⁵ O experimentalismo, por outro lado, permite a utilização de critérios performativos para medir o sucesso da reforma. Em vez de determinar condutas específicas, o juiz pode determinar o atingimento de resultados parciais e finais. Pode-se, por exemplo, exigir que o número de estudantes negros numa escola alcance determinado percentual; ou que denúncias e queixas de abuso de poder sejam investigadas em determinado prazo; ou, ainda, que erros recorrentes sejam reduzidos a determinado patamar.⁶⁴⁶

Mas como definir esses percentuais, prazos e patamares? Como, em outras palavras, definir um *standard* de cumprimento? Poderia o juiz validamente exigir, por exemplo, que todo estabelecimento prisional tenha um bacharel em nutrição comandando a cozinha? Poderia o juiz validamente definir, com base diretamente na Constituição, que o tempo máximo de isolamento de um custodiado é de 30 dias?⁶⁴⁷ Como justificar que se extraiam deveres tão específicos de uma cláusula tão vaga quanto a proibição de tratamento cruel?

Se o conteúdo do direito material depende da forma de tutela e esta, por sua vez, se abre ao policentrismo extrajurídico, é preciso encontrar meios de reduzir a complexidade. A definição de um *standard* de cumprimento deve ser racionalmente justificável.

⁶⁴⁴ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 303-307.

⁶⁴⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1019; PARKIN, Jason. Aging injunctions and the legacy of institutional reform litigation. *Vanderbilt Law Review*, v. 70, n. 1, p. 167-220, jan. 2017, p. 215.

⁶⁴⁶ PARKIN, Jason. Aging injunctions and the legacy of institutional reform litigation. *Vanderbilt Law Review*, v. 70, n. 1, p. 167-220, jan. 2017, p. 197.

⁶⁴⁷ NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 7, n. 2, p. 395-412, outono de 1984, p. 406, citando *Pugh v. Locke*, 406 F. Supp. 318, 334 (M.D. Ala. 1976) e *Hutto v. Finney*, 437 U.S. 678, 686 (1978).

4.2. A definição de standards

A definição da forma de tutela exige o estabelecimento de um *standard* de cumprimento: um parâmetro mínimo de adequação, abaixo do qual a instituição permanecerá sob interferência judicial. Para tanto, é preciso estabelecer um conjunto de indicadores, que auxiliarão a monitorar o funcionamento da instituição.⁶⁴⁸ É preciso que o juiz diga mais do que simplesmente “determino ao réu que adeque seu funcionamento à Constituição”. Comandos vagos abrem margem para que o réu se esquive do cumprimento.⁶⁴⁹

Há situações em que a utilização de um provimento injuntivo direto é claramente ineficiente. Uma ordem proibindo a polícia de utilizar violência desnecessária seria supérflua, por ser excessivamente abstrata. Uma ordem proibindo o uso de estrangulamento seria inútil, dada a fácil substituição desse golpe por outro. Uma ordem proibindo a polícia de utilizar métodos violentos seria contraproducente, pois o uso de força pode ser necessário e o julgamento quanto à sua necessidade é frequentemente feito no calor do momento. Mas um provimento impondo que toda reclamação contra uso excessivo ou desnecessário de força seja apreciada em determinado prazo por uma autoridade superior é uma ordem viável, que estabelece um parâmetro mensurável de conformidade.

Quando uma simples ordem de não fazer é supérflua ou inviável, o *standard* de conformidade deve manipular a relação custo-benefício, para tornar mais custosas as condutas violadoras e mais vantajosa a conformação institucional. Nesse sentido, a ordem, às vezes, deve buscar formas indiretas de obter o cumprimento. Deve também, na medida do possível, acrescentar um conteúdo concreto à norma geral e abstrata, de modo a permitir a avaliação dos resultados.

Essa tarefa pode ser bastante problemática, na medida em que (a) o policentrismo extrajurídico deixa o juiz diante de inúmeros critérios igualmente válidos, sem critérios normativos que estabeleçam a prioridade de um sobre o outro; (b) o juiz pode ter a tendência a exigir mais que um padrão mínimo de cumprimento e impor medidas que, embora desejáveis, extrapolam o estritamente necessário para

⁶⁴⁸ DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979, p. 60.

⁶⁴⁹ GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 598.

conformidade ao direito;⁶⁵⁰ (c) o ordenamento geralmente não fornece mais do que fórmulas vagas para direcionar o cumprimento da decisão; e (d) a reforma estrutural depende não apenas de critérios jurídicos, mas também da realidade institucional, fiscal e política.

A eleição de um *standard* sem a devida fundamentação esvazia a legitimidade da reforma estrutural. Substitui-se o critério administrativo por critério nenhum.⁶⁵¹ Ou, pior, por um critério arbitrariamente escolhido pelo juiz. Se o processo judicial é legitimado pela sua capacidade de inserir racionalidade e objetividade numa instituição, é preciso que a eleição de um parâmetro de conformidade seja racionalmente justificável. Há formas de reduzir a complexidade e guiar a decisão judicial.

4.2.1. A redução da complexidade por ato normativo

A primeira e mais evidente técnica de redução da complexidade é por meio de ato normativo. O legislador pode definir, desde logo, o conteúdo de um direito ao exigir ou proibir determinadas condutas. Ou pode definir de forma ampla as condições gerais de operação de uma grande burocracia, deixando à administração pública, por meio de ato normativo secundário, o detalhamento e uniformização dos comportamentos que concretizam esse padrão.

A vantagem desse método é que ele mantém com os poderes eleitos a prerrogativa de definir condutas desejáveis ou indesejáveis. Por outro lado, é possível que regulação e regulamentação sejam insuficientes.

O *Prison Litigation Reform Act (PLRA)*, lei de 1996 que limitou os poderes do magistrado em litígios para reforma prisional, fornece um exemplo de norma pouco eficaz. De acordo com a lei, a ordem judicial deve ser meio adequado para o fim a que se destina; deve ser o meio menos intrusivo possível, apenas suficiente para que o direito violado seja protegido; e deve ter seus custos justificados pelos potenciais benefícios: qualquer impacto negativo deve ser devidamente sopesado.⁶⁵² Em outras

⁶⁵⁰ V. *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343, 347, 390-392 (1996).

⁶⁵¹ Cf. VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, p. 147-177, jan.-jun. 2018, versão eletrônica, p. 7.

⁶⁵² 18 U.S. Code § 3626(a)(1)(A): “Prospective relief in any civil action with respect to prison conditions shall extend no further than necessary to correct the violation of the Federal right of a particular plaintiff or plaintiffs. The court shall not grant or approve any prospective relief unless the court finds that such relief is narrowly drawn,

palavras, a lei exigiu do magistrado a realização de juízo de ponderação antes de definir um *standard* de cumprimento. A ordem estrutural deve, em essência, ser adequada, necessária e proporcional.

A norma é pouco eficaz porque combate a vagueza de cláusulas gerais por meio de outra norma igualmente aberta a conceitos jurídicos indeterminados. No Brasil, comando semelhante é encontrado no parágrafo segundo do artigo 489 do Código de Processo Civil.⁶⁵³

Exemplos também problemáticos são as já mencionadas normas estaduais que asseguram um direito a tratamento psiquiátrico⁶⁵⁴ ou à educação⁶⁵⁵ minimamente adequados. Ao estabelecer esse *standard* genérico, o legislador deixa a cargo do juiz a atribuição de todo conteúdo à norma.

Por outro lado, um caso em que a lei efetivamente ajudou a reduzir a complexidade foi *Anderson v. Redman*.⁶⁵⁶ A demanda visava à reforma do sistema prisional do Estado de Delaware. Como a legislação estadual era minuciosa, o juiz teve pouca dificuldade para definir o *standard* de cumprimento. As normas locais estabeleciam, por exemplo, que as celas seriam individuais, salvo em situações excepcionais, decorrentes de superlotação. Nesses casos, temporariamente, as celas poderiam acomodar mais de um preso. Essas previsões facilitaram a definição de um parâmetro de conformidade. Durante a instrução, comprovou-se que a prática da administração prisional de alocar pelo menos dois detentos em cada cela já durava pelo menos quatro anos. Essa situação, além de não ser mais excepcional, colocava em risco a saúde e a vida dos detentos, em razão da redução pela metade da quantidade de ar disponível.⁶⁵⁷

No Brasil, o próprio Ministério da Justiça editou diretrizes básicas para

extends no further than necessary to correct the violation of the Federal right, and is the least intrusive means necessary to correct the violation of the Federal right. The court shall give substantial weight to any adverse impact on public safety or the operation of a criminal justice system caused by the relief”.

⁶⁵³ Art. 489, § 2º: No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

⁶⁵⁴ *Halder v. Pennhurst State School and Hospital*, 446 F.Supp. 1295, 1322-23 (E.D. Pa. 1977).

⁶⁵⁵ *Vergara v. State*, 209 Cal. Rptr. 3d 532 (Cal. Ct. App., 2016).

⁶⁵⁶ 429 F. Supp. 1105, 1122 (D.Del. 1977).

⁶⁵⁷ “[T]he practice of double celling (...), instituted as a temporary measure in 1972 and continuing until today, violates paragraph 5 of the IRM [Inmate Reference Manual], since double celled inmates have little more than one-half the required living space. Moreover, the practice also violates IRM paragraph 4(1), since a four year period in no way fairly can be characterized as “temporary overcrowding.” *Anderson v. Redman*, 429 F. Supp. 1105, 1119 (D. Del. 1977)

arquitetura penal. Nesse documento há *standards* claros de cumprimento.⁶⁵⁸ Existe também projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional que, além de definir um parâmetro de conformação, estabelece, por norma geral e abstrata, formas de tutela. O Projeto de Lei do Senado nº 513/2013 altera a Lei de Execução Penal para prever o direito do preso à progressão antecipada de regime em caso de superlotação (artigo 41, XXII).⁶⁵⁹ Trata-se, inequivocamente, de disposição legislativa que, se aprovada, reduzirá a complexidade extrajurídica, indicando ao magistrado com precisão *o que* se entende por conformidade ao direito e *como* ela pode ser obtida.

À primeira vista, pode parecer que parâmetros estabelecidos normativamente sejam casos raros. Essa, contudo, não é a realidade. Nada impede que normas legais ou infralegais sejam interpretadas extensivamente e aplicadas por analogia. Desse modo, expande-se a eficácia de normas válidas para situações similares.⁶⁶⁰ Em *Rhem v. Malcolm*, por exemplo, o Código de Poluição Sonora de Nova York foi utilizado como parâmetro para regular o nível de ruído nas cadeias da cidade;⁶⁶¹ Em *Newman v. Alabama*, determinou-se que os hospitais penitenciários seguissem as regras válidas para os hospitais em geral;⁶⁶² em *Jones v. Metzger*, decidiu-se que os mesmos padrões sanitários exigidos de restaurantes comerciais deveriam ser seguidos por refeitórios de presídios.⁶⁶³ Os três casos partem da premissa de que *standards* de conformidade válidos para a população em geral são válidos também para a população carcerária.

4.2.2. O método de comparação institucional

Ausentes ou insuficientes as diretrizes normativas, é possível estabelecer um parâmetro de conformidade por comparação. A performance da instituição a ser reformada pode ser comparada, por exemplo, ao desempenho de instituições

⁶⁵⁸ Resolução nº 9, de 2011. Disponível em <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/2011Diretrizes_ArquiteturaPenal_resolucao_09_11_CNPCP.pdf>> Acesso em 20 de junho de 2019.

⁶⁵⁹ Disponível em <<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7265003&ts=1559276634031&disposition=inline>>>. Acesso em 20 de junho de 2019.

⁶⁶⁰ Os três exemplos que se seguem constam de DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979, p. 61 (nota de rodapé 95).

⁶⁶¹ 507 F.2d 333 (2d Cir. 1974).

⁶⁶² 503 F. 2d 1320 (5th Cir. 1974).

⁶⁶³ 456 F. 2d 854 (6th Cir. 1972).

semelhantes.⁶⁶⁴ As melhores práticas de instituições consideradas bem-sucedidas podem fornecer modelos de conduta viáveis e noções realistas do grau de conformidade que pode ser atingido.

Esse método é particularmente eficaz em litígios nos quais se pretende adequar a qualidade de um serviço público. No subcapítulo anterior afirmou-se, por exemplo, que o experimentalismo permite ao juiz determinar que denúncias e queixas de abuso de poder sejam investigadas em determinado prazo, ou que erros recorrentes sejam reduzidos a determinado patamar. Uma forma objetiva de determinar um prazo razoável para concluir investigação sobre casos de abuso é analisar a performance de instituições semelhantes: aquelas que desempenhem a mesma tarefa, tenham aproximadamente o mesmo volume de serviço e o mesmo número de servidores.

A mesma técnica pode ser utilizada para determinar, por exemplo, o que seria um número aceitável de erros recorrentes. Para definir se determinado departamento de polícia registra episódios excessivos de abuso de poder, é preciso olhar para departamentos semelhantes, com competências similares, situados em região (urbana ou rural) equivalente. A definição do direito, aqui, depende integralmente do parâmetro de controle.

Esse método foi implantado com sucesso no sistema educacional do Texas a partir de 1995.⁶⁶⁵ Após o Tribunal de Justiça local declarar que o Estado descumpria norma da Constituição Estadual que assegurava o direito a um sistema educacional eficiente, desenvolveu-se um plano por meio do qual escolas e distritos escolares são avaliados anualmente. Diversos indicadores foram utilizados: desempenho em provas, percentual de estudantes graduados ou reprovados, número de faltas, índice de evasão, dentre outros. O desempenho de cada escola era comparado com o escore de um grupo de escolas com características semelhantes, como desempenho passado, *status* socioeconômico, características étnicas ou presença de estudantes com dificuldade de se comunicar em inglês. Escolas com desempenho excelente eram recompensadas. Escolas com desempenho insuficiente precisariam apresentar, com o devido suporte técnico, planos detalhados de melhoria. Em casos extremos, a

⁶⁶⁴ SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1019.

⁶⁶⁵ *Edgewood Independent School District v. Meno*, 917 S.W.2d 717, 725-30 (Tex. 1995).

escola poderia ser fechada.⁶⁶⁶

A eliminação de padrões de conduta discriminatórios é a candidata ideal à utilização do método comparativo. Tanto a comprovação de um padrão discriminatório quanto a definição de índices aceitáveis podem ser feitos por comparação institucional. Disparidades estatísticas persistentes podem acionar o gatilho da reforma estrutural. Em New Jersey, em razão de acordo judicial em ação coletiva, policiais devem reportar, dentre outras informações, a cor da pele de todas as pessoas detidas. O Departamento de Polícia, assim, tem condições de monitorar se membros de minorias são detidos com maior frequência por um policial, por um esquadrão, ou numa região específica. Quando os números destoam do padrão, o Departamento intervém.⁶⁶⁷

Outro exemplo pode ser extraído de litígios para reforma prisional. As práticas adotadas em nível federal pelo *Bureau of Prisons* foram reiteradamente utilizadas por juízes como modelos a serem replicados em nível estadual.⁶⁶⁸

O método comparativo tem a seu favor a vantagem de apresentar alternativas viáveis. O *standard* de cumprimento não é definido arbitrariamente e unilateralmente pelo juiz, mas extraído do mundo real, pela observação de instituições similares e bem-sucedidas em suas tarefas. Por outro lado, esse método possui também insuficiências. Ele depende da existência de dados objetivos. Ausentes essas informações, a comparação é impossível. Além disso, o parâmetro de comparação deve guardar características semelhantes às da instituição a ser reformada. O método pode determinar o resultado. Mal selecionada a amostra-modelo, os resultados podem ser afetados negativamente. Por mais que o método experimentalista admita correções, toda mudança de rumos tem no tempo do processo um custo inevitável.

4.2.3. A adoção de critérios elaborados por fontes independentes

Outra maneira de definir parâmetros de cumprimento é por meio de fontes independentes. É o caso, por exemplo, de códigos-modelo, recomendações de

⁶⁶⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1026-1027.

⁶⁶⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1046-1047.

⁶⁶⁸ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 164.

instituições científicas, *standards* profissionais e normas de direito comparado.

Novamente, litígios para reforma prisional fornecem bons exemplos. Esses casos foram marcados pela utilização de critérios elaborados por fontes independentes. Os parâmetros de cumprimento definidos nesse tipo de litígio eram derivados diretamente do *Manual of Correctional Standards* publicado pela *American Correctional Association (ACA)*, uma organização formada por administradores de prisões. A decisão de *Holt v. Sarver*, por exemplo, foi claramente orientada por essa publicação. Os dez temas contidos no manual foram abordados na decisão, na mesma ordem em que são tratados no estudo. Vários dos *standards* específicos recomendados pela *ACA* foram incluídos na decisão.⁶⁶⁹

Anderson v. Redman, mencionado acima, ilustra não apenas um *standard* definido normativamente, mas também um parâmetro definido por fonte independente. As leis do Estado do Delaware, lembre-se, definiam diretrizes para o tratamento de presidiários. Uma das normas estabelecia que todo preso teria direito a acomodações com tamanho, ventilação e temperatura adequados à saúde. A textura aberta dessa previsão impossibilitou sua aplicação imediata. Foi preciso construir um *standard* de cumprimento. O juiz utilizou como parâmetro estudo da Associação Americana de Saúde Pública,⁶⁷⁰ que estabelecia um tamanho mínimo para as celas individuais e um volume mínimo de ar. Com base nesse parâmetro, o juiz considerou adequadas as instalações penitenciárias.⁶⁷¹ Apesar disso, a prática administrativa de alojar dois ou mais detentos em celas individuais tornava insalubre o cumprimento da pena.

O mesmo *standard* de cumprimento foi adotado em *Battle v. Anderson*,⁶⁷² outro caso de reforma prisional, porém referente ao Estado de Oklahoma; e em *Sidles v. Delaney*,⁶⁷³ em que se estabeleceram como parâmetros mínimos de qualidade em hospitais públicos os mesmos requisitos para credenciamento de hospitais privados.

Embora a Suprema Corte nunca tenha adotado um *standard* de cumprimento

⁶⁶⁹ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 162-163. *Rhem v. Malcolm*, supra, adotou o mesmo parâmetro.

⁶⁷⁰ Standards for Health Services in Correctional Institutions An Official Report of the American Public Health Association, p. 62 (1976).

⁶⁷¹ "There was uncontroverted evidence at trial that minimum public health standards for correctional institutions require single cells to contain sixty (60) square feet of floor space, with an eight (8) foot ceiling, and five hundred (500) cubic feet of air space. All single cells occupied by one inmate at DCC meet this standard". *Anderson v. Redman*, 429 F. Supp. 1105, 1119 (D. Del. 1977).

⁶⁷² 447 F. Supp. 516, 525 (E. D. Okla 1977).

⁶⁷³ *Sidles v. Delaney*, Civ. No. 75-300A (N.D. Ohio, Apr. 20, 1976).

para a dessegregação escolar, a utilização de uma fonte independente poderia ter contribuído para que as administrações locais soubessem exatamente qual a meta a ser atingida. Nesse caso, dados obtidos pelo censo populacional poderiam mostrar, por exemplo, quais os percentuais de crianças brancas e negras num dado distrito escolar, ou numa dada região. O parâmetro de cumprimento poderia impor que os percentuais de estudantes brancos e negros refletissem, de maneira mais ou menos apurada, os dados do censo.⁶⁷⁴

Esse, aliás, foi o critério adotado em *Reynolds v. Sims*, que tratou da definição de distritos eleitorais. Para evitar que enormes distritos majoritariamente negros e minúsculos distritos majoritariamente brancos elegeassem o mesmo número de deputados, decidiu-se que os distritos eleitorais deveriam, na medida do possível, observar um equilíbrio populacional. Os dados do censo serviriam de critério para medição do *standard*.⁶⁷⁵

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou questão ambiental que exigiu a utilização dessa técnica.⁶⁷⁶ Em duas ações civis públicas ajuizadas por associações no Estado de São Paulo, requeria-se a redução do campo eletromagnético gerado por linhas de transmissão a 1 μT (um microtesla). As autoras baseavam seu pedido no princípio da precaução. Como são incertos os efeitos da radiação não-ionizante decorrente de linhas de transmissão de energia elétrica sobre a saúde humana, deveria ser adotado critério mais seguro que aquele previsto na legislação brasileira, que correspondia, à época, a 83,3 μT . A inicial fundamentava na legislação suíça o valor requerido na inicial.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, julgou improcedente o pedido. A legislação brasileira determina a adoção dos limites recomendados pela Organização Mundial da Saúde (OMS).⁶⁷⁷ O limite de 83,3 μT previsto em Resolução Normativa da ANEEL seguia recomendação da *International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection* (ICNIRP), organização internacional com objetivos científicos, sem fins lucrativos, fundada em 1922 e sediada na Alemanha. Seus pareceres técnicos, de acordo com o STF, foram adotados por mais de 50 países, empresas multinacionais

⁶⁷⁴ V. GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 644-645.

⁶⁷⁵ 377 U.S. 533 (1964).

⁶⁷⁶ Recurso Extraordinário nº 627.189/SP. Plenário. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 08/06/2016.

⁶⁷⁷ Artigo 4º da Lei 11.934/2009.

e organismos internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a própria Organização Mundial da Saúde. A confiabilidade e prestígio da instituição foram determinantes para que o STF fixasse a seguinte tese em regime de repercussão geral: “no atual estágio de conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial da Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009” (tema nº 479).

Mais significativo que o resultado da demanda é a fundamentação da decisão. Em vez de destacar a capacidade técnica da ANEEL para resolver uma questão técnica ou a discricionariedade do legislador para definir parâmetros seguros de operação, o tribunal destacou a credibilidade dos dados fornecidos pela ICNIRP e adotados pela OMS. Essa *ratio* deixa evidente que o Supremo Tribunal Federal chancelou a utilização de critérios elaborados por fontes independentes para estabelecimento de parâmetros de cumprimento.

Assim como as demais técnicas de definição de *standards*, a adoção de fontes independentes possui vantagens e desvantagens. Em seu favor pesam a objetividade e a sofisticação dos parâmetros, usualmente derivados de conhecimento técnico-científico sedimentado. Por outro lado, em temas cientificamente controversos, pode haver uma profusão de critérios. Nesse caso, ausentes critérios normativos para que um preceda ao outro, a complexidade extrajurídica é retomada. Volta-se à estaca zero.

4.2.4. O juízo de concreção

Em algumas hipóteses, o magistrado pode derivar regras específicas de conceitos jurídicos indeterminados de modo válido e eficaz. O método de concreção, como técnica hermenêutica, é particularmente útil para essa tarefa.

A depender da situação fática, uma norma principiológica pode incidir diretamente sobre o caso. Em *Holt v. Sarver*, por exemplo, custodiados de religião islâmica alegavam, dentre inúmeros outros fatos, que o cardápio da instituição prisional os impedia de exercer sua crença. Sua religião proibia o consumo de produtos de origem suína. Mas toda a comida servida aos detentos era preparada em

banha de porco. Ou os autores abriam mão dos preceitos dietéticos de sua fé, ou morriam por inanição. O juiz considerou essa causa de pedir constitucionalmente relevante e, com base nos direitos à liberdade de crença e à isonomia, exortou a administração prisional a considerar formas razoáveis de contornar o problema.⁶⁷⁸

O conhecimento dos fatos e fundamentos jurídicos que embasam a pretensão é imprescindível para que se possa analisar a correção e robustez argumentativa do juízo de concreção. À primeira vista, uma decisão judicial que proíbe a cozinha de utilizar gordura suína no preparo de alimentos parece um bizarro caso de voluntarismo judicial. Mas, uma vez demonstrado que a norma principiológica (liberdade de crença) e a regra dela extraída (direito de observar os preceitos dietéticos de sua religião) estão ligadas por um elo fático com relevante implicação jurídica (impossibilidade de o custodiado exercer um direito fundamental por indisponibilidade dos meios), a decisão se torna justificável.

Excederia os limites deste trabalho, orientado ao estudo da experiência norte-americana no processamento de demandas estruturais, pormenorizar as complexidades hermenêuticas atreladas ao juízo de concreção. Mas não é difícil perceber que sua principal qualidade é também seu pior defeito. O juízo de concreção exige um raciocínio tipicamente jurídico, que vai do geral (a norma principiológica) ao concreto (a regra específica). Trata-se, portanto, de um método que juízes estão acostumados a utilizar. Mas que, paradoxalmente, utilizam mal.

Justamente por se tratar de um método familiar aos operadores do direito, juízes tendem a utilizar o juízo de concreção em situações nas quais ele não é uma ferramenta útil. Em nenhum dos demais exemplos mencionados neste subcapítulo, o juiz conseguiria, apenas hermeneuticamente, extrair a regra do caso concreto. Qual o limite de decibéis a que um preso pode ser submetido? A que nível de exposição

⁶⁷⁸ A decisão é uma lição de elegância. Em vez de determinações, o texto contém quase que um convite à resolução do litígio: "(...) the Court finds that the Muslims at both [prisional] institutions have some problems that are not without constitutional significance. Their problems are mainly dietary in that Muslims are forbidden by their religion to consume pork in any form. While the Muslims are not required to eat pork as such, a good deal of the food served at both institutions is cooked in pork grease or fat, and the Muslims cannot always tell what dishes they can eat on a given day without offending the dietary requirements of their faith. (...) The Court does not find that the prison administration has intentionally discriminated against Muslims as such. (...) It appears to the Court that some of the difficulties of the Muslims are due to the fact that the prison authorities are simply not familiar with Muslim problems, and that the administration is prepared to meet reasonable Muslim requests for consideration. (...) The Court is going to enjoin in general terms discrimination against the undue restrictions upon the Muslims. The Court will say, however, that the Court doubts that as of today the Muslims as a class have any real problems that cannot be disposed of administratively (...)". 363 F. Supp. 194 (1973), p. 203-204.

eletromagnética uma pessoa pode ser exposta com segurança? Quantos suspeitos negros podem ser “aleatoriamente” abordados pela polícia para cada suspeito branco? Há um enorme hiato entre essas regras e os respectivos princípios que as fundamentam (proibição de tratamento cruel, princípio da precaução e direito à igualdade). Uma inferência tão distante não é convincente. O método de concreção, nesses casos, é insuficiente. É preciso mais que elementos puramente jurídicos para ligar a regra ao princípio.

Não causa surpresa que diversas decisões que definiram *standards* de cumprimento por meio de juízo de concreção tenham sido reformadas ou cassadas em segundo grau de jurisdição. Quanto mais indireta a relação entre a violação e o *standard* judicial, menos tolerantes se mostram os juízos de segundo grau norte-americanos.⁶⁷⁹ Com frequência, processos estruturais para dessegregação escolar foram extintos quando atingido um parâmetro (a nosso ver insatisfatório) obtido por concreção: a inexistência de segregação *de jure*, ainda que persistisse a segregação *de facto*.⁶⁸⁰

Embora o juízo de concreção forneça um método simples e eficaz para definição de um parâmetro de conformidade, seu alcance é restrito àqueles casos em que não se exige mais que um raciocínio jurídico para ligar o princípio geral à conduta determinada no caso concreto.

4.3. A estratégia absenteísta

O método incremental, baseado em tentativa-e-erro, permite a utilização de *standards* de cumprimento amplos, sem especificação de meios. Esse método preserva a discricionariedade da instituição, de modo que ela, sozinha ou em cooperação com o autor, defina os meios para atingir o parâmetro de conformidade.

É comum, por isso, que o método incremental seja acompanhado por uma postura inicial absenteísta. Em vez de impor medidas específicas, o juiz confia ao réu a responsabilidade traduzir os parâmetros de conformidade em um plano específico de reforma. A fiscalização do cumprimento, por sua vez, é atribuída ao autor. O

⁶⁷⁹ V. *Ruiz v. Estelle*, 679 F.2d 1115, 1144, 1148 (5th Cir. 1982).

⁶⁸⁰ *Columbus Bd. of Educ. v. Penick*, 443 U.S. 449, 464-65 (1979); *Dayton Bd. of Educ. v. Brinkman*, 433 U.S. 406, 420 (1977); v. *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 240 (1976).

Judiciário, assim, age apenas responsivamente, quando provocado pelas partes. Trata-se nitidamente de uma estratégia mais passiva e não intervencionista.⁶⁸¹

Essa estratégia deferente contorna várias críticas costumeiramente endereçadas à reforma estrutural. Como a instituição ré, em tese, possui competência (ou independência, no caso da livre iniciativa), legitimidade e conhecimento técnico para eleger os meios mais eficazes de conformação, mantém-se em sua esfera jurídica a responsabilidade pela eleição dos meios de cumprimento. Mais do que presumir a boa-fé e a cooperação do ordenado, essa estratégia busca internalizar nele uma atitude receptiva.⁶⁸² Parte-se do pressuposto de que um plano de ação formulado e apresentado pelo próprio demandado será implementado mais facilmente do que um imposto judicialmente a contragosto. Sobretudo, o absentéismo oportuniza à instituição repensar seus próprios objetivos e reconstruir sua identidade institucional. Essa autoavaliação pode ser essencial para o sucesso da reforma.

Frequentemente, o litígio estrutural surge porque a instituição, absorta em procedimentos rotineiros, perde de vista sua própria missão. Ao operar de modo ritualístico, surgem padrões informais de conduta: comportamentos antijurídicos tolerados pela instituição, mas nunca reconhecidos oficialmente. Uma determinada cultura institucional é criada. Em longo prazo, há uma tendência de os membros da instituição priorizarem a reprodução dessa cultura em vez de promoverem a missão institucional.⁶⁸³

Inúmeros exemplos ilustram esse fenômeno. Em prisões, a intimidação, o uso de tortura e a tolerância a pequenos ilícitos são formas de reafirmar a autoridade e de conquistar a lealdade do custodiado. Em departamentos de polícia, o arquivamento de investigações por abuso de autoridade ou brutalidade são manifestações de corporativismo que estimulam a reiteração da conduta questionada. Em instituições psiquiátricas, as práticas manicomiais segregatórias e genéricas são formas de controle social em microescala. Mas todas elas são divorciadas das respectivas

⁶⁸¹ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 849-850. A autora chama essa estratégia de “deferente”.

⁶⁸² HARRIS, M. Kay; SPILLER Jr., Dudley P. *After decision: implementation of judicial decrees in correctional settings*. American Bar Association, 1977, p. 88-89.

⁶⁸³ V. DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979, p. 57-59; EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 8, p. 1983-2002, jun. 1990, p. 1993-1995.

finalidades institucionais.

A decisão estrutural impõe a ruptura desse padrão de conduta. A estratégia absenteísta, por sua vez, propicia o equivalente institucional a um exame de consciência. Ao preparar o plano de implementação, a instituição pode reencontrar sua missão. Mudanças voluntárias no nível estratégico de uma instituição, ainda que não espontâneas, tendem a enfrentar menos oposição e resistência no nível operacional.⁶⁸⁴ Uma ordem vinda de um diretor tende a ser acatada por seus subordinados. Não só por uma questão hierárquica, mas também porque a linguagem jurídica é devidamente contextualizada à rotina da instituição. Já uma ordem vinda de uma autoridade externa tende a ser vista, em nível operacional, como uma intrusão indevida, ingênua e ilegítima.⁶⁸⁵

A estratégia absenteísta foi amplamente utilizada em litígios para reforma prisional e psiquiátrica. No primeiro caso, evidenciou-se que a função da pena é ressocializar o condenado.⁶⁸⁶ Nos Estados Unidos dos anos 1960, essa estava longe de ser uma verdade autoevidente.⁶⁸⁷ No sul, o modelo de colônias penais agrícolas autossustentáveis emulava o regime de escravidão. Os apenados eram mantidos em barracões superlotados e sem ventilação. Alimentação era fornecida apenas em quantidade suficiente para garantir a sobrevivência do detento. No Arkansas, a rotina era de trabalhos forçados seis dias por semana, dez horas por dia. Há registros de pagamento de propina e “doação” (*rectius*, venda) de sangue para comprar medicamentos, drogas, álcool, privilégios ou proteção.⁶⁸⁸ Punições corporais, como o chicoteamento, foram proibidas apenas em 1968.⁶⁸⁹

Em *Holt v. Sarver*,⁶⁹⁰ após considerar degradantes as condições de cumprimento da pena no Arkansas e de reconhecer que o Estado falhava em assegurar o direito de o apenado “adormecer sem medo de ser degolado antes do

⁶⁸⁴ EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 8, p. 1983-2002, jun. 1990, p. 1995.

⁶⁸⁵ V. STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 864-866; 868-869.

⁶⁸⁶ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 252-258.

⁶⁸⁷ DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979, p. 57.

⁶⁸⁸ V. VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 303-352.

⁶⁸⁹ *Jackson v. Bishop*, 268 F. Supp. 804 (1967); 404 F.2d 571, 579 (8th Cir. 1968).

⁶⁹⁰ 300 F. Supp. 825, 834 (1969).

amanhecer”,⁶⁹¹ o juiz determinou a apresentação de um plano de ação. Considerando as então recentes mudanças na organização do sistema penitenciário, com trocas de comando e demissão de funcionários; reconhecendo a autonomia do Poder Executivo estadual para conformar seu sistema prisional; e admitindo o argumento de que as prisões não tinham orçamento suficiente para implementar uma mudança radical e imediata, ele adotou uma estratégia deferente. Em vez de impor medidas, o magistrado abriu prazo para que o Estado informasse ao juízo o que *achava* que poderia fazer e o que *estava disposto* a fazer.⁶⁹²

No segundo caso, declarou-se que a função do internamento psiquiátrico é fornecer tratamento adequado e eficaz ao paciente. Internar involuntariamente um indivíduo inocente, tolhendo-lhe a liberdade sem direito ao contraditório e à ampla defesa e sem previsão de soltura, por razões supostamente terapêuticas, sem que qualquer terapia fosse de fato administrada, era violação direta e frontal ao devido processo. No Alabama dos anos 1970, as práticas manicomiais tornavam os hospitais psiquiátricos mais parecidos com casas de custódia do que com instituições de saúde. A completa ausência de tratamento individual fazia do confinamento mais uma pena do que uma terapia.⁶⁹³

Em *Wyatt v. Stickney*,⁶⁹⁴ após verificar que apenas um psicólogo, três clínicos gerais e dois assistentes sociais cuidavam de 5.200 pacientes psiquiátricos internados involuntariamente e comparar as instituições de tratamento psiquiátrico do Alabama a campos de concentração,⁶⁹⁵ o juiz também adotou uma estratégia absenteísta. Em vez de expedir uma ordem específica, elencou três *standards* de conformidade (ambiente adequado, profissionais qualificados em número suficiente e tratamento individualizado) e intimou o réu para que, 90 dias, apresentasse um plano de

⁶⁹¹ “The Court recognizes, of course, that assaults, fights, stabbings, and killings may and do occur in penal institutions that are unquestionably well equipped, well staffed, and well managed. It occurs to the Court, however, that such incidents in such institutions take place in spite of all reasonable precautions taken by prison authorities. At Cummins there are no precautions worthy of the name, and the ‘creepers’ and ‘crawlers’ take deadly advantage of that fact. The Court is of the view that if the State of Arkansas chooses to confine penitentiary inmates in barracks with other inmates, they ought at least to be able to fall asleep at night without fear of having their throats cut before morning, and that the State has failed to discharge a constitutional duty in failing to take steps to enable them to do so.” *Holt v. Sarver*, 300 F. Supp. 825, 831 (1969).

⁶⁹² “The Court will not undertake at this time to prescribe any specific immediate steps to be taken by Respondent. The Court would like to know first what Respondent thinks that he can do, and what he is willing to undertake to do”. *Holt v. Sarver*, 300 F. Supp. 825, 834 (1969).

⁶⁹³ *Wyatt v. Stickney*, 334 F. Supp. 1341 (1971).

⁶⁹⁴ 334 F. Supp. 1341 (1971).

⁶⁹⁵ *Wyatt v. Stickney*, 325 F. Supp. 781, 783 (M.D. Ala. 1971)

cumprimento, inclusive com a definição precisa da missão e das funções da instituição.⁶⁹⁶

Também a definição de distritos eleitorais adotou o absentéismo como estratégia de implementação. Em vez de entrar no “matagal político” temido pelo Justice Frankfurter, a Suprema Corte definiu um parâmetro de conformidade objetivo e determinou ao legislador que redesenhasse os distritos eleitorais de acordo com aquele critério.⁶⁹⁷

Os três casos (reforma prisional, reforma psiquiátrica e redefinição de distritos eleitorais) são exemplos de utilização relativamente bem-sucedida da estratégia absentéista. Mas por que o réu cumpriria voluntariamente o comando jurisdicional?

Há três fortes incentivos. Em primeiro lugar, o descumprimento da ordem pode dar lugar a formas mais intrusivas de tutela. A possível perda da autonomia, ainda que parcial e temporária, é uma ameaça constante. É sempre preferível à instituição reduzir riscos e evitar a imposição de uma decisão imprevisível por uma autoridade externa. Em segundo lugar, o escopo da reforma pode ser consideravelmente reduzido pela estratégia absentéista. Difícilmente o próprio réu apresentará um plano revolucionário. O mais comum é que ele tente acomodar as exigências do *standard* à estrutura já existente.⁶⁹⁸ E, em terceiro lugar, a parte que formula uma proposta de plano tem uma nítida vantagem estratégica: ela delimita as questões e delimita a agenda de implementação. O autor reagirá à proposta, mas dificilmente apresentará um plano totalmente original.⁶⁹⁹

Existem, todavia, problemas na estratégia absentéista. Como parece evidente, ela depende da colaboração do réu. É preciso que ele encampe a reforma estrutural. Caso contrário, o processo se abre à resistência e à apresentação de medidas subótimas. Sem a cooperação do réu, o juiz pode se ver às voltas com atrasos e

⁶⁹⁶ *Wyatt v. Stickney*, 325 F. Supp. 781 (1971)

⁶⁹⁷ V. BUCKHOLZ, Robert E.; COOPER, Daniel J.; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward S.; ROTENBERG, Mark B. The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 784-929, mai. 1978, p. 799.

⁶⁹⁸ DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979, p. 83; STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 866. Essa característica é vista pela autora como uma imperfeição da estratégia deferente. Para ela, o absentéismo pode ser percebido pelo grupo autor como uma postura submissiva, de modo que o Judiciário seria visto como parte do sistema opressor, e não como parte da solução. Discordamos da crítica. O que determinará o sucesso da reforma é o atingimento do *standard* de conformidade, não a estratégia adotada para alcançá-lo.

⁶⁹⁹ DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979, p. 83.

descumprimento deliberado – o que erode pouco a pouco a credibilidade judicial. Réus irracionais ou indiferentes ao risco apresentam alta capacidade de resistência.

Processos para dessegregação de escolas fornecem um bom exemplo de réus irracionais. Num primeiro momento, os diversos juízos de primeiro grau guardaram deferência às soluções propostas pelas administrações locais. A própria Suprema Corte, que inicialmente endossou o absenteísmo por meio da famosa e vaga fórmula *with all deliberate speed*, teve de mudar sua estratégia diante dos inúmeros expedientes para postergar o cumprimento de *Brown*.

Em *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*⁷⁰⁰, a Corte sinalizou um endurecimento. Após seis anos de litígio e reiteradas oportunidades de o réu submeter planos para dessegregação de escolas, nenhuma proposta aceitável foi apresentada. Os três planos desenvolvidos pela administração local continham apenas medidas efêmeras, episódicas e de pouco impacto. Diante da esquiva do réu, o juiz de primeiro grau nomeou um perito, a quem incumbiu de desenvolver um plano. A Suprema Corte não apenas manteve a decisão que determinou a implementação desse plano, como afirmou ser impossível estabelecer limites rígidos e prévios ao poder remedial do juiz.⁷⁰¹

Mas não somente réus irracionais podem adotar condutas protelatórias, evasivas ou frontalmente desafiadoras. Réus indiferentes ao risco também podem recusar-se a cooperar. É o caso de instituições administradas por agentes políticos em final de mandato. O jogo político prioriza benefícios de curto prazo suportados por custos diferidos. O risco de perda da autonomia institucional, nesse contexto, não é propriamente ameaçador. Trata-se de um custo a ser suportado pela próxima administração. O incentivo a ignorar a decisão é maior que o risco decorrente do descumprimento.

O mesmo ocorre com agentes eleitos com base em opiniões políticas

⁷⁰⁰ 300 F. Supp. 1358 (W.D.N.C.); 300 F. Supp. 1381 (W.D.N.C.); 306 F. Supp. 1291 (W.D.N.C.); 306 F. Supp. 1299 (W.D.N.C. 1969); 311 F. Supp. 265 (W.D.N.C.); 431 F.2d 138 (4th Cir. 1970); 318 F. Supp. 786 (W.D.N.C. 1970); 402 U.S. 1 (1971); 328 F. Supp. 1346 (W.D.N.C.); 453 F.2d 1377 (4th Cir. 1972); 334 F. Supp. 623 (W.D.N.C. 1971); 362 F. Supp. 1223 (W.D.N.C. 1973); 489 F.2d 966 (4th Cir. 1974); 379 F. Supp. 1102 (W.D.N.C.); 501 F.2d 383 (4th Cir. 1974); 67 F.R.D. 648 (W.D.N.C. 1975).

⁷⁰¹ *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402 U.S. 1 (1971). V. WEAVER, Russell L. The rise and decline of structural injunctions. *San Diego Law Review*, v. 41, p. 1617-1632, mar. 2004, p. 1620; BUCKHOLZ, Robert E.; COOPER, Daniel J.; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward S.; ROTENBERG, Mark B. The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 784-929, mai. 1978, p. 799.

contundentes frontalmente contrárias àquelas que fundamentam a reforma estrutural. O balanço entre benefícios e custos pode mostrar que, no curto prazo, a intransigência do agente público pode ser interpretada por sua base eleitoral como fidelidade a um programa ou ideologia. Nesse caso, o agente tende a utilizar a recalcitrância como estratégia para capitalizar votos.

Relembre-se a conduta do Governador Orval Faubus, que, entre 1957 e 1958, tentou impedir o ingresso de estudantes negros em *Little Rock* colocando-se na porta de entrada da escola, convocando reforço policial e, numa medida extrema, fechando escolas públicas. Em sua escala de valores (e na de seus eleitores), nenhum ensino público seria preferível ao ensino público racialmente integrado. Esse é um bom exemplo de resistência motivada tanto por um ódio irracional quanto por fidelidade a uma plataforma política. Incumbir sua administração de elaborar um plano de dessegregação parece pouco promissor.

Como a estratégia absenteísta depende do engajamento da instituição, ela apresenta uma vulnerabilidade: a deferência ao réu preserva sua independência administrativa ao custo do tempo. E o ônus do tempo, em litígios estruturais, é suportado pela vítima. Entre *Brown II* e *Swann*, onze anos se passaram. Nesse tempo, um estudante vai da pré-escola ao último ano do ensino médio. Para essa criança, *Brown* foi ineficaz. Seu direito à igualdade foi sacrificado em nome da autonomia da administração local.⁷⁰²

Por esse motivo, alguns autores recomendam que a deferência à administração seja reservada aos casos em que o réu demonstre desde logo uma postura cooperativa.⁷⁰³ Essa parece ser uma desconfiança injustificada. Desde que utilizada no contexto adequado, a estratégia absenteísta pode produzir bons resultados e eliminar a resistência da instituição.

Com frequência, entretanto, o absenteísmo leva a uma insuficiência: não há garantias de que o plano apresentado pela instituição atingirá as metas no prazo previsto. Assim como o juiz é incapaz de antever, num único plano compreensivo, todas as dificuldades que surgirão ao longo do processo de implementação, também a instituição pode enfrentar contingências. A despeito de o réu apresentar e cumprir o

⁷⁰² GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 614 e ss.
⁷⁰³ V. BUCKHOLZ, Robert E.; COOPER, Daniel J.; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward S.; ROTENBERG, Mark B. The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 784-929, mai. 1978, p. 800.

plano, os resultados podem ficar aquém do esperado. O parâmetro de conformidade pode não ser atingido. A persistência da situação antijurídica pode ser atribuída à insuficiência das medidas adotadas, à interferência de terceiros ou à mudança do cenário fático.

4.4. O paradoxo da conformidade, a interferência de terceiros e mudanças contextuais

Litígios estruturais lidam com problemas duplamente fluidos. Essas demandas exigem a implementação de mudanças num ambiente em constante mutação. Como a fase de cumprimento é prospectiva e diferida no tempo, ela é necessariamente imperfeita. No melhor cenário, a adequação ao direito levará tempo, tolerando violações imediatas.⁷⁰⁴ O cenário mais comum, entretanto, exige a superação de contingências. Quanto mais prolongada a fase de cumprimento, maior a probabilidade de a conjuntura fática exigir reformulação. A experiência norte-americana mostra as dificuldades mais recorrentes e os instrumentos disponíveis para sua superação.

4.4.1. O paradoxo da conformidade

Mesmo que a instituição ré apresente um plano de reforma e o cumpra no prazo, é possível que os resultados não eliminem completamente as violações ao direito. *Holt v. Hutto*⁷⁰⁵ fornece um exemplo contundente.

O caso foi uma continuação de *Holt v. Sarver*. Após a administração estadual apresentar e, em grande medida, implementar um plano para eliminação das condições consideradas cruéis no sistema penitenciário do Estado, o parâmetro de conformidade não foi atingido. Os resultados foram considerados insatisfatórios. Embora o juiz tenha reconhecido os esforços empreendidos pelo Poder Legislativo, pelos dois Governadores que haviam passado pela chefia do Executivo desde então e pelos chefes da Comissão de Correções e a visível melhora das condições gerais de encarceramento, graves problemas persistiam. Todos eles estavam nos detalhes: a despeito da construção de novas unidades, a superlotação aumentara; custodiados

⁷⁰⁴ GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 596 e ss.
⁷⁰⁵ 363 F. Supp. 194 (1973) (*Holt III*).

negros recebiam tratamento mais severo que brancos; o atendimento médico ainda era insuficiente; o tratamento odontológico quase inexistente; detentos com doenças contagiosas eram confinados juntos aos demais.⁷⁰⁶

Nesse caso, o julgador precisou considerar aspectos bem mais específicos que na decisão anterior. Se, em *Holt v. Sarver*, o foco estava na eliminação da brutalidade do sistema prisional, quatro anos depois, em *Holt v. Hutto*, passou-se a um ajuste fino. De uma decisão que confiara à administração a elaboração de um plano de adequação, passou-se a uma decisão que desceu às minúcias administrativas. Antes, o Judiciário se engajara em eliminar a crueldade no cumprimento da pena. Agora, ele teria que lidar com o processo de seleção e treinamento dos funcionários dos presídios. Antes, as demandas visavam a eliminar um sistema em que o acesso a comida e medicamentos exigia pagamento de propina. Agora, discutia-se a adequação dos serviços médico e odontológico disponibilizados à população carcerária. Antes, buscava-se erradicar o uso da tortura. Agora, a decisão discutia o procedimento adequado para a aplicação de sanção disciplinar.

Na medida em que as condições do cárcere melhoraram, o Judiciário viu-se progressivamente mais envolvido na administração do sistema, quando o esperado seria o oposto.⁷⁰⁷ A atenção judicial voltou-se aos detalhes. A cada relatório informando ao juízo as condições de encarceramento, exigia-se a reformulação de práticas mais específicas. O nível de detalhamento chegou a tal ponto que até mesmo o tipo de óleo usado na comida, a composição da comissão disciplinar e os horários de reunião foram objeto de escrutínio judicial.⁷⁰⁸

Na medida em que a precariedade global do sistema fica menos nítida, turvam-se as fronteiras entre cumprimento e descumprimento. Aquilo que, aos olhos da administração, é percebido como suficiente, pode ser visto pelo magistrado como insatisfatório. Julgador e instituição tendem a assumir posturas intransigentes. O réu, que num primeiro momento sequer contesta a antijuridicidade de sua conduta, passa a se opor veementemente àquilo que, para ele, é arbítrio judicial. O juiz, por sua vez, tende a assumir uma postura mais intrusiva, por vezes autoritária, impondo condutas cada vez mais pormenorizadas. O litígio, nessa momento, entra numa fase crítica.

⁷⁰⁶ *Holt v. Hutto*, 363 F. Supp. 194, 199-205 (1973) (*Holt III*).

⁷⁰⁷ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 68.

⁷⁰⁸ 363 F. Supp. 194, 203-204 (1973) (*Holt III*).

O paradoxo da conformidade é caracterizado por essa tensão: quanto mais próxima da conformidade está uma instituição, mais complexa e minuciosa tende a se tornar a atividade jurisdicional.⁷⁰⁹ Na tentativa de preservar sua autoridade e atingir o *standard* de conformação previamente estabelecido, o juiz adentra um campo político-administrativo. Quanto mais minuciosas suas determinações, maior a chance de encontrar resistência da instituição, despertar a oposição dos poderes eleitos e perder o apoio popular. Como evitar que o processo se encaminhe para uma queda de braço entre o Judiciário e os poderes eleitos?

4.4.2. A interferência de terceiros

A despeito da adequação do plano apresentado pela instituição e de sua implementação com boa-fé, a interferência de terceiros pode prejudicar os resultados.⁷¹⁰

O exemplo mais expressivo dessa situação aconteceu nos casos de dessegregação escolar. Na medida em que os distritos escolares eram dessegregados, avultou o movimento conhecido por “fuga branca”: famílias brancas mudaram-se de distrito ou matricularam seus filhos em escolas particulares.⁷¹¹ Por mais que as administrações locais promovessem medidas para reunir estudantes brancos e negros na mesma escola, simplesmente não havia alunos brancos suficientes para que as proporções refletissem o censo populacional.⁷¹²

O boicote branco impôs sérias dificuldades aos planos de dessegregação. Proibir uma pessoa de mudar-se de bairro ou de matricular seus filhos numa escola particular simplesmente não era uma opção às administrações locais. Em *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*⁷¹³, em 1971, a Suprema Corte havia dado amplos poderes aos juízes locais para superar o comportamento evasivo e as táticas procrastinatórias dos distritos escolares. E havia também sinalizado que a utilização

⁷⁰⁹ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 853.

⁷¹⁰ RESNIK, Judith. Managerial judges. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 2, p. 374-448, dez. 1982, p. 413.

⁷¹¹ V. *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717, 785 (1974).

⁷¹² Em 1980, estudantes brancos não chegavam a 30% do corpo discente das escolas públicas de Baltimore, Dallas, Detroit, Houston, Los Angeles, Miami, Memphis, Nova York e Philadelphia. CHEMERINSKY, Erwin. The segregation and resegregation of American public education: the Court's role. *North Carolina Law Review*, v. 81, n. 4, p. 1597-1622, mai. 2003, p. 1605.

⁷¹³ 402 U.S. 1, 16-18 (1971).

de critérios matemáticos, baseados no censo populacional, seria um bom ponto de partida para promover medidas de dessegregação.⁷¹⁴ Três anos depois, em *Milliken v. Bradley*,⁷¹⁵ esses poderes amplos encontraram um limite significativo.

O caso envolvia a dessegregação de distritos escolares em Detroit. Como em muitos outros lugares, a área urbana de Detroit era predominantemente habitada por negros e circundada por subúrbios quase que exclusivamente brancos. Os distritos escolares refletiam essa divisão geográfica. As escolas, por consequência, permaneciam em grande medida segregadas. Ao analisar o problema, o juízo de primeiro grau considerou que “as linhas que demarcam distritos escolares são traçadas exclusivamente por conveniência política e não podem ser utilizadas para negar direitos constitucionais”. E determinou a implantação de um plano de dessegregação que englobava 53 dos 85 distritos escolares da área metropolitana de Detroit.⁷¹⁶ A Suprema Corte, entretanto, reformou a decisão. Sustentando que “nenhuma tradição no ensino público possui raízes mais profundas que a administração local das escolas”⁷¹⁷ e antevendo uma série de repercussões operacionais e tributárias,⁷¹⁸ o tribunal vedou a utilização de ordens judiciais interdistritais, a menos que uma violação interdistrital fosse comprovada.⁷¹⁹ Porque a segregação era de fato, e não de direito, a atuação jurisdicional deveria se limitar às fronteiras de um único distrito escolar.

Milliken é uma decisão no mínimo questionável. Na ponderação de interesses, a Corte privilegiou a autonomia administrativa, em detrimento do direito à igualdade.⁷²⁰

⁷¹⁴ *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402 U.S. 1, 24-30 (1971).

⁷¹⁵ 418 U.S. 717 (1974).

⁷¹⁶ *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717, 732-734 (1974).

⁷¹⁷ *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717, 741 (1974).

⁷¹⁸ “Entirely apart from the logistical and other serious problems attending large-scale transportation of students, the consolidation would give rise to an array of other problems in financing and operating this new school system. Some of the more obvious questions would be: What would be the status and authority of the present popularly elected school boards? Would the children of Detroit be within the jurisdiction and operating control of a school board elected by the parents and residents of other districts? What board or boards would levy taxes for school operations in these 54 districts constituting the consolidated metropolitan area? What provisions could be made for assuring substantial equality in tax levies among the 54 districts, if this were deemed requisite? What provisions would be made for financing? Would the validity of long-term bonds be jeopardized unless approved by all of the component districts as well as the State? What body would determine that portion of the curricula now left to the discretion of local school boards? Who would establish attendance zones, purchase school equipment, locate and construct new schools, and indeed attend to all the myriad day-to-day decisions that are necessary to school operations affecting potentially more than three-quarters of a million pupils?” *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717, 743 (1974).

⁷¹⁹ *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717, 745 (1974).

⁷²⁰ Em voto divergente, Thurgood Marshall escreveu as palavras que abrem este trabalho: “we deal here with the right of all children, whatever their race, to an equal start in life and to an equal opportunity to reach their full

É inegável que a redefinição de distritos escolares geraria repercussões complexas. Mas, pelo menos uma década antes, a Corte havia decidido os *apportionment cases*,⁷²¹ nos quais autorizara a redefinição de distritos eleitorais. É difícil compatibilizar uma *ratio* com a outra. De todo modo, a doutrina estadunidense é menos generosa com esse precedente. Há quem o chame simplesmente de “errado”.⁷²² E há quem o defina como “devastador”.⁷²³ A adjetivação é irrelevante. Na prática, a decisão da Suprema Corte vedou o remédio mais óbvio contra a fuga branca: a utilização de medidas interdistritais.

Despidos da possibilidade de realocar estudantes entre distritos escolares diferentes, juízes testaram soluções cada vez mais intrusivas. Em *Jenkins v. Missouri*,⁷²⁴ por exemplo, o juiz engajou-se na melhoria da qualidade de ensino do distrito de Kansas City, situado na área urbana e majoritariamente negro. O distrito escolar não apenas mostrou-se cooperativo, como, de modo incomum, ajuizou a ação em nome de seus alunos. Ainda assim, a fuga branca frustrou a expectativa de resultados expressivos.

Numa controversa decisão, o magistrado determinou (a) que o distrito atingisse o primeiro estrato no *ranking* estadual de escolas; (b) que o número de alunos por turma fosse reduzido; (c) oferecimento de cursos durante as férias escolares; (d) disponibilização de pré-escola em período integral; (e) oferecimento de tutoria no contraturno; (f) treinamento de professores e colaboradores; (g) aumento de salários dos professores, com o intuito de atrair os melhores profissionais, dentre outras providências.⁷²⁵ Para custear essas medidas, o juízo ordenou ao Estado repasses orçamentários anuais às escolas daquele distrito e impôs um aumento de tributos⁷²⁶. O objetivo declarado da decisão era transformar esse distrito escolar num polo educacional, tornando-o atraente e incentivando o retorno de estudantes brancos que haviam migrado para os subúrbios ou para escolas privadas.

potential as citizens. Those children who have been denied that right in the past deserve better than to see fences thrown up to deny them that right in the future”. *Miliken v. Bradley*, 418 U.S. 717, 783 (1974).

⁷²¹ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

⁷²² GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 596 e ss.

⁷²³ CHEMERINSKY, Erwin. The segregation and resegregation of American public education: the Court’s role. *North Carolina Law Review*, v. 81, n. 4, p. 1597-1622, mai. 2003, p. 1607.

⁷²⁴ 639 F. Supp. 19 (W.D. Mo. 1985).

⁷²⁵ *Jenkins v. State of Mo.*, 639 F. Supp. 19 (W.D. Mo. 1985).

⁷²⁶ *Missouri v. Jenkins*, 495 U.S. 33, 37-42 (1990) (*Jenkins II*). No Brasil, medida semelhante encontraria óbice de difícil transposição no princípio tributário da reserva de lei (artigo 146, III, da Constituição).

A Suprema Corte reformou a decisão. Embora não tenha declarado inconstitucional o aumento de tributos imposto judicialmente, o tribunal afirmou existir meio menos restritivo: em vez de aumentar tributos diretamente, o juízo poderia ter afastado o teto definido por lei local e autorizado o aumento. Assim, o governo local, democraticamente legitimado, poderia escolher entre essa opção ou a relocação de verbas orçamentárias.⁷²⁷ Quanto à estratégia de dessegregação, em si, a Corte foi mais enfática: “as ordens impugnadas extrapolam a autoridade jurisdicional”.⁷²⁸ Em vez de tentar fazer por via indireta o que não podia determinar diretamente (a transferência de estudantes entre distritos), o juízo de primeiro grau deveria ter se concentrado em “eliminar, na maior medida possível, os vestígios de segregação *de jure* passada”. Porque o meio eleito pelo juízo resultava em “muitos imponderáveis” e estava “muito distante da tarefa de eliminar a identificabilidade racial” das escolas daquele distrito, o plano foi rejeitado.⁷²⁹

Tanto *Holt* quanto *Jenkins* expõem a tendência judicial de utilizar um perfil diretivo, assumindo a condução da causa, quando o magistrado se depara com um plano de reforma frustrado. No caso de reforma prisional, a frustração decorreu do paradoxo da conformidade. No caso de dessegregação escolar, da interferência de terceiros: a fuga branca limitou significativamente o sucesso da reforma estrutural. *Miliken*, por sua vez, deixou o Judiciário sem instrumentos capazes de remediar o problema. Os mecanismos mais intuitivos, de manipulação dos custos e benefícios do sistema, dependeriam da atuação dos poderes eleitos. Criar benefícios no sistema público aumentando a atratividade das escolas majoritariamente negras, como se tentou em *Jenkins*, extrapolaria a função jurisdicional. Impor custos ao ensino privado – por exemplo, reservando cotas para estudantes negros, de modo que a migração de escolas públicas para particulares com intuito de manter-se segregado não fosse uma opção viável –, igualmente invadiria atribuição dos poderes eleitos.⁷³⁰ Por mais que o juiz tenha ampla liberdade para eleger os critérios extrajurídicos que compatibilizarão a instituição ao direito, suas determinações não podem violar o

⁷²⁷ *Missouri v. Jenkins*, 495 U.S. 33, 50-51 (1990) (*Jenkins II*)

⁷²⁸ *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70, 71 (1995) (*Jenkins III*).

⁷²⁹ *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70, 71-72 (1995) (*Jenkins III*).

⁷³⁰ No contexto norte-americano, além de afrontar a autonomia privada, essa medida violaria também precedente da Suprema Corte. V. *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003); *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

direito.

Como responder às contingências geradas por terceiros à relação jurídica processual sem exorbitar os limites da função jurisdicional?

4.4.3. As mudanças contextuais

A terceira e mais recorrente dificuldade imposta ao absentéismo como estratégia de cumprimento é a mudança do contexto fático. Como a fase de implementação é diferida no tempo, mudanças contextuais podem exigir a readequação do plano original. Mudanças de governo, mudanças legislativas, superação de precedentes, desenvolvimento de novas tecnologias

A situação é corriqueira e não se restringe aos litígios estruturais. A regra 60(b)(5) das *Federal Rules of Civil Procedure* prevê, por exemplo, que uma ordem mandamental ou executiva pode ser alterada quando a perspectiva de sua aplicação não for recomendável.⁷³¹

Os primeiros casos em que essa norma foi aplicada envolviam comportamento anticoncorrencial, não litígios estruturais.⁷³² Mas é em processos estruturais que a necessidade de revisão da ordem se faz mais presente. Medidas estruturais são marcadas pela flexibilidade e durabilidade. Uma vez emitida a ordem, sua revisão será certamente necessária, seja por inefetividade, seja por ter se tornado excessivamente onerosa ao réu.⁷³³ Não por acaso, a interpretação da cláusula aberta constante da regra 60(b)(5) foi estabelecida em demandas estruturais.

O precedente que estabeleceu as bases para aplicação dessa norma é *Rufo v. Inmates of Suffolk County Jail*,⁷³⁴ uma ação para reforma penitenciária. Nesse caso, as partes haviam firmado acordo por meio do qual o Estado se comprometia a construir uma nova prisão, com celas individuais. O juízo, então, determinou o cumprimento do acordo. Enquanto verbas eram providenciadas e as obras eram iniciadas, percebeu-se que a nova unidade já seria inaugurada próxima da

⁷³¹ Regra 23(b)(5): “(...) the court may relieve a party or its legal representative from a final judgment, order, or proceeding for the following reasons: (...) the judgment has been satisfied, released, or discharged; (...) or applying it prospectively is no longer equitable”.

⁷³² KELLEY, Mark. Saving 60(b)(5): the future of institutional reform litigation. *Yale Law Journal*, v. 125, n. 1, p. 272-312, out. 2015, p. 278.

⁷³³ PARKIN, Jason. Aging injunctions and the legacy of institutional reform litigation. *Vanderbilt Law Review*, v. 70, n. 1, p. 167-220, jan. 2017, p. 180-182.

⁷³⁴ 502 U.S. 367 (1992).

superlotação. O Estado requereu, então, autorização para abrigar dois detentos em cada cela. A Suprema Corte autorizou a medida. E declarou a possibilidade de revisão da ordem sempre que seu cumprimento fosse excessivamente oneroso a uma das partes em razão de obstáculos imprevistos, ou quando seu cumprimento fosse contrário ao interesse público. O tribunal decidiu ainda que uma ordem deveria ser revista sempre que mudanças legislativas ou jurisprudenciais tornassem válidas as condições que a ordem visava a eliminar.⁷³⁵

Mais recentemente, essa exegese foi ajustada. Em *Horne v. Flores*,⁷³⁶ decidiu-se que não apenas mudanças fáticas e jurídicas poderiam ensejar a revisão da ordem, mas também novas perspectivas quanto a possíveis linhas de conduta.⁷³⁷

No caso, exigia-se que o Estado do Arizona cumprisse lei federal⁷³⁸ que determinava aos governos locais a adoção das “providências necessárias para superação de barreiras linguísticas”.⁷³⁹ Os autores, um grupo de crianças não anglófonas e seus pais, ajuizaram uma *class action* alegando que a verba destinada aos estudantes de inglês como segunda língua era insuficiente e arbitrária. O juiz julgou procedente o pedido e determinou aumento da verba destinada ao programa. Nos anos seguintes, diante da inércia dos poderes locais, diversas outras *injunctions* foram expedidas. Nenhuma delas foi objeto de recurso.

Depois de acumular mais de 20 milhões de dólares em multas por descumprimento, seis anos após a decisão, o Legislativo finalmente aprovou aumento da verba e significativas mudanças no programa. Em consequência, o Estado requereu a declaração de conformidade ao *standard*. Subsidiariamente, requereu a revisão da ordem em razão de as circunstâncias fáticas e jurídicas terem se alterado significativamente. As instâncias ordinárias consideraram as mudanças insuficientes. A Suprema Corte, todavia, cassou a decisão. De acordo com o entendimento majoritário, os juízos inferiores teriam deixado de levar em consideração, dentre outros fatores, mudanças significativas na metodologia de ensino de crianças

⁷³⁵ *Rufo v. Inmates of Suffolk County Jail*, 502 U.S. 367, 368-369 (1992).

⁷³⁶ 557 U.S. 433 (2009).

⁷³⁷ Nos termos da decisão, “[r]ule 60(b)(5) serves a particularly important function in what we have termed ‘institutional reform litigation’. For one thing, injunctions issued in such cases often remain in force for many years, and the passage of time frequently brings about changed circumstances—changes in the nature of the underlying problem, changes in governing law or its interpretation by the courts, and new policy insights—that warrant reexamination of the original judgment”. *Horne v. Flores*, 557 U.S. 433, 447–448 (2009).

⁷³⁸ Equal Educational Opportunities Act, de 1974 (EEOA).

⁷³⁹ 20 U.S.C. § 1703(f).

estrangeiras. Durante a fase de cumprimento, o Estado abandonou o método bilíngue, em que a criança aprende o conteúdo programático em sua língua materna e tem aulas adicionais de inglês como segunda língua, e adotou o método de “imersão estruturada”, em que o conteúdo programático é apresentado num inglês mais básico, próprio para crianças em fase de formação do vocabulário. Os resultados dessa mudança, aparentemente positivos, não foram aferidos pelos juízos de primeiro e segundo grau.⁷⁴⁰

Horne foi recebido de maneira desencontrada pelo Judiciário norte-americano. Do modo como a decisão foi redigida, não fica claro o que seriam essas alternativas a serem consideradas pelos juízes para adequação ou encerramento da reforma estrutural.⁷⁴¹ Novas tecnologias, por exemplo, poderiam facilitar o cumprimento e justificar a revisão ou retirada de uma injunção. Uma ordem determinando que policiais preencham relatórios diários descrevendo toda abordagem pode ser substituída pela instalação de câmeras em viaturas policiais. Essa não seria uma alternativa nos anos 1980, tanto por razões econômicas quanto por razões operacionais. Trinta anos depois, os custos de implantação da nova tecnologia podem ser compensados pelo ganho de produtividade. A substituição de um meio de prova escrito facilmente manipulável por um meio de prova documental robusto (vídeo) parece se enquadrar no conceito de conduta alternativa desenvolvido pela Suprema Corte em *Horne*. Mas a decisão também abre espaço para que a instituição ré lance mão de melhorias efêmeras, como um aumento episódico do orçamento ou o acréscimo momentâneo de funcionários, para justificar a dissolução de uma *injunction*.⁷⁴²

O que fica claro é que modificações contextuais devem ser consideradas pelo juízo, mesmo após a apresentação de um plano de ação e de seu aparente cumprimento. Se modificações fáticas, jurídicas ou o surgimento de alternativas tornarem insatisfatório o plano inicial, deve-se modificar o plano. O desafio é compatibilizar a necessidade de modificação sem risco de autoritarismo judicial.

⁷⁴⁰ *Horne v. Flores*, 557 U.S. 433, 459-461 (2009).

⁷⁴¹ Para uma extensa lista de casos aplicando *Horne* contraditoriamente e para uma tentativa de limitá-lo a casos em que haja indícios de conluio entre as partes, v. KELLEY, Mark. Saving 60(b)(5): the future of institutional reform litigation. *Yale Law Journal*, v. 125, n. 1, p. 272-312, out. 2015.

⁷⁴² V. KELLEY, Mark. Saving 60(b)(5): the future of institutional reform litigation. *Yale Law Journal*, v. 125, n. 1, p. 272-312, out. 2015; PARKIN, Jason. Aging injunctions and the legacy of institutional reform litigation. *Vanderbilt Law Review*, v. 70, n. 1, p. 167-220, jan. 2017.

4.5. A estratégia mediadora

As dificuldades levantadas pelo paradoxo da conformidade, pela interferência de terceiros e pelas mudanças contextuais decorrem de uma razão comum: em regra, ao se deparar com o insucesso do plano inicial, juízes tendem a assumir uma postura diretiva, detalhista e intransigente. O não atingimento do *standard* de conformidade tende a ser interpretado pelo magistrado como uma afronta à sua autoridade.

A praxe estadunidense mostra que, nessas circunstâncias, assim como diante de um réu recalitrante, uma abordagem consensualista costuma ser mais eficaz que a intrusão direta. O consenso pode ser obtido por meio de duas estratégias: a mediadora ou a catalisadora.⁷⁴³

Ambas as técnicas visam à definição consensual dos meios de cumprimento. Por isso, são fundadas no mesmo conjunto de incentivos: para o grupo autor, pode ser melhor abrir mão de uma situação jurídica ideal, mas potencialmente inatingível, e concordar com a reforma possível. Para a instituição ré, pode ser melhor apresentar um plano viável e aproveitar os benefícios de curto prazo à sua imagem pública, do que perder a oportunidade de participar da eleição dos meios e ser vista pela população como violadora contumaz e intransigente de direitos.⁷⁴⁴ Para ambos, uma solução consensual reduz significativamente a imprevisibilidade de uma decisão judicial. Em última análise, o risco de uma decisão judicial insatisfatória redistribui o poder de barganha e incentiva a instituição a ceder.⁷⁴⁵

Há, todavia, uma diferença essencial entre as duas estratégias. A mediadora é focada nos resultados. Já a catalisadora enfatiza o procedimento.⁷⁴⁶ A primeira delega às partes a tarefa de atingir um consenso, reduzindo a quantidade de atos processuais formais e dinamizando o contraditório. Já a segunda amplia o contraditório e utiliza o processo como instrumento de *brainstorming*.

⁷⁴³ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 854-859.

⁷⁴⁴ O argumento é válido tanto para réus privados quanto para instituições públicas. V. SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1077.

⁷⁴⁵ DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979, p. 65-66.

⁷⁴⁶ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 854, nota 222.

A estratégia mediadora consiste, segundo a classificação de Susan Sturm, em estimular as partes, precipuamente por meio de seus advogados, a solucionar e ressolucionar o conflito, até que se atinja o ponto ótimo e o consenso seja obtido. Para chegar a esse resultado, o juiz costumeiramente exerce pressão sobre os advogados, convocando reuniões, determinando a apresentação de propostas, exigindo moderação de expectativas e temporização. O diálogo processual se dá principalmente por meio dos advogados para evitar que as partes entrem novamente em conflito e a tensão entre elas seja exacerbada. Essa estratégia rejeita inclusive a fiscalização judicial do cumprimento, pois a técnica tende a polarizar novamente as partes.⁷⁴⁷

No contexto norte-americano, juízes tendem a priorizar o uso da estratégia mediadora.⁷⁴⁸ Em tese, ao “delegar” aos advogados das partes a tarefa de apresentar ao juízo um plano de reestruturação, facilita-se uma equalização de expectativas. Sem o componente emocional que põe autor e réu em antagonismo, seus advogados seriam, teoricamente, capazes de analisar friamente os custos e benefícios de cada solução, participar de diversas rodadas de negociação, transigir e chegar a um consenso, que refletiria a solução ótima.

Sobretudo, o Judiciário tem uma forte motivação para adotar essa estratégia. Litígios estruturais consomem muito tempo e recursos judiciais. A elaboração do plano de reforma é apenas uma parte do problema. As tarefas que mais exigem atenção, durante o cumprimento, são o acompanhamento da implementação e as sucessivas adaptações do plano a contingências. Quanto menor a necessidade de intervenção judicial, melhor para todos, inclusive para o Judiciário.⁷⁴⁹

Ainda que a estratégia mediadora tenha obtido a preferência dos magistrados norte-americanos, a ponto de alguns utilizarem meios coercitivos para impulsionar um acordo,⁷⁵⁰ a tática de confiar aos advogados das partes a apresentação de um plano consensual apresenta limitações bastante relevantes.

⁷⁴⁷ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 854-856.

⁷⁴⁸ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 854, nota 222; DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979, p. 65-78.

⁷⁴⁹ SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 6, p. 1994-2036, mai. 1999, p. 2012.

⁷⁵⁰ V. Collins v. Schoonfield, 344 F. Supp. 257, 285 (D. Md. 1972).

Em primeiro lugar, medidas negociadas por profissionais do direito são recepcionadas pela instituição como normas impostas por agentes externos, não familiarizados com o contexto institucional. Frequentemente, essa percepção é verdadeira. Os termos do acordo, em geral, são mais direcionados a evitar responsabilidade futura do que a prever meios efetivos para atingimento da conformidade. Enquanto os advogados do autor tendem a propor medidas de fácil fiscalização, os advogados do réu tendem a minimizar os impactos jurídicos da reforma. Ambos os lados costumam adotar posições iniciais extremadas, com o intuito de aumentar seu poder de barganha. O atingimento do equilíbrio leva tempo e nem sempre o resultado é satisfatório. Advogados têm pouca experiência com a implementação de políticas e pouca capacidade de antever problemas administrativos.⁷⁵¹ Repetir esse procedimento desgastante a cada necessidade de modificação pode ser contraproducente.

Em segundo lugar, a mobilização do nível operacional da instituição também é mais difícil. Como as vítimas e os operadores da instituição são afastados da formulação do plano, é comum que eles enxerguem as novas diretrizes como um simples pedaço de papel.⁷⁵² Mudanças no nível estratégico podem não resultar em efetiva mudança de rotinas e procedimentos.

Em terceiro lugar, é preciso fiscalizar a possibilidade de conluio entre as partes. Embora litígios estruturais possam ser dirigidos contra entidades privadas, é mais comum que eles sejam endereçados contra instituições públicas. E instituições públicas, em regra, não seguem a lógica de mercado. Elas não obtêm recursos vendendo bens ou serviços, mas participando de uma competição política pela destinação de verbas orçamentárias. Uma instituição receberá mais recursos conforme sua relevância social, importância econômica, habilidade política, capacidade de convencimento, essencialidade, dentre outros fatores. Em regra, instituições que funcionam aquém do mínimo juridicamente exigível também recebem

⁷⁵¹ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 876, nota 317.

⁷⁵² V. *Mills v. Board of Education*, 348 F. Supp. 866 (D.D.C. 1972); *Collins v. Schoonfield*, 355 F. Supp. 257 (D. Md. 1972); Note, Implementation problems in institutional reform litigation. *Harvard Law Review*, v. 91, n. 2, p. 428-463, dez. 1977, p. 439-440; STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 876, nota 316.

verba aquém de sua necessidade.⁷⁵³

A demanda estrutural pode ser vista pelo administrador como uma oportunidade de vincular o processo político de destinação de recursos orçamentários. Nesse caso, seria interessante para ele perder a demanda, de modo a obter uma decisão estrutural que imponha determinadas obrigações e vincule sujeitos ausentes, como o legislador ou administrações futuras.⁷⁵⁴

Esse quadro geral nem sempre é verdadeiro. Três fatores parecem ser determinantes para o sucesso da estratégia mediadora: (a) o engajamento e experiência dos procuradores; (b) a liderança do juiz; e (c) os termos do acordo.

O primeiro fator é derivado da atuação de grandes organizações, como a *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) e a *National Prison Project* (NPP). Ambas as associações têm robusto histórico de defesa dos direitos de minorias e de profundo envolvimento com suas causas. Os advogados que representaram essas organizações em juízo eram, em geral, envolvidos com as respectivas comunidades e conheciam as potenciais armadilhas da fase de implementação.⁷⁵⁵

O segundo fator é observado na capacidade do juiz de estimular a solução e resolução do conflito; na quantidade e qualidade de atenção dedicada à construção de um consenso; e até na punição a condutas intransigentes. A postura mediadora não pode se converter numa postura dispositiva. A participação do juiz também pode ser decisiva para a definição de um *standard* de cumprimento tangível, de modo a evitar a discussão quanto ao cumprimento suficiente ou insuficiente.⁷⁵⁶

O terceiro fator resulta dos dois primeiros. Acordos bem-sucedidos geralmente contém normas exigindo um processo deliberativo quando a necessidade de ajustes aparecer; normas estabelecendo sanções automáticas em caso de descumprimento;

⁷⁵³ DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979, p. 54-55.

⁷⁵⁴ KELLEY, Mark. Saving 60(b)(5): the future of institutional reform litigation. *Yale Law Journal*, v. 125, n. 1, p. 272-312, out. 2015, p. 282-283; PARKIN, Jason. Aging injunctions and the legacy of institutional reform litigation. *Vanderbilt Law Review*, v. 70, n. 1, p. 167-220, jan. 2017, p. 184. A preocupação com a possibilidade de conluio entre autor e réu em demandas estruturais transparece em *Horne. V. Horne v. Flores*, 557 U.S. 433 (2009); *Frew v. Hawkins*, 540 U. S. 431, 441 (2004); *Northwest Environment Advocates v. EPA*, 340 F. 3d 853, 855 (CA9 2003); *Ragsdale v. Turnock*, 941 F. 2d 501, 517 (CA7 1991).

⁷⁵⁵ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 877, nota 319.

⁷⁵⁶ ANDERSON, Lloyd C. Implementation of consent decrees in structural reform litigation. *University of Illinois Law Review*, v. 1986, n. 3, p. 725-778, jan. 1986, p. 765.

normas prevendo mecanismos de monitoramento objetivos. Num caso envolvendo reforma prisional, por exemplo, o acordo previu que a implementação seria acompanhada por um colegiado formado por *experts* indicados pelo grupo autor, *experts* externos e membros da Secretaria de Segurança do Estado.⁷⁵⁷

Os acordos envolvendo as redes Denny's,⁷⁵⁸ Texaco⁷⁵⁹ e Coca Cola⁷⁶⁰ também podem ser enquadrados na estratégia mediadora. Embora eles tenham sido firmados ainda na fase de conhecimento, todos continham cláusulas claras estipulando medidas de implementação baseadas em processos deliberativos amplos e mecanismos de monitoramento externos à corporação.

Outro caso bem-sucedido diz respeito à construção de duas escolas de ensino médio em área de reserva indígena. Embora o caso não pareça estrutural à primeira vista, a necessidade de rearranjar normas ambientais, redirecionar destinações orçamentárias e realocar professores aumentou sobremaneira a complexidade da causa. Após a construção da primeira escola, o dinheiro destinado às obras acabou. Não sobraram verbas para a segunda. As autorizações ambientais necessárias ao início das obras também demoraram. Esses imprevistos atrasaram o cumprimento da medida. A despeito do potencial para desacordo, as partes não precisaram ir a juízo exigir a readequação do plano em nenhum momento. Os fatores decisivos para que os advogados solucionassem as contingências foram a postura cooperativa de ambos os lados; um *standard* de conformidade concreto; a desnecessidade de mobilização de diferentes níveis administrativos; e uma cláusula que exigia que as partes tentassem negociar soluções para o cumprimento antes de peticionar ao juízo.⁷⁶¹

A despeito de suas evidentes fragilidades, a estratégia mediadora pode ser eficaz no contexto em que as partes detêm profundo conhecimento técnico, demonstram postura cooperativa, e os advogados possuem um histórico de defesa do direito deduzido. Nesse contexto, ela pode ser uma interessante resposta ao paradoxo da conformidade e às mudanças contextuais. Mas dificilmente resolverá problemas decorrentes da interferência de terceiros ou estimulará uma mudança na

⁷⁵⁷ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 877, nota 320.

⁷⁵⁸ *Ridgeway v. Flagstar Corp.*, 1994 WL 525553 (N.D. Cal. 1994).

⁷⁵⁹ *Roberts v. Texaco, Inc.*, 979 F. Supp. 185, 189-92 (S.D.N.Y. 1997).

⁷⁶⁰ *Abdallah v. Coca-Cola Co.*, 133 F. Supp., 2d 1364 (N.D. Ga. 2001).

⁷⁶¹ ANDERSON, Lloyd C. Implementation of consent decrees in structural reform litigation. *University of Illinois Law Review*, v. 1986, n. 3, p. 725-778, jan. 1986, p. 764.

postura intransigente de um réu irracional ou indiferente ao risco.

4.6. A estratégia catalisadora

Já a estratégia catalisadora estimula as partes e terceiros a criarem soluções num processo deliberativo. As medidas necessárias à adequação institucional não são fixadas pelo juízo e nem pelo réu, unilateralmente. São, sim, discutidas por ambos os polos e demais interessados e, posteriormente, selecionadas pelo juízo e impostas com o auxílio dos métodos de coerção disponíveis. A forma de fiscalização do cumprimento também é prevista no acordo e geralmente é atribuída ao autor ou a terceiros. Em caso de descumprimento, o magistrado não toma para si a tarefa de implementação. Ele utiliza de técnicas de indução capazes de vencer a recalcitrância do demandado. Em outras palavras, o juízo prefere as técnicas de coerção às técnicas de sub-rogação.⁷⁶²

A estratégia catalisadora, porque focada no procedimento, não reduz a participação do juiz na fase de implementação. Ao contrário. Ela transforma a fase de cumprimento numa extensão da fase de cognição.

Em essência, a abordagem catalisadora estende a oportunidade de participação a todos os atores cuja atuação possa determinar o sucesso ou insucesso da reforma estrutural. Esses agentes podem contribuir para a identificação das causas do conflito e para apresentação de alternativas para resolução do problema. Dessa maneira, forma-se um extenso e aprofundado arcabouço cognitivo, que permite ao juiz selecionar as medidas a serem implementadas a seguir.⁷⁶³

Frequentemente, a estratégia catalisadora exige que o juiz decomponha a estrutura subjetiva do processo. A instituição ré, por exemplo, costuma ser representada em juízo por um administrador integrante do alto escalão.⁷⁶⁴ Mas a visão dos administradores (nível estratégico) da instituição pode diferir da visão dos

⁷⁶² STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 856-857.

⁷⁶³ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 856-857.

⁷⁶⁴ Essa é uma peculiaridade do direito norte-americano que decorre da imunidade de Estado, discutida anteriormente. No Brasil, as partes seriam, em regra, o grupo autor e uma entidade da administração pública, direta ou indireta, representada em juízo por sua procuradoria. A despeito dessa diferença, o problema de supressão de interesses divergentes permanece.

funcionários (nível operacional), que pode conflitar com a visão gerencial da chefia do Poder Executivo, que, por sua vez, pode divergir da visão política do Poder Legislativo. A estrutura subjetiva do processo suprime essa multiplicidade de interesses ao unificar a representação do réu num único órgão. A estratégia catalisadora quebra essa unidade e permite que os conflitos internos venham à tona.⁷⁶⁵ Esse procedimento facilita a visualização dos gargalos e pontos fracos na implementação da reforma. Por consequência, estimula o engajamento dos diferentes níveis hierárquicos e dos diferentes atores políticos na implementação

Em litígios para reforma prisional, por exemplo, não somente as partes podem apresentar suas propostas de plano, mas também agentes penitenciários, *experts* convidados pelo juízo, representantes do Executivo e do Legislativo. Essa multiplicidade de pontos de vista permite a reunião de uma ampla gama de informações relevantes. Os planos apresentados pelas partes podem ser comparados com a visão pragmática dos agentes penitenciários, com o conhecimento técnico-científico de estudiosos, com a ordem de prioridades estabelecida pelo Executivo e com a destinação de recursos aprovada pelo Legislativo.

Mais do que permitir a coleta de diversas opiniões fundamentadas sobre a forma de tutela, a estratégia catalisadora permite analisar o problema a partir de diferentes pontos de vista. O administrador de um presídio não controla o tamanho da população carcerária, nem a quantidade de recursos que a instituição receberá. No máximo, ele decide como gastar os recursos que lhes foram disponibilizados. A expansão ou retração do número de detentos depende de fatores diretos, como uma política legislativa de lei e ordem, ou uma política judiciária de banalização da prisão preventiva, assim como de fatores indiretos, como empregabilidade e aquecimento econômico. Ao incluir outros agentes públicos na discussão da forma de tutela, abrem-se perspectivas de solução para além das medidas óbvias – neste caso, construção de novas celas ou de novos complexos prisionais. O processo permite um diagnóstico coordenado e uma atuação sistêmica que inexistem no dia-a-dia institucional.⁷⁶⁶

Em litígios para dessegregação de escolas, pais e membros da comunidade escolar podem ter a oportunidade de se manifestar, dada sua capacidade de frustrar

⁷⁶⁵ V. DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979, p. 87.

⁷⁶⁶ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 840-842.

os esforços de equalização. Em litígios para reforma de instituições psiquiátricas, sindicatos podem ter sua opinião considerada, dado o risco de fechamento de hospitais impactar o emprego dos sindicalizados.⁷⁶⁷

A praxe norte-americana mostra dois possíveis caminhos para a manifestação desses terceiros no processo: ou eles são convidados pelo juízo a manifestar-se por escrito, na condição de *amici curiae*; ou o juízo convoca audiências públicas, nas quais eles poderiam manifestar-se oralmente. Não há regra geral quanto à extensão de sua participação. Em alguns casos, sua intervenção limita-se a apontar falhas nos planos de implementação submetidos pelas partes e a sugerir alternativas. Em outros casos, esses terceiros apresentam seus próprios planos de implementação para consideração do juízo.⁷⁶⁸

Essa estratégia faz bom proveito da estrutura adversarial do processo. Em vez de estimular a cooperação entre as partes, a abordagem catalisadora estimula a competição entre os diversos sujeitos processuais. Em alguns casos, autor e réu são intimados para, em prazo comum, apresentar seus planos de implementação. Em outros casos, o réu é intimado para apresentar uma proposta e, o autor, para manifestar-se sobre o plano do oponente. A seguir, ambas as propostas são submetidas à apreciação crítica de *experts* e terceiros interessados. Por fim, as partes podem ser intimadas a considerar as críticas e a readequar seu plano. O juiz, todavia, não tem qualquer vinculação para com as propostas das partes. Ele pode selecionar, fundamentadamente, medidas específicas, constantes de cada uma das propostas, e determinar sua implementação. Daí por que, na estratégia catalisadora, não se pode falar numa solução elaborada pelas partes ou pelo juiz. Trata-se, na verdade, de uma solução *selecionada* pelo magistrado.⁷⁶⁹

A estratégia catalisadora tem vantagens evidentes frente à absenteísta e à mediadora. Ela independe da cooperação do réu ao fazer de sua participação um ônus, não um dever; possibilita ao juiz a escolha de uma medida informada ao

⁷⁶⁷ Notes, Implementation problems in institutional reform litigation. *Harvard Law Review*, v. 91, n. 2, p. 428-463, dez. 1977, p. 439-440, 433-434.

⁷⁶⁸ BUCKHOLZ, Robert E.; COOPER, Daniel J.; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward S.; ROTENBERG, Mark B. The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 784-929, mai. 1978, p. 802-804.

⁷⁶⁹ BUCKHOLZ, Robert E.; COOPER, Daniel J.; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward S.; ROTENBERG, Mark B. The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 784-929, mai. 1978, p. 802-803.

transformar a fase de cumprimento num processo deliberativo; reduz a potencialidade de resistência de terceiros ao incluí-los na formulação de uma proposta; permite a construção de soluções sistêmicas, ao incluir *experts* e agentes políticos na estrutura subjetiva do processo.⁷⁷⁰ Trata-se, portanto, de uma estratégia capaz de superar a resistência de réu, a oposição de terceiro e o paradoxo da conformidade. Ela insere racionalidade na decisão a partir da deliberação coletiva.

Em última análise, a estratégia catalisadora emula o método indicado por Polanyi para resolver problemas policêntricos. Ela cria, na fase de cumprimento, uma espécie de livre mercado de ideias. O plano apresentado por A sofrerá a crítica de B, que apresentará alternativas, que serão criticadas por C, e assim sucessivamente. Ao cabo, as soluções serão selecionadas por um terceiro imparcial e implementadas na prática. E, serão, então, reavaliadas por A, B e C e modificadas por esse terceiro. Essa abordagem é a mais próxima daquilo que Lon Fuller sugeriu: problemas policêntricos exigem que os subproblemas sejam resolvidos continuamente até que se encontre o ponto ótimo.

Mas, assim como as vantagens da estratégia catalisadora são notórias, suas desvantagens são de fácil percepção. A rigor, ela transforma a fase de cumprimento num novo procedimento cognitivo. Isso reforça a tese de litígios estruturais são marcados pelo policentrismo extrajurídico. A complexidade da forma de tutela pode ser tão grande que exija a postergação do início do cumprimento em anos.

Na jurisprudência da Suprema Corte, encontram-se inúmeros exemplos de decisões que toleraram o atraso na implementação de mudanças estruturais.⁷⁷¹ Em *New Jersey v. City of New York*,⁷⁷² a Corte admitiu um prazo de quatro anos até que fossem construídos incineradores e financiadas soluções alternativas para destinação adequada de lixo; em *Georgia v. Tennessee Copper Co.*,⁷⁷³ nove anos se passaram entre a decisão que considerou ilegal a emissão de gases tóxicos e a implementação de medidas para reduzir a poluição; em *Pugh v. Locke*,⁷⁷⁴ concedeu-se o prazo de 22 meses para que as prisões do Alabama atingissem os requisitos mínimos impostos

⁷⁷⁰ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 878-879.

⁷⁷¹ Os exemplos a seguir foram coletados por GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 614, nota 77.

⁷⁷² 283 U.S. 473, 483 (1931).

⁷⁷³ 206 U.S. 230, 239 (1907) (*Gaseous Nuisance Cases*).

⁷⁷⁴ 406 F. Supp. 318, 335 (M.D. Ala. 1976).

pela vigilância sanitária; em *Costello v. Wainwright*,⁷⁷⁵ fixou-se o prazo de um ano para que a Flórida reduzisse os índices de superlotação carcerária; em *Reserve Mining Co. v. EPA*,⁷⁷⁶ permitiu-se que a empresa ré continuasse despejando rejeitos de mineração por “tempo razoável”, até que uma solução alternativa fosse encontrada.

Por um lado, esse atraso pode ser justificável. O tempo dedicado à formulação da tutela pode ser compensado por uma implementação mais rápida.⁷⁷⁷ Por outro lado, a manutenção de situações intoleráveis, como práticas de tortura e políticas racistas, pode exigir tutela imediata, fundada simplesmente na autoridade do juiz.⁷⁷⁸ Problemas de curto prazo não são adequados à resolução por meio da estratégia catalisadora. Daí porque ela não consegue fornecer respostas rápidas a mudanças contextuais contínuas.

Hoje, especificamente em litígios para reforma prisional, tamanha delonga sequer seria juridicamente possível. Em 1996, o Congresso aprovou lei (*Prison Litigation Reform Act – PLRA*) que limita a dois anos⁷⁷⁹ o tempo de duração de uma ordem judicial em processos para reforma prisional.⁷⁸⁰ A estratégia catalisadora, nesse contexto, seria visivelmente inadequada ante à limitação temporal.

Outra dificuldade imposta por essa estratégia é a gestão de inúmeros pedidos de intervenção. A abertura do processo à participação da comunidade afetada exige do juiz um esforço adicional para manter o foco do litígio. Mas o grande número de interessados não inviabiliza essa abordagem. Tampouco é uma exclusividade de demandas estruturais. Ações de controle de constitucionalidade despertam a mesma complexidade. Em *Regents of the University of California v. Bakke*, uma ação em que se discutia a constitucionalidade de cotas raciais, 115 organizações apresentaram 51 manifestações na função de *amici curiae*.⁷⁸¹ Trata-se, como se vê, de uma característica de litígios de interesse público em geral.

A seleção de uma ou outra medida também se abre a impugnações.

⁷⁷⁵ 397 F. Supp. 20, 38-39 (M.D. Fla. 1975).

⁷⁷⁶ 514 F.2d 492, 538, 541 & n.1 (8th Cir. 1975).

⁷⁷⁷ GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 621 e ss.

⁷⁷⁸ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 879.

⁷⁷⁹ 18 U.S.C. § 3626 (b)(1)(A).

⁷⁸⁰ Em outro caso de reforma prisional, muito anterior ao PLRA, o juízo concedeu o prazo de dois só para que o governo local empreendesse estudos sobre meios para reduzir a superpopulação carcerária. V. *Costello v. Wainwright*, 397 F. Supp. 20 (M.D. Fla. 1975).

⁷⁸¹ V. BELZ, Herman. *Equality transformed: a quarter-century of affirmative action*. New Brunswick and London: Social Philosophy and Policy Center; Transaction Publishers, 1994, p. 148.

Comumente, o juiz deve comparar medidas igualmente adequadas à eliminação do padrão de conduta ilícito. Mas uma medida é eficaz no curto prazo e altamente custosa. A outra medida é eficaz no longo prazo e impõe baixo custo. Uma decisão que simplesmente proíba um distrito escolar de utilizar a cor da pele como critério de admissão pode, ao longo de uma ou duas gerações, reduzir a segregação racial a um custo muito baixo. Já uma decisão que determine o transporte de alunos de um bairro a outro para que estudantes brancos convivam com estudantes negros consegue resultados mais eficazes, mas a um custo maior. Como ponderar essa situação?⁷⁸² A despeito de as duas situações constarem de planos apresentados ao juízo, o juízo de ponderação, como método hermenêutico, ainda se abre à subjetividade do julgador.

Por fim, a abertura do contraditório a terceiros potencialmente impactados pela reforma pode revelar contradições não só entre os diversos sujeitos reunidos sob o polo passivo, mas também interesses conflitantes dentro do próprio grupo. É notório, por exemplo, que muitos membros da comunidade negra se opunham à estratégia dessegregatória adotada pela NAACP em *Brown*. Muitos membros do grupo preferiam que a estratégia fosse a manutenção da segregação racial, mas com melhoria da qualidade de ensino nas escolas negras.⁷⁸³

Esse problema é bastante comum. Na medida em que o procedimento progride, a coesão do grupo tende a se esfarelar. Alguns membros da classe preferem pequenas vitórias tangíveis; outros, grandes vitórias simbólicas. Alguns membros da classe preferem medidas de curto prazo, mesmo que pouco eficazes; outros, medidas de longo prazo, ainda que demorem a produzir efeitos sensíveis.⁷⁸⁴ É comum que indivíduos aleguem que seus interesses não estão sendo adequadamente representados pelo autor coletivo.⁷⁸⁵

Embora essa seja uma situação corriqueira, as *Federal Rules of Civil Procedure* não fornecem uma indicação clara da conduta a ser adotada pelo juiz. Se o conflito

⁷⁸² EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980, p. 478.

⁷⁸³ A divergência entre Martin Luther King (dessegregacionista) e Malcolm X (segregacionista) é de conhecimento público. Há extensa literatura sobre o tema. V, por todos, BELL, Derrick A. Jr., Serving two masters: integration ideals and client interests in school desegregation litigation. *Yale Law Journal*, v. 85, n. 4, p. 470-517, mar. 1976; SUNSTEIN, Cass R. What the civil rights movement was and wasn't (with notes on Martin Luther King, Jr. and Malcolm X). *University of Illinois Law Review*, v. 1995, n. 1, p. 191-210, jan. 1995.

⁷⁸⁴ GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 595.

⁷⁸⁵ DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979, p. 68.

de interesses surgisse durante a fase de conhecimento, o juiz poderia (a) determinar a divisão da classe em diferentes subclasses, com diferentes representantes; (b) excluir o representante coletivo por inadequação e nomear outro; (c) excluir da classe membros cujas pretensões sejam dessemelhantes; (d) determinar a notificação de membros da classe ausentes, cujos interesses conflitem com aqueles deduzidos em juízo; (e) nomear um *expert* ou um curador especial para tutelar os interesses de membros ausentes⁷⁸⁶; (f) extinguir a *class action* sem resolução do mérito. Se, diferentemente, o conflito surge quanto à forma de tutela, o devido processo parece ser satisfeito se o plano apresentado pelo representante coletivo favorecer o grupo, ainda que não seja o plano preferido pela maioria dos membros. Como o juiz pode adotar qualquer plano, inclusive de terceiros, o problema acaba sendo resolvido discricionariamente. Por isso, não há uma linha decisória coesa na jurisprudência estadunidense.⁷⁸⁷

De todo modo, a perda de coesão do grupo é ruim para o processo de implementação. A um, porque a possível subdivisão da classe dilui o poder de agenda do representante coletivo. A dois, porque o juiz terá de decidir quem deverá suportar os custos de uma tutela imperfeita: os membros atuais ou os membros futuros do grupo.⁷⁸⁸

4.7. A estratégia diretiva

A estratégia diretiva é aquela em que o juiz toma para si a tarefa de desenvolver e implementar tutela do direito. De acordo com esse perfil centralizador, o magistrado define pessoalmente os passos necessários à adequação institucional. Se conhecimento técnico for necessário, ele pode ser coadjuvado pelas partes ou por *outsiders*. Esses terceiros também podem auxiliar no monitoramento da decisão. É comum o magistrado utilizar funcionários do juízo – os *special masters* – para acompanhar *in loco* o cumprimento da decisão e fornecer relatórios periódicos. Em síntese, ao adotar essa estratégia, o juiz assume o protagonismo da fase de

⁷⁸⁶ Cf. Federal Judicial Center, *Manual for Complex Litigation*. 4. ed., 2004, p. 173.

⁷⁸⁷ BUCKHOLZ, Robert E.; COOPER, Daniel J.; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward S.; ROTENBERG, Mark B. The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 784-929, mai. 1978, p. 899-901.

⁷⁸⁸ GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983, p. 595.

cumprimento. É ele quem dirige os demais atores para alcançar os objetivos definidos no parâmetro de conformidade.⁷⁸⁹

A imagem mais disseminada de reforma estrutural evoca essa abordagem. É usual que processos estruturais sejam associados a juízes ativistas, autoritários, que substituiriam a vontade dos agentes competentes por sua própria visão de como a instituição deveria operar. Para atingir esse modelo ideal, esses juízes determinariam medidas arbitrárias, derivadas de cláusulas gerais por um processo místico que só o próprio juiz compreenderia.⁷⁹⁰ Para ilustrar essa imagem, citam-se exemplos frequentemente descontextualizados, como o caso do juiz que interveio no cardápio da prisão (uma alusão a *Holt v. Sarver* e à pretensão dos detentos muçulmanos de não ingerir alimentos de origem suína), ou o caso do juiz que determinou aumento de tributos (uma alusão a *Griffin v. County School Board*, estudado a seguir).

Essa alegoria, embora fundada no compreensível receio de arbítrio, está longe da realidade. Ela resulta de uma compreensão incompleta das estratégias de implementação e de uma caricaturização da estratégia diretiva.

A estratégia diretiva é, de fato, invasiva. Mas, justamente por isso, ela raramente é utilizada. Seus custos frequentemente sobrepujam os benefícios. Por esse motivo, a imposição de ordens formuladas diretamente pelo juízo costuma ser reservada a duas situações: (a) casos em que a violação é tão intolerável que exige remédio imediato; e (b) hipóteses de resistência reiterada e injustificada.⁷⁹¹

No primeiro caso, a ordem judicial tende a ser simplesmente proibitiva. Em determinado litígio para reforma prisional, por exemplo, o juiz proibiu o uso de determinadas celas, dado seu estado “indescritível” de degradação.⁷⁹² Em outro, o magistrado proibiu práticas de tortura então autorizadas por lei.⁷⁹³ Essas medidas não têm caráter sistêmico. São simples ordens pontuais de não fazer, corriqueiras em processos para resolução de controvérsias e cuja pertinência à função jurisdicional é indiscutível. As medidas realmente estruturais foram elaboradas de modo diferido,

⁷⁸⁹ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 852-853.

⁷⁹⁰ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 869.

⁷⁹¹ BUCKHOLZ, Robert E.; COOPER, Daniel J.; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward S.; ROTENBERG, Mark B. The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 784-929, mai. 1978, p. 800-801.

⁷⁹² *Pugh v. Locke*, 406 F. Supp. 318, 327 (M.D. Ala. 1976).

⁷⁹³ *Jackson v. Bishop*, 404 F. 2d 571, 579 (8th Cir. 1968).

seguindo uma das estratégias descritas anteriormente.

Já no segundo caso, em que a instituição apresenta comportamento recalcitrante, a ordem costuma ser mais rigorosa e detalhada. Trata-se de uma reação à postura resistente.⁷⁹⁴ Frustradas as tentativas de obter a cooperação do réu por medidas de coerção indireta, parte-se para a utilização de medidas de sub-rogação. O réu é excluído da implementação da medida.

Em *Knop v. Johnson*, por exemplo, a incapacidade (ou desinteresse) do réu em punir agentes penitenciários que constantemente adotavam condutas discriminatórias levou o juiz a substituir-se ao administrador e determinar a adoção de procedimentos disciplinares.⁷⁹⁵

Outro caso emblemático foi *Griffin v. County School Board of Prince Edward County*.⁷⁹⁶ O precedente é frequentemente lembrado por ter sido a primeira vez em que a Suprema Corte determinou aumento de tributos para custear medidas estruturais – neste caso, para dessegregação escolar. Mas essa é uma enorme simplificação de *Griffin*.

Em reação a *Brown*, o Estado da Virginia adotou uma política de resistência massiva e coordenada à dessegregação racial. Em todo o Estado, várias escolas públicas foram fechadas para evitar o acesso de negros. Em Prince Edward County tomou-se medida mais radical: nenhuma verba seria destinada às escolas públicas. Em vez de custear o ensino público, decidiu-se que todo estudante, independentemente de sua cor, receberia uma espécie de vale-educação, para ser utilizado na rede privada. O problema é que não existia, em Prince Edward County, escola privada que admitisse negros. Todas elas eram exclusivas para estudantes brancos.

Por cinco anos, entre 1959 e 1964, as escolas públicas da região permaneceram fechadas. Durante esse tempo, nenhuma criança negra teve acesso à educação formal. Em 1964, a Suprema Corte determinou a reabertura das escolas públicas e proibiu a segregação racial. O longo atraso decorrente da resistência do governo local, afirmou a Corte, não recomendava uma postura absenteísta. Diante do argumento de que não haveria verba para reabrir as escolas, a Corte expressamente

⁷⁹⁴ SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1024.

⁷⁹⁵ 685 F. Supp. 636, 640 (W.D. Mich. 1988).

⁷⁹⁶ 377 U.S. 218, 222-225 (1964).

autorizou o juízo de primeiro grau a determinar a cobrança de tributos.⁷⁹⁷

Embora *Griffin* tenha autorizado uma enorme intrusão judicial em matéria legislativa, a decisão reagiu a uma postura extremista da administração local. Compare-se essa decisão com *Jenkins*⁷⁹⁸, em que igualmente se determinou aumento de tributos, mas com intuito de melhorar a qualidade das escolas públicas e, indiretamente, combater a fuga branca. Em *Jenkins*, a Suprema Corte não referendou a medida. O tribunal, como visto, entendeu haver alternativas menos intrusivas.

Como se observa, uma *injunction* não é, por si só, válida ou inválida; constitucional ou inconstitucional. O contraste entre *Griffin* e *Jenkins* mostra que a validade da ordem judicial depende do contexto. Não há saída fácil ou resposta categórica. O grau de resistência da instituição e a gravidade dos fatos determinará o grau de intrusão do Judiciário e a severidade da ordem.

Há, evidentemente, casos em que o juiz adotou a estratégia diretiva antes de experimentar abordagens menos intrusivas. Foi o que aconteceu, por exemplo, em *Pugh v. Locke*⁷⁹⁹, um caso de reforma prisional em que o magistrado definiu praticamente sozinho limites à superpopulação carcerária, o tamanho das celas, as condições de isolamento e procedimentos para impô-lo, condições sanitárias, nutrição, correspondência, visitação, dentre outros. Mas essa é uma situação atípica, principalmente diante da postura cooperativa adotada nesse caso pelo Estado.⁸⁰⁰

Também *Wyatt v. Stickney*⁸⁰¹ pode ser mencionado como exemplo de estratégia diretiva.⁸⁰² Numa das ordens emitidas nesse caso, que visava à adequação das instituições psiquiátricas do Alabama, o juiz definiu a proporção entre o número de pacientes e o de banheiros, número máximo de pacientes por quarto, espaço mínimo dos quartos, temperatura do ar e da água quente nas instituições, dentre outras minúcias.⁸⁰³

A adoção da estratégia diretiva sem fortes motivos que justifiquem a intrusão

⁷⁹⁷ *Griffin v. County School Board*, 377 U.S. 218, 228-229, 232-234 (1964).

⁷⁹⁸ *Jenkins v. Missouri*, 639 F. Supp. 19 (W.D. Mo. 1985).

⁷⁹⁹ 406 F. Supp. 318, 327 (M.D. Ala. 1976).

⁸⁰⁰ SCHLANGER, Margo. Civil rights injunction over time. *New York University Law Review*, v. 81, n. 2, p. 550-630, mai. 2006, p. 607-609; BUCKHOLZ, Robert E.; COOPER, Daniel J.; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward S.; ROTENBERG, Mark B. The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 784-929, mai. 1978, p. 801-802.

⁸⁰¹ 344 F. Supp. 373 (M.D. Ala. 1972).

⁸⁰² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1030-1031.

⁸⁰³ *Wyatt v. Stickney*, 344 F. Supp. 373, 379-386, 395-407 (M.D. Ala. 1972).

judicial em detalhes administrativos costuma ser afastada da Suprema Corte.⁸⁰⁴ Há fortes incentivos para que a estratégia diretiva seja reservada à *ultima ratio*. Além de exacerbar a tensão entre Judiciário e poderes eleitos, a elaboração e implementação da reforma diretamente pelo juiz dificulta a internalização do remédio. Normas impostas judicialmente tendem a enfrentar resistência. Mesmo quando cumpridas, elas exigem acompanhamento e fiscalização período mais prolongado, dada a tendência de a ordem ser simplesmente abandonada pelos funcionários encarregados de sua aplicação. A estratégia diretiva não gera o comprometimento, engajamento ou mobilização que a estratégia catalisadora proporciona.⁸⁰⁵

Além disso, a estratégia diretiva não estimula a contínua solução e resolução do problema. Ela incide na crítica de William Fletcher, para quem o julgador não teria tempo ou incentivos para continuamente resolver o problema até o atingimento do ponto ótimo.⁸⁰⁶ De fato, se Fletcher vislumbrou a resolução judicial de problemas policêntricos por meio da estratégia diretiva, baseada na técnica de comando-e-controle, então a crítica é procedente. Ao contrário das partes e de terceiros impactados pelo litígio, que têm interesse em participar da formulação e implementação da reforma, o juiz não possui qualquer interesse além da preservação de sua autoridade ou de um compromisso moral com a causa.⁸⁰⁷ A estratégia diretiva privilegia medidas convencionais, de curto prazo, em detrimento de soluções experimentais, inovadoras e progressivas.⁸⁰⁸

Não por acaso, casos baseados nessa técnica tendem a terminar abruptamente. Cansado de emitir ordens, enfrentar resistência e se deparar com novas complexidades, o juiz simplesmente declara que a situação de fato atingiu o parâmetro de conformidade e encerra o caso. Exatamente como Lon Fuller previu: em vez de adaptar o processo à complexidade da demanda, o juiz reformula o problema para simplificá-lo artificialmente.⁸⁰⁹

⁸⁰⁴ V., e.g., *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343, 362 (1996); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520, 562 (1979); *Bounds v. Smith*, 430 U.S. 817, 832 (1977); *Ruiz v. Estelle*, 679 F.2d 1115, 1148 (5th Cir. 1982).

⁸⁰⁵ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 868-871.

⁸⁰⁶ FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982, p. 647-648.

⁸⁰⁷ V. KUHNS, Richard. Three stories and a brief comment about institutional reform litigation. *Berkeley Journal of African-American Law & Policy*, v. 13, n. 2, p. 218-228, jan. 2011.

⁸⁰⁸ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 874-875.

⁸⁰⁹ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978,

Holt v. Sarver, por exemplo, foi encerrado em 1982, treze anos após seu início, mas ainda deixou muito por fazer. O caso, que reformou integralmente o sistema prisional do Arkansas, foi encerrado sem que os problemas de superlotação e inadequação das instalações fossem resolvidos.⁸¹⁰ Após inúmeras ordens de adequação, o juiz adotou, na fase final de tramitação, um perfil próximo do diretivo. Depois de emitir uma última ordem e exigir apresentação de relatório, o magistrado simplesmente declarou que as prisões do Arkansas estavam em patamar constitucionalmente adequado e encerrou o caso, ignorando a persistência de inúmeras violações.⁸¹¹ Também os processos para dessegregação de escolas, que, em geral, exigiram a adoção da estratégia diretiva para dobrar a resistência institucional, foram encerrados antes de atingido o ponto ótimo.⁸¹²

Por outro lado, a estratégia diretiva possui duas vantagens. A um, a simples possibilidade de sua utilização serve de ameaça a partes intransigentes. A atuação judicial direta insere um risco de interrupção e imprevisibilidade que estimula as partes a cooperar para que uma solução ótima seja atingida. A dois, o perfil diretivo é o mais adequado para corrigir em curto prazo violações intoleráveis. Trata-se, em síntese, de uma abordagem adequada para obter modificações efêmeras de curto prazo, mas pouco eficaz na promoção de mudanças duradouras de longo prazo.

4.8. A compatibilidade do modelo americano de cumprimento com o direito brasileiro

A tipologia proposta por Susan Sturm demonstra que não existe uma estratégia correta a ser seguida em litígios estruturais. Assim como o acerto de uma medida específica depende do contexto, a precisão da estratégia depende das características

p. 401.

⁸¹⁰ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 79.

⁸¹¹ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 252-258; VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 330-336, 344.

⁸¹² ORFIELD, Gary. Schools more separate: consequences of a decade of resegregation. *The Civil Rights Project*, Harvard University, 2001, p. 29, 2001. Disponível em <<http://www.civilrightsproject.harvard.edu/research/deseg/Schools_More_Separate.pdf>>. Acesso em 18/06/2019; CHEMERINSKY, Erwin. The segregation and resegregation of American public education: the Court's role. *North Carolina Law Review*, v. 81, n. 4, p. 1597-1622, mai. 2003.

da demanda. Não é possível estabelecer de antemão uma linha de prioridades. Embora o absentismo seja, em tese, preferível à postura diretiva, as características do caso concreto podem exigir uma primeira medida mais rigorosa. Embora a estratégia catalisadora possibilite a formação de um robusto arcabouço cognitivo, a necessidade de simplificação do procedimento pode tornar recomendável a mediação de interesses. É comum, aliás, que, ao longo da fase de cumprimento, o juiz transite por essas várias estratégias, combinando elementos de umas e outras para facilitar a definição dos meios e obter o cumprimento.

A catalogação de uma miríade de medidas possíveis em quatro padrões de comportamento judicial expõe ainda os caminhos usualmente seguidos na implementação de medidas estruturais, obstáculos frequentes e possíveis soluções. Na ausência de previsão legislativa determinando uma rota a ser seguida para a reforma estrutural, o Judiciário estadunidense desbravou sua própria trilha. Embora ela não seja obrigatória, ela orienta a atuação de juízes, partes e terceiros em novos casos. Decisões que se afastem dessa trilha devem ser justificáveis à luz do caso concreto. Em outras palavras, a categorização das possíveis estratégias de reforma estrutural dá alguma previsibilidade à informal fase de cumprimento, marcada pela ausência de um procedimento predefinido.

O direito brasileiro compartilha essa flexibilidade procedimental na fase de cumprimento. Enquanto o cumprimento de obrigação de pagar é detalhado e ritualizado, aqui, como lá, o cumprimento das obrigações de fazer é governado por uma cláusula aberta, que dá ao juiz o poder de “determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente”.⁸¹³ Não há um roteiro mais concreto. Por isso, os precedentes formados no direito norte-americano são de grande valia para o operador brasileiro. Já são mais de 60 anos de uma história de erros e acertos, avanços e retrocessos, que ajudam a enxergar os caminhos por onde não se deve seguir. O risco de uma decisão arbitrária em processos estruturais é real, mas é limitado pelas estratégias de eleição dos meios e suplantado, a nosso ver, pela potencialidade de implementação de direitos fundamentais.

A experiência americana evidencia também virtudes e deficiências do processo. Não existe processo neutro. O procedimento reflete as características do

⁸¹³ Artigo 536 do CPC.

direito material que se pretende tutelar. Litígios estruturais utilizam um processo pensado para demandas essencialmente patrimoniais e adaptam o procedimento às suas necessidades.

A fase de implementação de medidas estruturais falseia a tese de que o cumprimento comporta cognição reduzida. Ao contrário. Em litígios estruturais, a fase de cumprimento exige a constante apreciação e reapreciação de matéria fática, a consideração de prognoses, a produção de provas e até a intervenção de terceiros. Cumprimento e cognição ocorrem simultaneamente.⁸¹⁴

Faz sentido que toda essa atividade cognitiva seja postergada para a fase de implementação. Antecipá-la para a fase de conhecimento geraria três problemas: (a) exacerbaria a complexidade da demanda ao exigir a resolução de problemas policêntricos extrajurídicos antes mesmo de sua ocorrência;⁸¹⁵ (b) priorizaria o método de comando-e-controle ao obrigar as partes a discutir medidas abrangentes de resolução do problema estrutural; (c) acobertaria pela coisa julgada ordens que são, por sua própria natureza, contingentes e mutáveis.

No direito norte-americano, a alta carga cognitiva da fase de cumprimento não costuma ser criticada pela doutrina. O juiz, naquele ordenamento, é o gestor do procedimento. Esse poder é exercido de modo muito mais flexível que no direito brasileiro. Admite-se até mesmo o afastamento de preclusão temporal com o intuito de evitar uma injustiça.⁸¹⁶ Aqui, o sistema processual é muito mais rígido e detalhado.

Embora seja uma situação juridicamente válida, a ausência de regras claras na fase de cumprimento, no Brasil, pode gerar um desconforto tanto para as partes quanto para o juiz. A tradição de *civil law* parece pouco afeita à multiplicidade de opções procedimentais. Nosso ordenamento seria, em nossa opinião, beneficiado pela positivação de regras disciplinando a implementação de medidas estruturais. A previsão de um procedimento estruturado, ainda que com base em regras gerais,

⁸¹⁴ “Uma vez declarada a responsabilidade, o processo de prova funda-se com o de implementação: o foco da implementação é a contínua medição da conformidade”. SABEL, Charles F. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004, p. 1042.

⁸¹⁵ Antecipar a discussão quanto à forma de implementação faria o processo incidir na crítica segundo a qual “[a]djudication is not well suited to such an enterprise. Its logic seeks to cast the multipolar, shifting relationships in institutions into a static and precisely defined conflict. It looks for an optimal, comprehensive, and final solution rather than an incremental, continual adjustment of interests”. DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979, p. 61.

⁸¹⁶ *V. Shepard Claims Service, Inc. v. William Darrah & Associates*, 796 F.2d 190 (6th Cir. 1986).

daria previsibilidade às partes e orientaria a atuação do juiz. Desde os critérios válidos para definição do parâmetro de cumprimento até a postura do juiz frente a réus cooperativos ou recalcitrantes, passando pela possibilidade de decretação de medidas intrusivas e pela procedimentalização do cumprimento, essa legislação representaria um importante instrumento de contenção do arbítrio.

A ausência de lei, como parece claro, não impede o ajuizamento da ação, julgamento do pedido e implementação de medidas estruturais. Mas deixa um terreno aberto à exploração dos sujeitos do processo, com todas as vantagens e dificuldades que dessa abertura podem decorrer. Uma forma de reduzir a indeterminação procedimental da fase de cumprimento seria a realização de negócios jurídicos processuais. Embora as partes não possam convencionar a redução do poder de *imperium* do juiz,⁸¹⁷ elas podem convencionar suas próprias posturas (por exemplo, a participação obrigatória em rodada de negociação antes de peticionar ao juízo), os meios de prova a serem utilizados para eleição dos meios (por exemplo, um *expert* nomeado pelo autor, outro pelo réu e outro pelo juízo) e formas de monitoramento (por exemplo, um auditor externo). Também as metas parciais podem ser estipuladas por meio de convenção processual.

Esses exemplos, retirados de casos concretos, explicitam a importância de duas personagens que, embora coadjuvantes, exercem papel determinante para o sucesso da reforma: os *experts* e os *special masters*.

Os primeiros, como visto, auxiliam o juízo a elaborar, a considerar e a implementar medidas estruturais. Assemelham-se a peritos, na medida em que possuem conhecimento técnico e gozam da confiança do juízo. Sua importância decorre não só do conhecimento técnico, mas também da neutralidade com relação ao litígio. *Experts* ajudam a interpretar informações extrajurídicas e a fornecer informações omitidas pelas partes.⁸¹⁸

Já os *special masters* são auxiliares da justiça que, em geral, têm a tarefa de reportar fatos relevantes ao juízo.⁸¹⁹ Em geral, *masters* são posicionados dentro da

⁸¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 270-271.

⁸¹⁸ BUCKHOLZ, Robert E.; COOPER, Daniel J.; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward S.; ROTENBERG, Mark B. The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 784-929, mai. 1978, p. 794.

⁸¹⁹ Regra 53(a)(1) das *Federal Rules of Civil Procedure*: “(...) a court may appoint a master only to (...) make or recommend findings of fact on issues to be decided without a jury if appointment is warranted by:

(i) some exceptional condition; or

estrutura que se pretende reformar. Sua função é observar as práticas cotidianas, avaliar o empenho do demandado em cumprir a decisão judicial e reportar as repercussões das mudanças. Possuem, portanto, poderes instrutórios, embora a apreciação da prova seja feita pelo magistrado.⁸²⁰ Assim, é possível conhecer os fatos, desenvolver planos de ação e monitorar o cumprimento da decisão de maneira mais rápida e efetiva do que se essas tarefas dependessem da provocação e da atividade probatória das partes. A utilização de *masters* foi tão bem-sucedida⁸²¹ que, embora essa figura seja anterior à ascensão da reforma estrutural, hoje ela é característica desse tipo de demanda.⁸²²

Esse sujeito também não é estranho ao direito brasileiro. Ele guarda muitas semelhanças com o interventor judicial previsto na Lei de Defesa da Concorrência. Sua função primária é monitorar as práticas empresariais e informar ao juízo se o cumprimento está ou não ocorrendo de modo satisfatório. Para isso, o interventor pode praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à conformação institucional; denunciar ao juiz quaisquer irregularidades que observe; e apresentar relatório mensal de suas atividades. Trata-se, portanto, de uma figura que auxilia na implementação e internalização de medidas diferidas no tempo.

Em linhas gerais, o mesmo método experimentalista, as mesmas técnicas de definição de um parâmetro de conformidade e as mesmas estratégias para eleição dos meios são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro. Mas isso não significa que o processo nacional atingiria os mesmos resultados obtidos no direito norte-americano. Há pequenas, mas significativas diferenças, que podem transformar processos estruturais, no Brasil, num empreendimento quixotesco.

4.9. Pequenas grandes diferenças

(ii) the need to perform an accounting or resolve a difficult computation of damages; or
(C) address pretrial and posttrial matters that cannot be effectively and timely addressed by an available district judge or magistrate judge of the district”.

⁸²⁰ DOBRAY, Debra. The role of masters in court ordered institutional reform. *Baylor Law Review*, v. 34, n. 4, p. 581-604, outono de 1982, p. 591.

⁸²¹ Para um relato em primeira pessoa em caso de dessegregação escolar, v. BERGER, Curtis. Away from the court house and into the field: the odyssey of a special master. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 707-738, mai. 1978.

⁸²² FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 75.

Se os processos americano e brasileiro compartilham grandes características essenciais, o mesmo não se pode dizer dos detalhes. Dois institutos, em particular, são essenciais para o processamento de litígios estruturais no direito norte-americano: a *discovery* e a identidade física do juiz.

A *discovery*, fase de instrução do processo americano, é extremamente invasiva. Tamanha amplitude não encontra paralelo no mundo.⁸²³ A produção de provas acontece, em regra, fora da sede do juízo. As partes podem simplesmente requerer ao adversário a entrega de uma prova, ou a oportunidade de inspeção *in loco*. Documentos escritos ou eletrônicos devem ser franqueados ao adversário. Nomes e endereços de possíveis testemunhas devem ser fornecidos.⁸²⁴ Partes e testemunhas podem ser entrevistados antes do julgamento, de modo que suas declarações possam ser verificadas e comparadas com o depoimento prestado em juízo.⁸²⁵ Os custos da produção da prova devem ser suportados pela parte sobre quem recai o dever de produzir a prova. Trata-se da fase mais custosa e possivelmente mais intrusiva do processo civil. Eventualmente, mais intrusiva até que a fase de implementação de uma ordem estrutural.

Não é este o local adequado para esmiuçar a *discovery* norte-americana. Para provar nosso ponto, basta demonstrar que, desde os anos 1970, a Suprema Corte demonstra preocupação com os custos exorbitantes e com a amplitude da fase de produção de provas.⁸²⁶ Recentemente, em *Twombly*, a Corte deixou claro que, ao exigir plausibilidade das alegações constantes da petição inicial, buscava evitar a submissão do réu ao caro e invasivo procedimento de *discovery*.⁸²⁷ Duas expressões comuns no direito norte-americano remontam ao mesmo problema: *fishing expedition* e *judicial blackmail* referem-se ao ajuizamento de ações frívolas, com o único intuito de lançar uma isca para, quem sabe, na fase de *discovery*, descobrir um detalhe relevante. Ou, simplesmente, obter um acordo antes da *discovery*, dado o potencial danoso dessa fase para o réu. O custo, a demora e o grau de intrusão são tão grandes que outros países aprovaram leis proibindo a colaboração com as autoridades

⁸²³ SUBRIN, Stephen N. Discovery in global perspective: are we nuts? *DePaul Law Review*, v. 52, n. 2, p. 299-318, inverno de 2002.

⁸²⁴ *Federal Rules of Civil Procedure*, regra 26.

⁸²⁵ *Federal Rules of Civil Procedure*, regra 30.

⁸²⁶ V. Powell, J., Dissenting from Amendments to Federal Rules of Civil Procedure, 446 U.S. 997 (1980).

⁸²⁷ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

americanas na obtenção de provas em seus territórios. É o caso de França, Holanda, Suécia, Suíça, Reino Unido, Canadá e Austrália.⁸²⁸ Recentemente, tem-se discutido a modificação das *Federal Rules of Civil Procedure* para introduzir a possibilidade da chamada *phased discovery*, um procedimento de instrução progressiva, em que medidas mais caras e invasivas só são autorizadas se as provas anteriores demonstrarem a probabilidade de sucesso.⁸²⁹

Essas características produzem dois importantes efeitos em processos estruturais. A *discovery* facilita a obtenção de informações relevantes para julgamento do mérito e para a implementação da reforma. Por isso, cria um enorme incentivo ao réu para cooperar e evitar (ou encerrar) a devassa de informações.

No Brasil (e no resto do mundo), a obtenção de informações é mais trabalhosa. É verdade que o Código de Processo Civil autoriza o juiz a ordenar que a parte ou terceiro exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder.⁸³⁰ Mas essa disposição não tem qualquer eficácia se desacompanhada de uma regra de direito material que imponha o dever de guarda daquela informação. Pior ainda, essa norma é contraposta pela bizarra disposição que ressalva o direito de a parte “não produzir prova contra si própria”.⁸³¹ Some-se a isso a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, e o processo brasileiro se mostra um campo bastante espinhoso à atuação do legitimado coletivo. A possibilidade de o Ministério Público conduzir inquérito civil público ameniza o problema, mas não o resolve. O Ministério Público é apenas um dentre os vários legitimados coletivos.

Ausentes dispositivos normativos mais robustos que permitam a obtenção de informações e que, por consequência, estimulem o réu a cooperar para fazer cessar a interferência judicial, é de se esperar que processos estruturais, no Brasil, encontrem dificuldades instrutórias maiores que nos Estados Unidos. É questionável se um procedimento tão gravoso quanto a *discovery* norte-americana produziria bons resultados em outros países. É muito provável que não. Mas não se pode

⁸²⁸ MATTEI, Ugo A.; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. *Schlesinger's Comparative Law*. 7. ed. New York: Foundation Press, 2009, p. 813-814.

⁸²⁹ O tema é discutido em *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007). V. ainda MIZE, Ryan. From plausibility to clarity: an analysis of the implications of *Ashcroft v. Iqbal* and possible remedies. *University of Kansas Law Review*, v. 58, n. 5, p. 1245-1278, jun. 2010, p. 1265-1267.

⁸³⁰ Código de Processo Civil, arts. 396 e 403.

⁸³¹ Código de Processo Civil, art. 379.

desconsiderar o papel que a *discovery* exerce em litígios estruturais.⁸³²

Outra peculiaridade do processo civil norte-americano que exerce grande impacto em processos estruturais é a identidade física do juiz. Curiosamente, sequer existe um termo equivalente para a regra, abandonada pelo Código de Processo Civil de 2015, segundo a qual o juiz que preside a instrução deve proferir a sentença. O direito federal norte-americano desconhece essa regra simplesmente porque ela é pressuposta. Trata-se de uma decorrência da forma de nomeação de juízes.

Nos Estados Unidos, juízes federais são indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado. Diversamente do que ocorre no Brasil, um juiz nomeado para determinada comarca jamais será “promovido” a outra comarca ou a um tribunal. A única forma de um juiz sair da comarca para a qual foi nomeado é sendo nomeado novamente pelo Presidente da República. Por isso, frequentemente, um mesmo juiz acompanha um litígio do início ao fim. As poucas mudanças na condução da causa geralmente decorrem da aposentadoria ou morte do magistrado.

Essa dinâmica permite ao julgador adquirir familiaridade com a causa. O juiz conhece os argumentos, as provas, o contexto fático, os advogados e os *players* com quem está lidando. Ele sabe quais medidas já foram adotadas com ou sem sucesso. Se, por um lado, esse prolongado envolvimento desperta o temor de perda da imparcialidade,⁸³³ por outro, ele possibilita um conhecimento detalhado e aprofundado do problema.

No Brasil, a constante rotação de juízes, especialmente em comarcas do interior, causa um problema de difícil solução: o magistrado simplesmente não tem tempo para compreender a causa em sua magnitude e conduzi-la com propriedade. Esse problema é aprofundado pelo rigoroso controle de metas e produtividade imposto pelo Conselho Nacional de Justiça. Entre proferir uma complexa decisão interlocutória numa demanda estrutural e sentenciar dezenas de casos simples, o magistrado tem incentivos mais do que suficientes para escolher a segunda opção. Nesse contexto, a conduta mais racional a ser adotada pelo réu é a adoção de táticas

⁸³² Por outro lado, é justamente a natureza cara e invasiva da *discovery* que estimulou um crescente ceticismo da Suprema Corte para com as ações coletivas, como visto em *Dukes*.

⁸³³ Como alertou Owen Fiss, “um juiz profundamente envolvido em reconstruir um sistema escolar ou prisional está sujeito a perder o distanciamento da organização. Ele pode se identificar com a organização que está reconstruindo, e esse processo de identificação tende a se aprofundar na medida em que a tarefa de reforma organizacional passa por diversos ciclos de tutela ao longo dos anos”. FISS, Owen. *The forms of justice*. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 53.

protelatórias. É sempre interessante a ele esperar pelo próximo juiz.

A promoção de magistrados por antiguidade e merecimento, todavia, é norma constitucional e tradição jurídica brasileira. Não é factível simplesmente fixar o magistrado numa comarca até o final de sua carreira. Uma forma de contornar o problema seria a criação de varas especializadas em litígios complexos não sujeitas a controle de produtividade. A competência poderia limitar-se ao julgamento de litígios estruturais ou englobar também ações coletivas, a depender do volume de trabalho. Num juízo dedicado ao julgamento de litígios complexos, com menos volume de trabalho, o magistrado tem mais tempo para dedicar a cada demanda. É mais fácil inteirar-se das peculiaridades de cada causa. O acompanhamento próximo resulta numa tramitação mais rápida.

Outra proposta interessante seria a criação de órgãos colegiados em primeiro grau para julgamento de litígios estruturais. Essa proposta já foi adotada nos Estados Unidos entre 1910 e 1976, mas era endereçada a outro problema: o complexo arranjo federativo norte-americano. No princípio, esses juízos foram criados para julgar causas em que se argumentava a inconstitucionalidade de norma local em face da Constituição. Em 1937, a competência dos juízos colegiados foi estendida para abranger também causas em que a inconstitucionalidade de norma federal fosse levantada. Hoje, tem-se defendido a recriação de juízos colegiados para julgamento de ações que requeiram as chamadas *nationwide injunctions*, provimentos mandamentais ou executivos com eficácia em todo o território nacional. O intuito é evitar que a opinião pessoal de um julgador vincule todas as pessoas, em todo o país.⁸³⁴

Essa proposta pode ser aproveitada, no Brasil, para amenizar o problema da alta rotatividade de magistrados. Na medida em que litígios estruturais sejam julgados por um colegiado formado por três julgadores, a promoção de um juiz não prejudicará de modo tão significativo o capital intelectual já formado sobre a causa. Adicionalmente o julgamento colegiado tende a afastar alegações de comportamento arbitrário ou apaixonado.

Evidentemente, a condução da causa por um órgão colegiado de primeiro grau

⁸³⁴ COSTA, Gregg. An old solution to the nationwide injunction problem. *Harvard Law Review Blog*, 25 jan. 2018. Disponível em <<<https://blog.harvardlawreview.org/an-old-solution-to-the-nationwide-injunction-problem/>>>. Acesso em 03/07/2019.

desperta novas complexidades. O processo decisório pode ser deturpado por interferências cognitivas.⁸³⁵ Ainda assim, e mesmo que dependendo de alteração legislativa, trata-se de uma alternativa viável à constante remoção de magistrados, principalmente se atrelada à desvinculação de metas quantitativas de produtividade.

⁸³⁵ V. VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, polarização de grupo e integridade nos tribunais. *Revista de Processo*, v. 268, p. 407-433, jun. 2017.

CONCLUSÃO

Este trabalho parte da premissa de que litígios estruturais são um dado social. Não são uma categoria jurídica, mas uma categoria fática. Compete, então, ao direito, adaptar-se e construir os instrumentos necessários à resolução de conflitos, por maior que seja sua complexidade. A partir dessa premissa, foram estabelecidas as seguintes conclusões:

1. Processos estruturais não surgiram nos Estados Unidos por sofisticação jurisprudencial ou por derivação doutrinária. Eles são fruto de um contexto intolerável de opressão contra minorias. O próprio Judiciário contribuiu para a criação desse contexto ao referendar a segregação racial.

2. As *class actions* contemporâneas surgiram no mesmo contexto em que o movimento de reforma estrutural se inseria. O processo coletivo norte-americano e os processos estruturais nasceram ideologicamente ligados ao movimento pelos direitos civis, mas não se restringiram à tutela desses direitos.

3. Litígios estruturais veiculam problemas policêntricos. Problemas policêntricos são aqueles cuja solução ótima depende da opção por um dentre diversos critérios igualmente válidos e da criação de um regime único para regulação de interesses interdependentes.

4. O policentrismo jurídico não é uma característica de litígios estruturais, mas uma característica de qualquer ordenamento jurídico baseado em normas principiológicas.

5. Litígios estruturais são caracterizados pelo policentrismo extrajurídico, pois a solução ótima depende da opção por uma dentre várias formas de implementação igualmente válidas. Qualquer solução afetará interesses interdependentes.

6. Processos estruturais não têm qualquer relação intrínseca com ativismo judicial, no sentido de permitir ao julgador fazer escolhas axiológico-valorativas polêmicas e arbitrárias.

7. As complexidades jurídica e extrajurídica comportam-se de maneira inversamente proporcional. Quanto mais simples a resolução do mérito, maior a legitimidade do Judiciário para adotar meios de imposição intrusivos, e vice-versa.

8. Decisões estruturais são meios legítimos de introjetar racionalidade em escolhas políticas. O dever de fundamentação das decisões judiciais, a

responsividade do juiz ao ordenamento jurídico e o ônus argumentativo das partes tendem a fornecer fundamentos racionais a escolhas feitas pelos poderes eleitos.

9. A melhor maneira de resolver problemas policêntricos é por meio do experimentalismo incremental, baseado em tentativa-e-erro, solução-e-ressolução do problema, até atingimento do ponto ótimo.

10. É possível reduzir a complexidade extrajurídica por ato normativo, por comparação institucional, pela adoção de critérios elaborados por fontes independentes ou por juízo de concreção. Não é recomendável, entretanto, que a redução de complexidade decorra do desprezo às consequências sociais da decisão. A redução da complexidade deve buscar a solução, ainda que parcial, do problema, não sua irrelevância artificial.

11. É possível fazer com que o processo, durante a fase de cumprimento, emule um método gerencial, de modo que o problema seja continuamente resolvido. A estratégia catalisadora é especialmente bem adaptada a essa tarefa.

12. Réus colaborativos podem ser premiados com a oportunidade de desenvolver o próprio plano de reforma por meio da estratégia absenteísta.

13. Partes cooperativas podem ter a oportunidade de apresentar um plano comum por meio da estratégia mediadora.

14. Réus irracionais ou indiferentes ao risco podem exigir medidas mais intrusivas, adotadas por meio de uma estratégia diretiva.

15. O declínio na utilização de medidas estruturais nos Estados Unidos não pode ser imputado ao insucesso da reforma estrutural ou a dificuldades insuperáveis desse tipo de litígio. Há outras explicações possíveis, como a submissão do processo coletivo à racionalidade individual, a reticência da Suprema Corte em expandir a eficácia do direito à igualdade e o receio de que a *discovery* imponha despesas desproporcionais e injustas ao réu.

16. Ordens estruturais são necessariamente flexíveis e prolongadas. Ainda assim, o processo civil brasileiro seria beneficiado por previsão legislativa predeterminando o modo de ser da fase de implementação de decisões estruturais, de modo a escalonar o grau de intrusão judicial e as medidas adequadas a vencer a resistência do réu, de acordo com seu perfil.

17. O processo brasileiro pode se ressentir de um instrumento mais agressivo para obtenção de provas. Por outro lado, essa ausência dificulta a utilização do litígio estrutural como trunfo para forçar o réu a realizar um acordo injusto.

18. A alta rotatividade de juízes e as rigorosas metas de produtividade impostas a magistrados pesam contra a efetividade de processos estruturais no Brasil. Julgamentos colegiados em primeiro grau podem reduzir o impacto da promoção de um magistrado. O afastamento do controle de metas, por sua vez, pode incentivar a contínua solução e resolução da causa. Em ambos os casos, é necessária atuação legislativa para adaptação do procedimento.

REFERÊNCIAS

ABEL, Richard L. Judges write the darndest things: judicial mystification of limitations on tort liability. *Texas Law Review*, v. 80, n. 7, p. 1547-1576, jun. 2002.

ADAMANY, David. Legitimacy, realigning elections, and the Supreme Court. *Winsconsin Law Review*, v. 1973, n. 3, p. 790-846, 1973.

ALIGICA, Paul D; TARKO, Vlad. Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 25, n. 2, p. 237-262, abr. 2012.

ALLISON, J.W.F. Fuller's analysis of polycentric disputes and the limits of adjudication. *Cambridge Law Journal*, v. 53, n. 2, p. 367-383, jul. 1994.

An Act for the Gradual Abolition of Slavery. Disponível em <http://njlegallib.rutgers.edu/slavery/acts/A78.html>. Acesso em 21/09/2018.

ANDERSON, Lloyd C. Implementation of consent decrees in structural reform litigation. *University of Illinois Law Review*, v. 1986, n. 3, p. 725-778, jan. 1986.

APPEL, Peter A. Intervention in public law litigation: the environmental paradigm, *Washington University Law Quarterly*, v. 78, n. 1, p. 215-312, primavera de 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 225, nov. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, 2015, edição eletrônica.

BALKIN, Jack M. What Brown teaches us about constitutional theory. *Virginia Law Review*, v. 90, n. 6, p. 1537-1578, out. 2004.

BELL, Derrick A. Jr., Serving two masters: integration ideals and client interests in school desegregation litigation. *Yale Law Journal*, v. 85, n. 4, p. 470-517, mar. 1976.

BELZ, Herman. *Equality transformed: a quarter-century of affirmative action*. New Brunswick and London: Social Philosophy and Policy Center; Transaction Publishers, 1994.

BERGER, Curtis. Away from the court house and into the field: the odyssey of a special master. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 707-738, mai. 1978.

BERMAN, Mitchell N. Managing gerrymandering, *Texas Law Review*, v. 83, n. 3, p. 781-854, fev. 2005.

BERTRAND, Marianne; MULLAINATHAN, Sendhil. Are Emily and Greg more employable than Lakisha and Jamal? A field experiment on labor market discrimination. *American Economic Review*, v. 94, n. 4, p. 991-1013, set. 2004.

BONE, Robert G. Lon Fuller's theory of adjudication and the false dichotomy between dispute resolution and public law models of litigation. *Boston University Law Review*, v. 75, n. 5, p. 1273-1324, nov. 1995.

BRIFFAULT, Richard. Class Actions. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1318-1644, mai. 1976.

BROWN, Paulette. The Civil Rights Act of 1964. *Washington University Law Review*, v. 92, n. 2, p. 527-552, 2014.

BUCKHOLZ, Robert E.; COOPER, Daniel J.; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward S.; ROTENBERG, Mark B. The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 784-929, mai. 1978.

BURT, Robert A. *The Constitution in conflict*. Boston: Harvard University Press, 1992.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARROLL, Joseph. *Race and education 50 years after Brown v. Board of Education*. Disponível em <<<https://news.gallup.com/poll/11686/race-education-years-after-brown-board-education.aspx>>>. Acesso em 21/03/2019.

CHAYES, Abram. Foreword: public law litigation and the Burger Court. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 1, p. 4-60, nov. 1982.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, n. 7, mai. 1976.

CHEMERINSKY, Erwin. The segregation and resegregation of American public education: the Court's role. *North Carolina Law Review*, v. 81, n. 4, p. 1597-1622, mai. 2003.

COHEN-ELIYA, Moshe; IDDO, Porat. American balancing and German proportionality: the historical origins. *I-Con: International Journal of Constitutional Law*, v. 263, 2010, p. 31. Disponível em <<<https://ssrn.com/abstract=1272763>>>.

COSTA, Gregg. An old solution to the nationwide injunction problem. *Harvard Law Review Blog*, 25 jan. 2018. Disponível em <<<https://blog.harvardlawreview.org/an-old-solution-to-the-nationwide-injunction-problem/>>>. Acesso em 03/07/2019.

DALEY, Kevin. William Barr: More nationwide injunctions in Trump era than in entire 20th Century. *The Daily Signal*, 22 mai. 2019. Disponível em: <<<https://www.dailysignal.com/2019/05/22/bill-barr-used-this-1-figure-to-prove-nationwide-injunctions-are-a-problem/>>>. Acesso em 23/05/2019.

DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional*. Curitiba: Juruá, 2019.

DEVIN, Neal. Congressional factfinding and the scope of judicial review: a preliminary analysis. *Duke Law Journal*, v. 50, n. 5, p. 1169-1214, mar. 2001.

DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p., 43-106, fev. 1979.

DIXON Jr., Robert G. Democratic representation: reapportionment in law and politics. New York: *Oxford University Press*, 1968.

DOBBS, Dan. Ending punishment in punitive damages deterrence-measured remedies. *Alabama Law Review*, v. 40, n. 3, p. 831-918, primavera de 1989.

DOBNEY, Debra. The role of masters in court ordered institutional reform. *Baylor Law Review*, v. 34, n. 4, p. 581-604, outono de 1982

DOOLEY, Laura G. National juries for national cases: preserving citizen participation in large-scale litigation. *New York University Law Review*, v. 83, n. 2, p. 411-449, mai. 2008.

DORF, Michael C. Legal indeterminacy and institutional design. *New York University Law Review*, v. 78, n. 3, p. 875-981, jun. 2003.

DUDZIAK, Mary. *Cold war civil rights*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2011.

EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 8, p. 1983-2002, jun. 1990.

EISENBERG, Melvin A. Participation, responsiveness, and the consultative process: an essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 410-432, dez. 1978.

EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista estudos institucionais*, v. 4, n. 1, jan.-jun. 2018.

FEDERAL JUDICIAL CENTER, *Manual for Complex Litigation*. 4. ed., 2004.

FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

FINKELMAN, Paul. Commonwealth v. Aves (1836). In HINKS, Peter; MCKIVIGAN, John (ed.). *Abolition and antislavery: a historical encyclopedia of the American mosaic*. Santa Barbara: ABCCLIO, 2015.

FISS, Owen. Dombrowski. *Yale Law Journal*, v. 86, n. 6, p. 1103-1164, mai. 1977.

FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington/London: Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979.

FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982.

FOSTER, Gerald A. American slavery: the complete story. *Cardozo Public Law, Policy and Ethics Journal*, v. 2, n. 2, p. 401-420, 2004.

FRUG, Gerald E. Judicial power of the purse. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 126, n. 4, p. 715-794, abr. 1978.

FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978.

GARTH, Bryant. "Juizes acham que seu papel é frear exageros", diz vice-reitor da Universidade da Califórnia. [Entrevista concedida a] Bernardo Mello. *O Globo*, Rio de Janeiro, 18 jun. 2019, disponível em <<<https://oglobo.globo.com/brasil/juizes->

acham-que-seu-papel-frear-exageros-diz-vice-reitor-da-universidade-da-california-23747022>>. Acesso em 18 jun. 2019.

GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 585-682, mar. 1983.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.

GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops... it's still moving. *University of Miami Law Review*, v. 58, n., 1, p. 143-171, out. 2003.

GILLESPIE, Mark. *Americans want integrated schools, but oppose school busing*. Disponível em <<<https://news.gallup.com/poll/3577/americans-want-integrated-schools-oppose-school-busing.aspx>>>. Acesso em 21/03/2019.

GILLESPIE, Nora. Charter remedies: the structural injunction. *Advocates' Quarterly*, v. 11, n. 2, p. 190221, fev. 1990.

GLENNON, Robert Jerome. The jurisdictional legacy of the civil rights movement. *Tennessee Law Review*, v. 61, n. 3, p. 869-932, mar. 1994.

GRABER, Mark A. *Dred Scott and the problem of constitutional evil*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GRAY, Fred D. Civil Rights – Past, Present and Future, Part II. *Alabama Lawyer*, v. 64, n. 8, p. 8-9, jan. 2003.

GREEN, Tristin k. The future of systemic disparate treatment law. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, v. 32, n. 2, p. 395-454, 2011.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, n. 162, p. 1243-1248, 1968.

HAZARD Jr., Geoffrey C. Reflections on Judge Weinstein's ethical dilemmas in mass tort litigation. *Northwestern University Law Review*, v. 88, n. 2, p. 569-578, 1994.

KLARMAN, Michael. *From Jim Crow to Civil Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation cases and materials*. 4. ed. Saint Paul: West Academic Publishing, 2017.

KLONOFF, Robert H. Class actions in the year 2026: a prognosis. *Emory Law Journal*, v. 65, n. 6, p. 1569-1656, 2016.

KLONOFF, Robert H. Class Actions Part II: a respite from the decline. *New York University Law Review*, v. 92, n. 4, p. 971-997, out. 2017.

KLONOFF, Robert H. The decline of class actions. *Washington University Law Review*, v. 90, n. 3, p. 729-838, 2013.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1478, out. 2004.

HARRIS, M. Kay; SPILLER Jr., Dudley P. After decision: implementation of judicial decrees in correctional settings. *American Bar Association*, 1977.

HOROWITZ, Donald. Decreeing organizational change: judicial supervision of public institutions. *Duke Law Journal*, v. 1983, n. 6, p. 1265-1307, dez. 1983.

HOROWITZ, Donald. *The courts and social policy*. Washington, DC: Brookings Institution, 1977.

HUHN, Wilson R. The Legacy of Slaughterhouse, Bradwell, and Cruikshank in Constitutional Interpretation. *Akron Law Review*, v. 42, n. 4, p. 1051-1080, out. 2009.

HUNEEUS, Alexandra. Reforming the state from afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 1-40, 2015.

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

KELLEY, Mark. Saving 60(b)(5): the future of institutional reform litigation. *Yale Law Journal*, v. 125, n. 1, p. 272-312, out. 2015.

KING, Martin Luther; WASHINGTON, James M (ed.). *A testament of hope: the essential writings of Martin Luther King, Jr.* San Francisco: Harper One, 1986, p. 165.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1478, out. 2004.

KUHNS, Richard. Three stories and a brief comment about institutional reform litigation. *Berkeley Journal of African-American Law & Policy*, v. 13, n. 2, p. 218-228, jan. 2011.

ISSACHAROFF, Samuel; NAGAREDA, Richard A. Class settlements under attack. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 156, n. 6, p. 1649-1722, jun. 2008.

ISSACHAROFF, Samuel. Gerrymandering and political cartels. *Harvard Law Review*, v. 116, n. 2, p. 593-648, dez. 2002.

LANDSBERG, Brian K. Public accommodations and the Civil Rights Act of 1964: a surprising success. *Hamline Journal of Public Law & Policy*, v. 36, n. 1, p. 1-25, 2015.

LANE, Charles. *The day freedom died: the Colfax massacre, the Supreme Court, and the betrayal of reconstruction*. New York: Henry Holt and Co., 2008.

LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; Smith, Bruce P. *History of the common law: the development of Anglo-American legal institutions*. New York: WoltersKluwer (Aspen Publishers), 2009.

LAWRENCE, Charles R. III. The id, the ego, and equal protection: reckoning with unconscious racism. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 2, p. 317-388, jan. 1987.

LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. São Paulo: Contracorrente, 2018

LEVESQUE, George A. Slavery in the ideology and politics of the revolutionary generation, 1750-1783. *Harvard Law Journal*, v. 30, p. 1051-1065, 1987.

LIPTAK, Adam; PARLAPIANO, Alicia. Conservatives in charge, the Supreme Court moved right. *The New York Times*, 28 jun. de 2018. Disponível em <<<https://www.nytimes.com/interactive/2018/06/28/us/politics/supreme-court-2017-term-moved-right.html>>>. Acesso em 22/05/2019.

LLOYD, William Forster. *Two lectures on the checks to population*. Oxford: Oxford University, 1833. Disponível em <https://archive.org/details/twolecturesonch00lloygoog>. Acesso em 19/07/2018.

LOBEL, Jules. Courts as forums for protest. *UCLA Law Review*, v. 52, n. 2, p. 477-562, dez. 2004.

MALVEAUX, Suzette M. Clearing civil procedural hurdles in the quest for justice. *Ohio Northern University Law Review*, v. 37, n. 3, p. 621-644, 2011.

MARCUS, Richard L. Public law litigation and legal scholarship. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 21, n. 4, p. 647-696, verão de 1988.

MARSHALL, Thurgood. Commentary: Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution. *Harvard Law Review*, v. 101, n. 1, p. 1-5, nov. 1987.

MATTEI, Ugo A.; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. *Schlesinger's Comparative Law*. 7. ed. New York: Foundation Press, 2009.

McCLOSKEY, Robert G. The Supreme Court 1961 Term, Foreword: the reapportionment case. *Harvard Law Review*, v. 76, n.1, p. 54-74, nov. 1962.

McCONNELL, Michael W. Institutions and Interpretation: A Critique of *City of Boerne v. Flores*. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 1, p. 153-195, nov. 1997.

McGINNIS, Michael (ed.) *Polycentricity and Local Public Economies*. Ann Arbor: *University of Michigan Press*, p. 52–74, 1999.

McKAY, Robert B. Reapportionment: success story of the Warren Court, *Michigan Law Review*, v. 67, n. 2, p. 223-236, dez. 1968.

McKAY, Robert B. With all deliberate speed: a study of school desegregation. *New York University Law Review*, v. 31, n. 6, p. 991-1091, jun.1956.

McKNIGHT, Brent H. How shall we then reason? The historical setting of equity. *Mercer Law Review*, v. 45, n. 3, p. 919-998, primavera de 1994.

McPHERSON, James M. Battle cry of freedom: the civil war era. New York: *Oxford University Press*, 2003.

MILSOM, S. *Historical foundations of the common law*. London: Butterworths, 1969.

MIZE, Ryan. From plausibility to clarity: an analysis of the implications of Ashcroft v. Iqbal and possible remedies. *University of Kansas Law Review*, v. 58, n. 5, p. 1245-1278, jun. 2010.

MOLOT, Jonathan T. An old judicial role for a new litigation era. *Yale Law Journal*, v. 113, n. 27, p. 29-118, out. 2003.

MORRISON, Angela. Duke-ing out pattern or practice after Wal-Mart: the EEOC as fist. *American University Law Review*, v. 63, n. 1, p. 87-156, out. 2013.

MULLENIX, Linda S. No exit: mandatory class actions in the new millennium and the blurring of categorical imperatives. *University of Chicago Legal Forum*, v. 2003, s/n, p. 177-246, 2003.

MULLENIX, Linda S. Resolving aggregate mass tort litigation: the new private law dispute resolution paradigm. *Valparaiso University Law Review*, v. 33, n. 2, p. 413-448, primavera de 1999.

NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 7, n. 2, p. 395-412, outono de 1984.

NELSON, Jack. The civil rights movement: a press perspective. *Human Rights*, v. 28, n. 4, p.3-6, outono de 2001.

Note, The misguided appeal of minimally adequate education. *Harvard Law Review*, v. 130, n. 5, p. 1458-1479, mar. 2017.

Notes, Implementation problems in institutional reform litigation. *Harvard Law Review*, v. 91, n. 2, p. 428-463, dez. 1977.

O'BRIEN, David M. Precedent and courts. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Precedentes judiciais: diálogos transnacionais*. São Paulo: Tirant Brasil, 2018.

ORFIELD, Gary. Schools more separate: consequences of a decade of resegregation. *The Civil Rights Project*, Harvard University, 2001, p. 29, 2001. Disponível em <<http://www.civilrightsproject.harvard.edu/research/deseg/Schools_More_Separate.pdf>>. Acesso em 06/03/2019.

OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. *Rules, games, and common-pool resources*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994.

OSTROM, Elinor. *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

OSTROM, Elinor; PARKS, Roger; WHITAKER, Gordon. *Patterns of Metropolitan Policing*. Cambridge: Ballinger, 1978.

OSTROM, Vincent. Polycentricity – Part 1. In MCGINNIS, Michael (ed.) *Polycentricity and Local Public Economies*. Ann Arbor: University of Michigan Press, p. 52–74, 1999.

OSTROM, Vincent; TIEBOUT, Charles; WARREN, Robert. The organization of government in metropolitan areas: a theoretical inquiry. *American Political Science Review*, v. 55, n. 4, p. 831–842, dez. 1961.

PARKIN, Jason. Aging injunctions and the legacy of institutional reform litigation. *Vanderbilt Law Review*, v. 70, n. 1, p. 167-220, jan. 2017.

PATTERSON, James. Brown and the Civil Rights Movement. *Stetson Law Review*, v. 34, n. 2, p. 413-421, dez. 2005.

PATTERSON, James T. *Brown v. Board of Education: a civil rights milestone and its troubled legacy*. New York: Oxford University Press, 2001.

PFANDER, James E. Brown II: ordinary remedies for extraordinary wrongs. *Law and inequality*, v. 24, n. 1, p. 47-80, inverno de 2006.

POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998.

POSNER, Richard A. *The Federal Judiciary: strengths and weaknesses*. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

PROSCH, Harry. *Michael Polanyi: a critical exposition*. Albany: State University of New York Press, 1986.

RAHMAN, Akifur. *Peronal statement*. Genebra: 72nd session of Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 2008 (comunicação oral). Disponível em <<<https://www.aclu.org/other/statement-akifur-rahman-72nd-session-committee-elimination-racial-discrimination>>>. Acesso em 21 de maio de 2019.

REBELL, Michael A.; BLOCK, Arthur R. *Educational policymaking and the courts: an empirical study of judicial activism*. Chicago: The University of Chicago Press, 1982.

REBELL, Michael A. Poverty, meaningful educational opportunity, and the necessary role of the courts. *North Carolina Law Review*, v. 85, n. 5, p. 1467-1544, jun. 2007.

REINERT, Alex. Procedural barriers to civil rights litigation and the illusory promise of equity. *UMKC Law Review*, v. 78, n. 4, p. 931-948, verão de 2010.

RESNIK, Judith. Managerial judges. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 2, p. 374-448, dez. 1982.

ROBINSON, Donald L. *Slavery in the structure of American politics: 1765-1820*. New York: Norton Publishers, 1979.

ROSENBERG, David. The causal connection in mass exposure cases: a public law vision of the tort system. *Harvard Law Review*, v. 97, n. 4, p. 849-929, fev. 1984.

ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle).

RUSHIN, Stephen. Competing case studies of structural reform litigation in American police departments. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 14, n. 1, p. 113-142, outono de 2016.

SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, fev. 2004.

SANDERS, Barefoot. The Civil Rights Act of 1964. *Texas Bar Journal*, v. 27, n. 11, p. 931-1020, dez. 1964.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.16, mai./ago. 2007.

SAVAGE, Charlie; STOLBERG, Sheryl. In shift, U.S. says marriage act blocks gay rights. *The New York Times*, 23 fev. 2011. Disponível em

<<<https://www.nytimes.com/2011/02/24/us/24marriage.html>>>. Acesso em 20/03/2019.

SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 6, p. 1994-2036, mai. 1999.

SCHLANGER, Margo. Civil rights injunction over time. *New York University Law Review*, v. 81, n. 2, p. 550-630, mai. 2006.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, jan. 1947.

SCHMIDT, Christopher W. Beyond backlash: conservatism and the civil rights movement. *American Journal of Legal History*, v. 56, n. 1, p. 179-194, mar. 2016.

SCOTT, Kenneth E. Two models of the civil process. *Stanford Law Review*, v. 27, n. 3, p. 937-950, fev. 1975.

STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis Michael; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V.; KARLAN, Pamela S. *Constitutional Law*. 7. ed. Frederick: Wolters Kluwer, 2017.

STONE, Geoffrey R. Selective judicial activism. *Texas Law Review*, v. 89, n. 6, p. 1423-1431, mai. 2011.

STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. *Georgetown Law Journal*, v. 79, n. 5, p. 1355-1446, jun 1991.

STURM, Susan P. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 138, n. 3, jan. 1990.

STURM, Susan. Second generation employment discrimination: a structural approach. *Columbia Law Review*, v. 101, n. 3, p. 458-568, abr. 2011.

STURM, Susan. The legacy and future of corrections litigation. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 142, n. 2, dez. 1993.

SUBRIN, Stephen N. Discovery in global perspective: are we nuts? *DePaul Law Review*, v. 52, n. 2, p. 299-318, inverno de 2002.

SUBRIN, Stephen N. How equity conquered common law: the Federal Rules of Civil Procedure in historical perspective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 135, n. 4, p. 909-1002, abr. 1987.

SUBRIN, Stephen N.; MAIN, Thomas O. The fourth era of American civil procedure. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 162, n. 7, p. 1839-1896, jun. 2014.

SUNSTEIN, Cass R. What the civil rights movement was and wasn't (with notes on Martin Luther King, Jr. and Malcolm X). *University of Illinois Law Review*, v. 1995, n. 1, p. 191-210, jan. 1995.

TALEV, Margaret; STOHR, Greg. Trump to ask Supreme Court to prevent nationwide injunctions. *Bloomberg*, 8 mai. 2019. Disponível em: <<<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-05-08/trump-to-ask-supreme-court-to-prevent-nationwide-injunctions>>>. Acesso em 23/05/2019.

THOMAS, Tracy A. The prophylactic remedy: normative principles and definitional parameters of broad injunctive relief. *Buffalo Law Review*, v. 52, n. 2, p. 301-386, primavera de 2004

TRIMARCHI, Michael. Class Action Settlement Values Fall 52% in 2018, Law Firm Says. *Bloomberg*, 11 jan. 2019. Disponível em <<<https://news.bloombergtax.com/payroll/class-action-settlement-values-fall-52-in-2018-law-firm-says>>>. Acesso em 26/05/2019.

TUSHNET, Mark. Public Law Litigation and the Ambiguities of Brown. *Fordham Law Review*, v. 61, n. 1, p. 23-28, out. 1992.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 303-352.

VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, polarização de grupo e integridade nos tribunais. *Revista de Processo*, v. 268, p. 407-433, jun. 2017.

VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, p. 147-177, jan.-jun. 2018.

WEAVER, Chris; PURCELL, Will. The prison industrial complex: a modern justification for African enslavement. *Howard Law Journal*, v. 41, n. 2, p. 349-382, inverno de 1998.

WEINBERGER, Steven I. Comment. *New York Law School Law Review*, v. 23, n. 3, p. 530-540, 1978.

WEINSTEIN, Jack B. Ethical dilemmas in mass tort litigation. *Northwestern University Law Review*, v. 88, n. 2, p. 469-568, 1994.

WILLGING, Thomas E.; HOOPER, Laural L.; NIEMIC, Robert J. *Empirical study of class actions in four federal district courts: final report to the Advisory Committee on Civil Rules*. Washington, DC: Federal Judicial Center, 1996.

WOODWARD, C. Van. *The Strange Career of Jim Crow*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

WRIGHT, Charles. *Class Actions. Federal Rules Decisions*, v. 47, p. 169-185, 1970.

YEAZELL, Stephen. Brown, the Civil Rights Movement and the silent litigation revolution. *Vanderbilt Law Review*, v. 57, n. 6, p. 1975-2004, nov. 2004.

YORK-ERWIN, Genevieve G. The choice-of-law-problem(s) in the class action context. *New York University Law Review*, v. 84, n. 6, p. 1793-1830, dez. 2009.

LISTA DE CASOS

Abdallah v. Coca-Cola Co., 133 F. Supp., 2d 1364 (N.D. Ga. 2001).
Allee v. Medrano, 416 U.S. 802 (1974).
Allen v. Wright, 468 U.S. 737 (1984).
Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591 (1997).
Anderson v. Redman, 429 F. Supp. 1105 (D.Del. 1977).
Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662 (2009).
Atascadero State Hosp. v. Scanlon, 473 U.S. 234 (1985).
AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 131 S. Ct. 1740 (2011).
Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).
Barnes v. American Tobacco Co., Inc., 989 F. Supp. 661 (E.D. Pa. 1997).
Battle v. Anderson, 376 F. Supp. 402 (E.D. Okla. 1974).
Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).
Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520 (1979).
Block v. Rutherford, 468 U.S. 576 (1984).
Bounds v. Smith, 430 U.S. 817 (1977).
Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640 (2000).
Bradley v. School Board, 382 U.S. 103 (1965).
Bradwell v. Illinois, 83 U.S. 130 (1873).
Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).
Brown v. Plata, 563 U.S.493 (2011).
Build of Buffalo, Inc. v. Sedita, 441 F.2d 284 (2d Cir. 1971).
Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).
Bush v. Kentucky, 107 U.S. 110 (1983).
Califano v. Yamasaki, 442 U.S. 682 (1979).
Calvin v. Conlisk, 520 F.2d 1 (7th Cir. 1975).
Campaign for Fiscal Equity, Inc. v. State, 655 N.E.2d 661 (N.Y. 1995).
Chisholm v. Georgia, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).
Citizens United v. Federal Election Commission, 130 S. Ct. 876 (2010).
City of Los Angeles v. Lyons, 461 U.S. 95 (1983).
Clemons v. Board of Education, 228 F.2d 853 (6th Cir.) (1956).
Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946).

Coleman v. Brown, 925 F. Supp. 2D 901 (E.D. Cal. 2013).
Collins v. Schoonfield, 344 F. Supp. 257 (D. Md. 1972).
Columbus Bd. of Educ. v. Penick, 443 U.S. 449 (1979).
Commonwealth v. Aves, 35 Mass. 193 (1836).
Conn. Coal. for Justice in Educ. Funding v. Rell, 990 A.2d 206 (Conn. 2010).
Cooney v. Rossiter, 583 F.3d 967 (7th Cir. 2009).
Cooper v. Aron, 358 U.S. 1 (1958).
Costello v. Wainwright, 397 F. Supp. 20 (M.D. Fla. 1975).
Crawford v. Board of Education, 17 Cal. 3d 280 (1976).
Curtis v. City of New Haven, 726 F.2d 65 (2d Cir. 1984).
Dairy Queen, Inc. v. Wood, 369 U.S. 469 (1962).
Dauids v. State of New York, 2018 NY Slip Op 02168 (N.Y. App. Div., 2018).
Davis v. Bandemer, 478 U.S. 109 (1986).
Day v NLO, Inc., 144 FRD 330 (S. D. Ohio 1992).
Dayton Bd. of Educ. v. Brinkman, 433 U.S. 406 (1977).
D.C. v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).
DeSantis v. Pacific Telephone & Telegraph Co., 608 F.2d 327 (9th Cir. 2001).
Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857).
Dura Pharmaceuticals, Inc. v. Broudo, 544 U.S. 336 (2005).
East Texas Motor Freight Sys., Inc. v. Rodriguez, 431 U.S. 395 (1977).
eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388 (2006).
Edgewood Independent School District v. Meno, 917 S.W.2d 717 (Tex. 1995).
Elfbbrandt v. Russell, 384 U.S. 11 (1966).
Engel v. Vitale 370 U.S. 421 (1962).
Ex parte Virginia, 100 U.S. 339.
Ex parte Young, 209 U.S. 123 (1908).
Fitzpatrick v. Bitzer, 427 U.S. 445 (1976).
Frew v. Hawkins, 540 U. S. 431 (2004).
Gautreaux v. Chicago Housing Authority, 296 F. Supp. 907 (N.D. Ill. 1969).
Gayle v. Browder, 352 U.S. 903 (1956).
General Tel. Co. v. Falcon, 457 U.S. 147 (1982).
Georgia v. Tennessee Copper Co., 206 U.S. 230 (1907).
Gideon v. Wainwright 372 U.S. 335 (1963).

Gilligan v. Morgan, 413 U.S. 1 (1973)
Goesaert v. Cleary, 335 U.S. 464 (1948).
Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970)
Goss v. Board of Education, 373 U.S. 683 (1963).
Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).
Green v. County School Board, 391 U.S. 430 (1968).
Griffin v. County School Board of Prince Edward County, 377 U.S. 218 (1964).
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).
Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).
Hague v. CIO, 307 U.S. 496 (1939).
Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980).
Halder v. Pennhurst State School and Hosp., 446 F.Supp. 1295 (E.D. Pa. 1977).
Hall v. Werthan Bag Corp., 251 F. Supp. 184 (MD Tenn.1966).
Hans v. Louisiana, 134 U.S. 1 (1890).
Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States, 379 U.S. 241 (1964).
Holloway v. Arthur Andersen & Co., 566 F. 2d 659 (9th Cir. 1977).
Holmes v. City of Atlanta, 350 U.S. 879 (1955).
Holt v. Sarver, 300 F. Supp. 825 (E.D. Ark. 1969)
Holt v. Sarver II, 309 F. Supp 362 (E.D. Ark 1970); 442 F.2d 304 (8th Cir. 1971).
Holt v. Hutto, 363 F. Supp. 194 (1973).
Horne v. Flores, 557 U.S. 433 (2009).
In Re Agent Orange Prod. Liab. Litig., 818 F.2d 145 (2d Cir. 1987).
In Re Telectronics Pacing Systems, Inc., 172 F.R.D. 271, S.D. Ohio (1997).
International Brotherhood of Teamsters v. United States, 431 U.S. 324 (1977).
Jackson v. Bishop, 268 F. Supp. 804 (1967); 404 F.2d 571 (8th Cir. 1968).
Jackson v. Bulloch, 12 Conn. 38 (1837).
Jefferson v. Hackney, 406 U.S. 535 (1972).
Jenkins v. State of Mo., 639 F. Supp. 19 (W.D. Mo. 1985).
Jones v. Metzger, 456 F. 2d 854 (6th Cir. 1972).
Katzenbach v. McClung, 379 U.S. 294 (1964).
Kauffman v. Dreyfus Fund, Inc., 434 F.2d. 727 (3rd Cir. 1970).
Kimel v. Florida Board of Regents, 528 U.S. 62 (2000).

Kirkland v. New York State Dept. of Correctional Servs., 374 F. Supp. 1361 (S.D.N.Y. 1974), 520 F.2d 420 (2d Cir. 1975).

Knop v. Johnson, 685 F. Supp. 636 (W.D. Mich. 1988).

Knox v. McGinnis, 998 F.2d 1405 (7th Cir. 1993).

Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

Lane v. Kitzhaber, 283 F.R.D. 587 (D. Or. 2012).

Lankford v. Gelston, 364 F.2d 197 (4th Cir. 1966).

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

Lewis v. Casey, 518 U.S. 343 (1996).

Lewis v. Kugler, 446 F.2d 1343 (3d Cir. 1971);

Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

Maher v. Roe, 432 U.S. 464 (1977).

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

Mayor of Baltimore v. Dawson, 350 U.S. 877 (1955).

Metro-North Commuter R.R. Co. v. Buckley, 521 U.S. 424 (1997).

McDonald v. City of Chicago, 130 S. Ct. 3020 (2010).

McGowan v. Maryland, 366 U.S. 420 (1961).

McNeese v. Board of Education, 373 U.S. 668 (1963).

McReynolds v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 672 F.3d 482 (7th Cir. 2012).

Milliken v. Bradley, 418 U.S. 717 (1974).

Milliken v. Bradley II, 433 U.S. 280 (1977).

Mills v. Board of Education, 348 F. Supp. 866 (D.D.C. 1972).

Miranda v. Arizona 384 U.S. 436 (1966).

Missouri v. Jenkins, 495 U.S. 33 (1990) (Jenkins II).

Missouri v. Jenkins, 515 U.S. 70 (1995) (Jenkins III)

Monsanto Co. v. Geertson Seed Farms, 561 U.S. 139 (2010).

Neal v. Delaware, 103 U.S. 370 (1880).

Newman v. Alabama, 503 F. 2d 1320 (5th Cir. 1974).

New Jersey v. City of New York, 283 U.S. 473 (1931).

New York City Transit Authority v. Beazer, 440 U.S. 568 (1979).

New York State Assoc. for Retarded Children v. Rockefeller, 357 F. Supp. 752 (E.D.N.Y. 1973)

New York State Assoc. for Retarded Children Carey, 393 F. Supp. 715 (E.D.N.Y. 1975).

Northwest Environment Advocates v. EPA, 340 F. 3d 853 (CA9 2003).

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ___ (2015).

Oregon v. Mitchell, 400 U.S. 112 (1970).

Ortiz v. Fibreboard Corp., 527 U.S. 815 (1999).

O’Shea v. Littleton, 414 U.S. 488 (1974).

Overstreet v. North Shore Corp., 318 U. S. 125 (1943).

Parents Involved in Community School v. Seattle School District No. 1, 551 U.S. 701 (2007).

Pearl v. Allied Corp., 102 F.R.D. 921 (E.D. Pa. 1984).

Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney, 442 U.S. 256 (1977).

Petito v A.H. Robins Co, Inc, 750 So2d 103 (Fla App 1999).

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 US 833 (1992).

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

Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).

Printz v. United States, 521 U.S. 898 (1997).

Pugh v. Locke, 406 F. Supp. 318 (M.D. Ala. 1976).

Ragsdale v. Turnock, 941 F. 2d 501 (CA7 1991).

Rahman v. Chertoff, 530 F.3d 622 (7th Cir., 2008).

Redland Soccer Club Inc v. Department of the Army, 696 A2d 137 (Pa 1997).

Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971).

Reid v. Donelan, 297 F.R.D. 185 (D. Mass. 2014).

Regents of the University of California v. Bakke, 438 US 265 (1978).

Reserve Mining Co. v. EPA, 514 F.2d 492 (8th Cir. 1975).

Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964).

Rhem v. Malcolm, 507 F.2d 333 (2d Cir. 1974).

Rhodes v. Chapman, 452 U.S. 337 (1981).

Ridgeway v. Flagstar Corp., 1994 WL 525553 (N.D. Cal. 1994).

Rizzo v. Goode, 423 U.S. 362 (1976).

Roberts v. Texaco, Inc., 979 F. Supp. 185 (S.D.N.Y. 1997).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1993).

Rogers v. Paul, 382 U.S. 198 (1965).
Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).
Ruffo v. Inmates of Suffolk County Jail, 502 U.S. 367 (1992).
Ruiz v. Estelle, 679 F. 2d 1115 (5th Cir. 1982).
San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973).
Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War, 418 U.S. 208, 216 (1974).
Schnell v. City of Chicago, 407 F.2d 1084 (7th Cir. 1969).
Schroer v. Billington, 577 F. Supp. 2d 293 (D.D.C. 2008).
Shaw v. Reno, 509 U.S. 630 (1993).
Shepard Claims Service, Inc. v. William Darrah & Associates, 796 F.2d 190 (6th Cir. 1986).
Sidles v. Delaney, Civ. No. 75-300A (N.D. Ohio, Apr. 20, 1976).
Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1873).
Solid Waste Agency v. United States Army Corps of Engineers, 531 U.S. 159 (2001).
Spokeo, Inc. v. Robins, 578 U.S. ___ (2016).
Stewart v. Lubbock County, 767 F.2d 153 (5th Cir. 1985).
St. Helena Parish School Board v. Hall, 368 U.S. 515 (1962).
Strauder v. West Virginia, 100 U.S. 303 (1880).
Strickland v. Yarbrough, 278 F.R.D. 635 (N.D. Okla. 2011).
Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U.S. 1 (1971).
Swierkiewicz v. Sorema N. A., 534 U. S. 506 (2002).
Taylor v. Perini, 413 F. Supp. 189 (N.D. Ohio 1976).

Thompson v. Western States Medical Center, 535 U.S. 357 (2002).
Tyson Foods, Inc. v. Bouaphakeo, 577 U.S. ___ (2016).
United Jewish Organizations v. Carey, 430 U.S. 144 (1977).
United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1876).
United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000).
United States v. Reserve Mining Co., 56 F.R.D. 408 (D. Minn. 1972).
Vergara v. State, 209 Cal. Rptr. 3d 532 (Cal. Ct. App., 2016).

Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp., 429 U.S. 252 (1977).

Virginia v. Rives, 100 U.S. 313 (1880).

Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, et al., 564 U.S. 338 (2011).

Walters v. Reno, 145 F.3d 1032 (9th Cir. 1998).

Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976).

Wyatt v. Aderholt, 503 F.2d 1305 (5th Cir. 1974).

Wyatt v. Stickney, 334 F. Supp. 1341 (M.D. Ala 1971), 344 F. Supp. 373 (M.D. Ala. 1972).

Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982).