



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Litígios estruturais e a proteção dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19: contribuições do ICCAL**

**Structural reform litigation and the protection of indigenous peoples' rights in the Covid-19 pandemic: ICCAL contributions**

Ana Carolina Lopes Olsen

Bianca M. Schneider van der Broecke

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021  
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE  
LICITAÇÕES E CONTRATOS

# Sumário

<b>DOSSIÊ TEMÁTICO: NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS .....</b>	<b>17</b>
<b>I. LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS: PARTE GERAL.....</b>	<b>18</b>
<b>INTEGRATED CONTRACT IN LAW 14.133/2021: NEW LAW, SAME PROBLEMS? A STUDY OF COMPARATIVE LAW .....</b>	<b>20</b>
Paulo Afonso Cavichioli Carmona, Bruno Ribeiro Marques e Odilon Cavallari	
<b>REAJUSTAMENTO DE PREÇOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS BRASILEIRA: O “PRINCÍPIO” DA ANUALIDADE.....</b>	<b>48</b>
Ricardo Silveira Ribeiro e Bráulio Gomes Mendes Diniz	
<b>A NOVA LEI DE LICITAÇÕES, AS ENCOMENDAS TECNOLÓGICAS E O DIÁLOGO COMPETITIVO .....</b>	<b>61</b>
André Dias Fernandes e Débora de Oliveira Coutinho	
<b>LICITAÇÕES, CONTRATOS E O IMPULSO À APRENDIZAGEM PROFISSIONAL: UM ESTUDO SOBRE A CONTRATAÇÃO DE APRENDIZES NO ESTADO DO AMAZONAS, BRASIL .....</b>	<b>80</b>
Emerson Victor Hugo Costa de Sá, Natasha Yasmine Castelo Branco Donadon e Mauro Augusto Ponce de Leão Braga	
<b>LICITAÇÕES, CONTRATOS E MODELO BRASILEIRO DE PROCESSO: NOTAS SOBRE A VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE FERRAMENTAS PROCESSUAIS PARA CONFERIR MAIOR EFICIÊNCIA ÀS AQUISIÇÕES PÚBLICAS .....</b>	<b>97</b>
Claudio Madureira e Carlos André Luís Araujo	
<b>RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: REFORÇO DOS MEIOS ALTERNATIVOS.....</b>	<b>118</b>
Clarissa Sampaio Silva e Danille Maia Cruz	
<b>A ADESÃO DO BRASIL AO ACORDO SOBRE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS DA OMC: ENTRE TABUS E DIFICULDADES REAIS .....</b>	<b>137</b>
Eduardo Ferreira Jordã e Luiz Filippe Esteves Cunha	
<b>II. ACCOUNTABILITY E CONTROLE .....</b>	<b>160</b>
<b>A LEI N.º 14.133/2021 E OS NOVOS LIMITES DO CONTROLE EXTERNO: A NECESSÁRIA DEFERÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM PROL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>162</b>
Ricardo Schneider Rodrigues	
<b>O CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O QUE HÁ DE NOVO?.....</b>	<b>183</b>
Leandro Sarai, Flávio Garcia Cabral e Cristiane Rodrigues Iwakura	

<b>PROGRAMA DE COMPLIANCE COMO EXIGÊNCIA EM LICITAÇÕES: ANÁLISES EM PROL DA QUALIFICAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO NO CONTEXTO DA LEI 14.133/2021.....</b>	<b>206</b>
Cristian Ricardo Wittmann e Anayara Fantinel Pedroso	
<b>A NOVA REALIDADE BRASILEIRA DE NECESSIDADE DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS LICITANTES EM PROCESSOS LICITATÓRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>227</b>
Fernando Silva Moreira dos Santos e Luiz Fernando de Oriani e Paulillo	
<b>III. EFICIÊNCIA.....</b>	<b>242</b>
<b>EFFICIENCY CONTRACTS IN THE NEW BRAZILIAN PROCUREMENT LAW: CONCEPTUAL FRAMEWORK AND INTERNATIONAL EXPERIENCE.....</b>	<b>244</b>
Floriano de Azevedo Marques Neto, Hendrick Pinheiro e Tamara Cukiert	
<b>A GESTÃO DE RISCOS COMO INSTRUMENTO PARA A APLICAÇÃO EFETIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA.....</b>	<b>260</b>
Rafael Rabelo Nunes, Marcela Teixeira Batista Sidrim Perini e Inácio Emiliano Melo Mourão Pinto	
<b>IV. CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO ESTRANGEIRO .....</b>	<b>282</b>
<b>LA ADQUISICIÓN DE VACUNAS CONTRA LA COVID-19 POR COLOMBIA: ENTRE LA CONFIDENCIALIDAD Y LA FALTA DE TRANSPARENCIA.....</b>	<b>284</b>
Gressy Karenly Rojas Cardona e David Mendieta	
<b>LA DISCRIMINACIÓN EX POST DE LOS OFERENTES DE UNA LICITACIÓN PÚBLICA COMO INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y DE LIBRE COMPETÊNCIA.....</b>	<b>312</b>
Jaime Arancibia Mattar	
<b>LA DISCRIMINACIÓN EX POST DE LOS OFERENTES DE UNA LICITACIÓN PÚBLICA COMO INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y DE LIBRE COMPETÊNCIA.....</b>	<b>332</b>
Udochukwu Uneke Alo, Obiamaka Adaeze Nwobu e Alex Adegboye	
<b>OUTROS TEMAS .....</b>	<b>348</b>
<b>I. POLÍTICAS PÚBLICAS E INSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>349</b>
<b>¿EXISTE EL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS MIGRANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL? .....</b>	<b>351</b>
Juan Jorge Faundes e Glorimar Alejandra Leon Silva	
<b>EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DEBIDO PROCESO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CORTE SUPREMA: DOS NOCIONES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CHILENO .....</b>	<b>384</b>
Pedro Harris Moya	

<b>“MINISTROCRACIA” E DECISÕES INDIVIDUAIS CONTRADITÓRIAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>402</b>
Ulisses Levy Silvério dos Reis e Emilio Peluso Neder Meyer	
<b>A POLÍTICA DE INOVAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS NO BRASIL.....</b>	<b>427</b>
Caroline Viriato Memória e Uinie Caminha	
<b>CONFLITOS DE COMPETÊNCIA E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO FEDERALISMO BRASILEIRO.....</b>	<b>447</b>
Jorge Leal Hanai, Luis Antônio Abrantes e Luiz Ismael Pereira	
<b>O MINISTÉRIO PÚBLICO NO ENFRENTAMENTO DOS REFLEXOS DA CRISE DA COVID-19: UMA ANÁLISE ACERCA DA SUA ATUAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE.....</b>	<b>474</b>
Raquel Maria da Costa Silveira, Ana Mônica Medeiros Ferreira, Flávio Luiz Carneiro Cavalcanti e Haroldo Helinski Holanda	
<b>A CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA POLÍTICA FALIMENTAR.....</b>	<b>498</b>
Nuno de Oliveira Fernandes	
<b>II. POLÍTICAS PÚBLICAS, GRUPOS VULNERÁVEIS E LITÍGIOS ESTRUTURAIS.....</b>	<b>528</b>
<b>LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS DE LOS GRUPOS VULNERABLES Y LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN DURANTE LA PANDEMIA.....</b>	<b>530</b>
Mary Luz Tobón Tobón	
<b>LITÍGIOS ESTRUTURAIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: CONTRIBUIÇÕES DO ICCAL.....</b>	<b>550</b>
Ana Carolina Lopes Olsen e Bianca M. Schneider van der Broocke	
<b>EPISTEMICÍDIO DAS NARRATIVAS NEGRAS E LITÍGIO ESTRUTURAL: INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS PARA DISSOLUÇÃO DO PROBLEMA NO SISTEMA EDUCACIONAL.....</b>	<b>582</b>
Vitor Fonsêca e Caroline da Silva Soares	
<b>TRAJETÓRIAS E DIRETRIZES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NACIONAIS PARA A POPULAÇÃO INFANTO-JUVENIL EM SITUAÇÃO DE RUA.....</b>	<b>598</b>
Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo Lima, Cynthia Xavier de Carvalho e Maria Creusa de A. Borges	
<b>EMPRENDIMIENTO COMO FUENTE DE INGRESOS PARA LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN EL MARCO DE LA LEY 1448 DE COLOMBIA. REFLEXIONES DE LA IMPLEMENTACIÓN EN EL VALLE DEL CAUCA.....</b>	<b>625</b>
Saulo Bravo García e Luz Marina Restrepo García	
<b>III. POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÃO RESTAURATIVA.....</b>	<b>648</b>

**JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO AÇÃO COMUNICATIVA: EQUILÍBRIO ENTRE SISTEMA E MUNDO DA VIDA.....650**  
Daniela Carvalho Almeida da Costa e Luciana Leonardo Ribeiro Silva de Araújo

**JUSTIÇA RESTAURATIVA: ACORDOS E COOPERAÇÃO.....668**  
Samyle Regina Matos Oliveira e Selma Pereira de Santana

# Litígios estruturais e a proteção dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19: contribuições do ICCAL\*

## Structural reform litigation and the protection of indigenous peoples' rights in the Covid-19 pandemic: ICCAL contributions

Ana Carolina Lopes Olsen\*\*

Bianca M. Schneider van der Broecke\*\*\*

### Resumo

Diante dos riscos que a pandemia de COVID-19 tem gerado para os direitos humanos de grupos vulneráveis, como povos indígenas, neste artigo, analisa-se a atuação do Supremo Tribunal Federal a respeito do processo e julgamento do litígio estrutural, contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/2020, a fim de se verificarem as contribuições que podem surgir da interação com a jurisdição regional e de outros Estados no ambiente do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL). Nesse intuito, empregando o método dedutivo e revisão crítica bibliográfica em jurisprudência e doutrina, a investigação se desenvolve com base no estudo dos institutos do constitucionalismo transformador e dos litígios estruturais enquanto ferramentas que operacionalizam os *standards* interamericanos em direitos humanos, bem como dos diálogos judiciais que demandam cooperação entre as jurisdições para realizar seus compromissos constitucionais. Em seguida, realizou-se o estudo do emprego dos litígios estruturais para proteção dos direitos de comunidades indígenas pelas cortes integrantes do ICCAL a fim de identificar contribuições. Por fim, um estudo pormenorizado das decisões adotadas na ADPF 709 demonstrou a abertura do STF aos parâmetros jurídicos do ICCAL, mediante o emprego de um processo estrutural que preza o diálogo institucional entre a corte, os agentes do Executivo e as comunidades indígenas, em atenção aos seus valores tradicionais. O STF parece estar no caminho para avançar na realização do constitucionalismo transformador no Brasil, podendo aprofundar seu diálogo com a Corte Interamericana e adotar estratégias de interação e aproximação com as comunidades afetadas.

**Palavras-chave:** litígio estrutural; constitucionalismo transformador; *Ius Constitutionale Commune* na América Latina; direitos humanos; povos indígenas.

### Abstract

Given the risks that the COVID-19 pandemic has generated for the human rights of vulnerable groups, such as indigenous peoples, this article aims to

\* Recebido em 30/05/2021  
Aprovado em 22/11/2021

\*\* Doutora em Direito pela PUC-PR. Mestre em Direito pela UFPR. Visiting Researcher no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2019). Membro da Rede ICCAL Brasil. Professora de Direito Constitucional e de Direitos Humanos no Centro Universitário Católica de Santa Catarina.  
E-mail: anac.olsen@gmail.com.

\*\*\* Doutora em Direito pela PUC-PR. Mestre em Direito pela UCAM-RJ. Bolsista no Programa de Excelência Acadêmica da CAPES (2018/2020). Integrante da Rede ICCAL Brasil. Advogada inscrita na OAB/PR.  
E-mail: biaschneidervdb@gmail.com.

undertake a contextualized critical analysis of the approach of the Brazilian Federal Supreme Court in the adjudication of the structural reform litigation ADPF 709/2020, in order to verify the contributions that can arise from the interaction with the regional jurisdiction and that of other states in the environment of the *Ius Constitutionale Commune in Latin America* (ICCAL). To this end, using the deductive method and a critical bibliographic review of jurisprudence and doctrine, the investigation is based on the study of the institutes of transformative constitutionalism and structural reform litigation as tools that operationalize inter-American human rights standards, as well as the judicial dialogues that demand cooperation among jurisdictions to fulfill their constitutional commitments. Next, we studied the use of structural reform litigation to protect the rights of indigenous communities by ICCAL member courts in order to identify their contributions. Finally, a detailed study of the decisions adopted in ADPF 709 demonstrated the STF's openness to the legal parameters of the ICCAL, through the use of a structural process that values institutional dialogue between the court, executive branch agents, and indigenous communities, with attention to their traditional values. The STF seems to be on the way to advancing the realization of transformative constitutionalism in Brazil, and may deepen its dialogue with the Inter-American Court and adopt strategies of interaction and approximation with the affected communities.

**Keywords:** structural reform litigation; transformative constitutionalism; *Ius Constitutionale Commune* in Latin America; human rights; indigenous peoples.

## 1 Introdução

As atuais constituições latino-americanas contêm um projeto emancipador e transformador, que atribui um papel central ao Estado em busca de reformas sociais progressistas. Os seus catálogos de direitos fundamentais, especialmente os de cunho prestacional e realização progressiva, indicam o comprometimento permanente das comunidades políticas com a afirmação da igualdade e da justiça social, a fim de superar os quadros de pobreza, exclusão e desigualdade que marcam a região. Essa estratégia jurídica de conversão das demandas sociais em previsões constitucionais, aliada ao fortalecimento dos sistemas de revisão judicial, trouxe a lume o fenômeno da judicialização da política e, com ele, o aparecimento de litígios estruturais.

Esse tipo de controvérsia judicial tem como características a identificação de uma situação de reiterada violação de direitos fundamentais de uma pluralidade de pessoas, decorrente da inércia ou inadequação do agir estatal e institucional para a concretização de políticas públicas<sup>1</sup>, que exija a adoção de medidas complexas (ou estruturais) para a sua superação. A resolução dessas demandas depende da promoção de desbloqueios políticos e institucionais, a fim de dar cumprimento à dimensão objetiva de direitos fundamentais e, com isso, possibilitar mudanças sociais em grande escala. Nesse campo, surgiram novas e criativas técnicas decisórias, que tomam por base uma abordagem mais flexível e pragmática da jurisdição constitucional, mostrando-se frutíferas para resolver problemas de cunho coletivo e interesse público complexos, resultantes de falta de vontade política e de deficiências das burocracias estatais.

Além disso, nas últimas décadas, a busca por soluções para a implementação dos direitos sociais tem gerado um intenso câmbio de experiências entre ordens jurídicas nacionais, por meio do diálogo entre tribunais, bem como a sua abertura ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Essa perspectiva de integração jurídica da região tem como motor a ideia do “constitucionalismo transformador”, um modelo que

<sup>1</sup> É com base no conceito formulado por Maria Paula Dallari Bucci que se emprega o termo “política pública” no presente trabalho, *in verbis*: “política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

busca promover a transformação da realidade política e social por meio do fortalecimento da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos. Tal abordagem regional sobre o constitucionalismo transformador está, recentemente, atrelada à proposta de um *Ius Constitutionale Commune* (ICCAL), considerando-se as disposições constitucionais equivalentes dos Estados sobre direitos fundamentais, que refletem os tratados de direitos humanos, em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a sua aderência à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Esse constitucionalismo multinível, que tem como escopo viabilizar a harmonização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em torno de *standards* comuns, sem desconsiderar as especificidades de cada país, e como pressuposto a ênfase no Poder Judiciário, enquanto propulsor de inovações transformadoras, tornou-se realidade no atual contexto pandêmico, quando se fez premente a proteção de grupos vulneráveis como os povos indígenas. No Brasil, o processo e julgamento do litígio estrutural, contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709/2020, que versa sobre a proteção de povos indígenas em face da pandemia de COVID-19, pode servir de paradigma para a inserção definitiva do STF nesse espaço de diálogos judiciais, demonstrando a importância do seu papel transformador e a realidade promissora do entrelaçamento em rede dos sistemas jurídicos nacionais ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Diante desse quadro, questiona-se: como um diálogo do STF com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e outras cortes nacionais pode ajudar na implementação do constitucionalismo transformador pela via do litígio estrutural, envolvendo a proteção dos direitos dos povos indígenas, especialmente aqueles afetados pela pandemia de COVID-19? Tendo em vista que, nos moldes da jurisprudência comparada, isso ocorre com base em um modelo de ativismo dialógico que pressupõe, para além da interação interinstitucional, a participação cidadã, relativa à tomada de decisão, a hipótese a ser confirmada é que, com base no desenrolar da ADPF n. 709, verifica-se uma maior integração do STF aos *standards* de proteção dos direitos dessas populações, adotando estratégias próprias do constitucionalismo transformador, a fim de realizar a proposta de realização dos direitos humanos segundo o quadro teórico do ICCAL.

Este trabalho assenta-se no método dedutivo e em revisão crítica bibliográfica com base em textos doutrinários e jurisprudência comparada sobre o tema, e seguiu um caminho de três etapas. Em um primeiro momento, apresenta-se o contexto teórico que fundamenta a análise da atuação do STF na ADPF 709/2020, ou seja, o constitucionalismo transformador e a proposta dos litígios estruturais como ferramenta para sua realização. Essas categorias são apresentadas com base no panorama do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, em que os diálogos judiciais constituem um instrumento para a almejada troca argumentativa entre o STF e a jurisdição interamericana. Em seguida, analisam-se as técnicas decisórias para a resolução de litígios estruturais empregadas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para a proteção dos povos indígenas em um ambiente de diálogos judiciais. Por fim, realiza-se a análise da pioneira abordagem estrutural e dialógica adotada pelo STF para a superação das violações de direitos dos indígenas brasileiros durante a pandemia de COVID-19, na ADPF 709/2020.

A troca de experiências na seara do ICCAL demonstra que a eficácia da intervenção judicial estrutural, em relação à proteção de direitos humanos de grupos menos favorecidos, que não têm voz nem vez na agenda política, especialmente em momentos de retrocesso democrático, depende de uma gestão processual ativa e dialógica, pautada no potencial transformador dos tribunais para alcançar a desestabilização de práticas institucionais estagnadas e deficientes.



## 2 Panorama teórico: litígios estruturais como ferramenta do constitucionalismo transformador no ICCAL

A fim de compreender as potencialidades de um diálogo entre o STF e a Corte IDH para a proteção dos povos indígenas, em especial no contexto pandêmico, exploram-se, neste tópico, em um primeiro momento, as categorias do constitucionalismo transformador como movimento constitucional focado na proteção de grupos mais vulneráveis para a promoção da inclusão social, e o litígio estrutural como um instrumento valioso para a consecução desse propósito. Em seguida, analisa-se como essas categorias integram, juntamente aos diálogos judiciais, as ferramentas jurídicas do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, um projeto direcionado à proteção dos direitos humanos e à realização de uma democracia social em um Estado de Direito.

### 2.1 Constitucionalismo Transformador e litígios estruturais na perspectiva dos “direitos de desestabilização”

Constitucionalismo transformador é um conceito que, recentemente, emergiu no direito comparado, especialmente, mas não exclusivamente,<sup>2</sup> vinculado ao crescimento do ativismo judicial<sup>3</sup> em países do Sul Global e aos ideais da justiça distributiva e da igualdade material, em contextos de judicialização da política<sup>4</sup>.

A primeira vez em que o termo “constitucionalismo transformador” apareceu no cenário jurídico acadêmico foi em 1998, em um artigo científico escrito pelo pesquisador estadunidense Karl E. Klare, sobre as aspirações transformadoras da Constituição da África do Sul pós-*apartheid* (1996)<sup>5</sup> e sua forma de concretização.<sup>6</sup> Como afirma o autor, as características essenciais do experimento sul-africano incluem o multiculturalismo, uma atenção especial às questões de gênero e de identidade sexual, a ênfase à participação e à transparência governamental, a proteção do meio ambiente e a extensão das credenciais democráticas para a “esfera privada”.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> HAILBRONNER, Michaela. Transformative constitutionalism: not only in the Global South. *The American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 3, p. 527-565, fall 2017.

<sup>3</sup> O termo “ativismo judicial” é aqui empregado no sentido de uma mudança comportamental por parte dos integrantes do Poder Judiciário, que passaram a atuar com uma maior autonomia no processo de tomada de decisão, em prol de um protagonismo institucional, diante de situações de omissão ou déficit funcional dos Poderes Executivo e Legislativo. KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 96, p. 69-95, jul. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 29 maio 2021. p. 71-72.

<sup>4</sup> Como explica Ran Hirschl, esse fenômeno da “judicialização da política” abarca, na verdade, três processos inter-relacionados. Em nível mais abstrato, refere-se à “*juridification of social relations*”. Um segundo e mais concreto aspecto da judicialização da política é a expansão da competência dos tribunais e juízes na determinação dos resultados de políticas públicas, especialmente em julgamentos no âmbito da proteção dos direitos constitucionais ou dos limites dos poderes Legislativo e Executivo. Judicialização desse tipo se manifesta principalmente no domínio do controle judicial de processos de formulação de políticas públicas a nível nacional e, nas últimas duas décadas, tem também se proliferado a nível internacional, principalmente com o estabelecimento de inúmeras cortes transnacionais e comissões que lidam com a proteção dos direitos humanos. Uma terceira classe de judicialização da política é a confiança nas cortes e juízes para lidar com o que se pode chamar de “*mega-politics*”: controvérsias políticas centrais que definem (e frequentemente dividem) políticas inteiras. O resultado tem sido a transformação das Cortes Supremas ao redor do mundo numa parte crucial dos respectivos aparatos nacionais de elaboração da política nesses países, processo que, em outro trabalho, o autor descreve como “*juristocracia*”. É no que se refere à segunda classificação de Hirschl que o fenômeno da judicialização da política se vincula ao projeto do constitucionalismo transformador e de um novo modelo de ativismo judicial, comprometido com a mudança social e com a legitimidade das cortes como peças-chave nessa transformação. HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (org.). *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 119-121.

<sup>5</sup> A nova Constituição sul-africana teve como propósito primordial a superação do regime de segregação racial baseado na dominação de uma minoria branca (*Apartheid*), mediante o estabelecimento de um regime democrático e baseado na justiça social, assumindo, portanto, um compromisso indelével com os direitos fundamentais e a igualdade, esta compreendida em seu aspecto material (redistributivo) e não apenas formal.

<sup>6</sup> KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 1998.

<sup>7</sup> KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 1998. p.

Para Klare, o novo projeto político sul-africano inaugura a ideia de um constitucionalismo transformador, caracterizado pelo esforço para induzir mudanças sociais em grande escala, através de processos políticos não violentos fundamentados no Direito. E esse propósito emancipatório exige um novo olhar sobre o papel e as responsabilidades da jurisdição constitucional, que deveriam ser pensados com base no ponto de vista da promoção da igualdade material e de processos de tomada de decisão participativos e democráticos. Nesse sentido, o autor apresenta a ideia de uma “*transformative adjudication*” como um método de construção dos significados da Constituição politicamente engajado e transparente, compatível com as aspirações transformadoras do pacto social sul-africano.<sup>8</sup>

Essa forma específica que Klare afirma como ideal para interpretar a Constituição da África do Sul, segundo ele, consistiria em uma leitura “pós-liberal”, isto é, que se afasta da tradição liberal norte-americana, geralmente tomada como paradigma em outras democracias constitucionais, “*toward an empowered model of democracy*”.

A “*transformative adjudication*” seria uma prática inevitavelmente política e que depositaria na transparência sua fonte de legitimação.<sup>9</sup> Nesse diapasão, o autor demonstra sua opção pela metodologia e orientação do movimento denominado *Critical Legal Studies* (CLS),<sup>10</sup> que agitou a cena jurídica e acadêmica (Harvard e Yale) dos Estados Unidos nos anos 70 e 80, engendrando críticas ao positivismo e ao liberalismo, com base na concepção de que “Direito é Política”.<sup>11</sup> Um dos principais protagonistas do CLS foi Roberto Mangabeira Unger que, em 1986, publicou o livro-manifesto *The Critical Legal Studies Movement*<sup>12</sup> e, em 1987, avançando em sua reflexão teórica, escreveu a obra *False Necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*,<sup>13</sup> em que formula um “sistema de direitos”, que consiste em um detalhado programa institucional de “empoderamento da democracia”.

Segundo o pensamento de Mangabeira Unger, esse sistema de direitos é capaz de implementar uma “visão de empoderamento individual e coletivo”, sendo expressão indissociável da tarefa de reconstrução institucional, em prol da eliminação das hierarquias e dos planos de divisão social, existentes na sociedade. Nesse contexto, os “direitos de desestabilização” são aqueles vinculados à execução de políticas públicas e mobilização dos poderes, e estão vinculados, de forma indissociável, aos “direitos de imunidade”, atinentes à ideia de proteção contra excessos e violações pela maioria, eleita democraticamente.<sup>14</sup> Nas palavras do autor:

destabilization rights protect the citizen’s interest in breaking open the large-scale organizations or the extended areas of social practice that remain closed to the destabilizing effects of ordinary conflict and thereby sustain insulated hierarchies of Power and advantage. The combination of immunity rights with destabilization rights gives legal expression to the central institutional mechanism of the whole constitutional plan. The destabilization entitlement ties the collective interest in ensuring that all institutions and practices can be criticized and revised to the individual interest in avoiding oppression.<sup>15</sup>

151-152.

<sup>8</sup> KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 1998. p. 150-152.

<sup>9</sup> KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 1998. p. 164.

<sup>10</sup> ROUX, Theunis. Transformative constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: distinction without a difference?. *Stellenbosch Law Review*, v. 20, n. 2, p. 259. HAILBRONNER, Michaela. Transformative constitutionalism: not only in the Global South. *The American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 3, p. 527-565, fall 2017. p. 534.

<sup>11</sup> Sobre o tema, ver: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao movimento Critical Legal Studies*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. e GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Critical Legal Studies Movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez./jan. 2007.

<sup>12</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

<sup>13</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

<sup>14</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 510-530.

<sup>15</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 530.

Como afirma Mangabeira Unger, esses direitos de desestabilização possuem homólogos nas variações do complexo de *injunctive relief*, encontrado no direito estadunidense contemporâneo, mais especificamente nas *injunctions* (provimentos mandamentais)<sup>16</sup> que autorizam a intervenção judicial em políticas públicas e instituições sociais, como escolas, prisões, hospitais etc., para a sua reconstrução, em nome de ideais democráticos.<sup>17</sup> Nesse sentido, o autor se refere à denominada *structural injunction remedy*,<sup>18</sup> utilizada na jurisdição constitucional dos Estados Unidos após a paradigmática decisão *Bronn vs. Board of Education* (1954/1955),<sup>19</sup> que fixou as diretrizes reconstrutivas necessárias para a eliminação da política de segregação racial no sistema público de ensino.

Como desdobramento desse caso, a partir do final da década de 1960, houve, nos Estados Unidos, o desenvolvimento e propagação do que Owen Fiss chamou de *structural reform litigation*. Os juízos federais distritais foram, então, acionados para promover a reforma das instituições sociais que estavam em desacordo com os princípios constitucionais. Ao invés da contenção e consequente tolerância às violações de *civil rights* em curso, o papel judicial foi definido em resposta ao fracasso dos atores políticos em determinadas áreas, em prejuízo a determinados grupos minoritários. Essa alteração judicial do equilíbrio de poder, que tem início no contexto da igualdade racial, se caracteriza por meio de uma conduta ativista dos membros do Poder Judiciário e se justifica e delimita com base na proteção dos direitos de grupos sociais que são vulneráveis a “perversões pelo processo majoritário”<sup>20</sup>.

A sistemática negação de direitos fundamentais a um determinado grupo social vulnerável e sem representação política justificou o propósito preponderantemente transformador, inerente a essas ordens estruturais. Nesse sentido, esclarece Fiss, que “*procedure is not independent of substance. In the context of injunctive remedies, and perhaps other contexts as well, the civil rights era teaches that procedure is, and should be, ineluctably tied to the merits and nature of the underlying substantive claim*”<sup>21</sup>.

A partir do sucesso dessa experiência, nos anos que se seguiram, litigantes e advogados postularam a reorganização estrutural de outras instituições públicas dos Estados Unidos, que também operavam de forma a violar a Constituição. As lições da dessegregação escolar foram transferidas para outros contextos como o da proteção contra abusos policiais, da realização do ideal de tratamento humano nas prisões e nos hospitais psiquiátricos, e da equalização de gastos nos sistemas educacionais dos estados. E, em razão das inovações processuais advindas dessa forma de adjudicação, passaram a ser identificadas como litígio estrutural (ou *structural reform litigation*)<sup>22</sup> aquelas demandas em que o juiz, exercendo a função de conferir

<sup>16</sup> No sistema jurídico dos EUA, utiliza-se o conceito “remedy” para identificar os diversos tipos de determinações que os tribunais ordenam após o julgamento do mérito das reivindicações de um litigante, podendo incluir: (a) a determinação do ressarcimento de danos; (b) a declaração dos direitos e obrigações das partes; e (c) uma variedade de ordens denominadas de “injunctions”, que instruem o réu a cessar sua conduta prejudicial ou adotar uma conduta exigida por lei. Esse último tipo de ordem, especificamente, requer a existência de danos irreparáveis e a ausência de outras medidas adequadas para solucionar a lide. FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure*. New York: Foundation Press, 2003. p. 29 e ss.

<sup>17</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 531-532.

<sup>18</sup> FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978. p. 9-10.

<sup>19</sup> Essa class action (ação coletiva) representou o símbolo maior em termos de impacto criativo da denominada “Corte Warren”, pois encerra a doutrina do separate but equal, inaugurada pouco mais de 50 anos antes no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson* de 1896, desestabilizando alguns valores tradicionais que tinham raízes profundas nos costumes do país. Na fase em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América passou a ser presidida por Earl Warren, na denominada “Era Warren” (1953-1969), houve a ampliação dos direitos civis e políticos dos cidadãos para além das questões que envolviam a igualdade racial, por meio de uma atuação judicial expansiva. Como descreve Bernard Schwratz, a “Era Warren” representa um dos dois grandes períodos criativos do direito público estadunidense, desempenhando a tarefa de acompanhar o ritmo frenético de mudanças sociais do século XX, na esteira do New Deal. Para tanto, a Corte teve de realizar um papel transformador, geralmente considerado mais adequado ao legislador do que ao juiz e, neste processo, “rewrote much of the corpus of american constitutional law”. SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 263.

<sup>20</sup> COVER, Robert. The origins of judicial activism in the protection of minorities. *Yale Law Journal*, v. 91, 1981/1982. p. 1291.

<sup>21</sup> FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978. p. 97.

<sup>22</sup> Consoante elucidada Fiss, o processo judicial de caráter estrutural distinguiu-se do modelo tradicional de adjudicação, de cunho liberal-individualista, pensado para resolver litígios privados, porque além do caráter constitucional dos valores sociais em lide, en-

significado concreto e aplicação aos preceitos constitucionais, na operacionalização de políticas públicas, incumbia-se de reestruturar organizações burocráticas para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes.<sup>23</sup>

Esse propósito preponderantemente transformador, inerente às ordens estruturais (*structural injunction*), faz que haja uma relação de correspondência com a ideia de *desestabilization rights*, como pontuou Mangabeira Unger. Na mesma toada, é com fulcro nos preceitos do *Critical Legal Studies Movement* e, com base nessa singular experiência concreta de transformação social, proveniente da jurisprudência dos Estados Unidos, em 1998, Klare inaugurou a concepção de um constitucionalismo transformador, apresentando uma leitura transformadora da Constituição da África do Sul de 1996, com fulcro na ideia da “*transformative adjudication*”.

Nesse passo, o constitucionalismo transformador ganhou sentido como um “contra-modelo”<sup>24</sup>, ou uma leitura pós-liberal<sup>25</sup>, isto é, um conceito que busca superar o paradigma do constitucionalismo liberal estadunidense, especialmente pré-*New Deal*, segundo o qual as constituições deveriam, apenas, restringir o poder do Estado e salvaguardar a liberdade individual. O constitucionalismo transformador é possível, apenas, nas sociedades que exigem um papel ativo para o Estado na condução de transformações sociais em larga escala e que usam sua Constituição como uma ferramenta para fazer cumprir esse intento. Como consequência do compromisso com mudanças fundamentais dirigidas pelo Estado, regimes transformadores tomam como norte direitos fundamentais com estrutura positiva (prestacional) e que geram deveres estatais justicáveis, para a sua proteção ou promoção, em prol da realização do projeto constitucional.

Como inferiu Klare, as aspirações transformadoras da Constituição da África do Sul e o contexto institucional existente implicariam novas concepções acerca do papel e das responsabilidades da jurisdição constitucional, que sugerem que os juízes também trabalhem em prol da realização dos projetos políticos.<sup>26</sup> E, de fato, a atuação da Corte Constitucional passou a ser a peça-chave para o constitucionalismo transformador que surgiu no país após a transição democrática. O protagonismo institucional desse tribunal, para a concretização das promessas constitucionais pós-Apartheid, desenvolveu-se por meio de uma abordagem flexível e pragmática, pautada por um modelo dialógico-deliberativo, que se assenta num sistema de cooperação entre o Judiciário e os demais poderes, bem como na transparência e na participação dos cidadãos afetados<sup>27</sup>, com enfoque no potencial constitucional dos juízes para promover uma democracia inclusiva e responsiva, bem como neutralizar obstáculos específicos do processo político<sup>28</sup>.

---

volviam um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais importantes para alguns setores da sociedade. FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, nov. 1979. p. 17.

<sup>23</sup> FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, nov. 1979. p. 18.

<sup>24</sup> HAILBRONNER, Michaela. Transformative constitutionalism: not only in the Global South. *The American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 3, p. 527-565, fall 2017. p. 545.

<sup>25</sup> KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 1998. p. 151.

<sup>26</sup> KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 1998. p. 156.

<sup>27</sup> Na tentativa de equilibrar a implementação de direitos fundamentais e os processos democráticos de tomada de decisão, a partir da ideia de que o governo tem o dever de consultar as partes afetadas pelas suas políticas públicas, a Corte Constitucional sul-africana criou novos mecanismos procedimentais, como a *active judicial management* (gestão judicial ativa) e o *meaningful engagement* (“compromisso significativo”), amplamente utilizados para a resolução de litígios estruturais que envolvem a concretização da faceta prestacional de direitos fundamentais. Cite-se como exemplo os famosos casos *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* (2000), *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* (2002) e *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg and others* (2008), que envolveram a efetivação de direitos à saúde e à moradia. Sobre o tema: VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider; KOZICKI, Katya. O “Compromisso Significativo” (Meaningful Engagement) e a promoção do pluralismo democrático na concretização judicial dos direitos fundamentais sociais na África do Sul. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 20, n. 2, p. 267-289, jul./dez. 2019.

<sup>28</sup> DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 53-55.

## 2.2 A transnacionalização do projeto do constitucionalismo transformador e a proposta do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano

O projeto do constitucionalismo transformador e a sua instrumentalização por meio da outorga de direitos de desestabilização, mediante sentenças dialógicas de Tribunais ativistas,<sup>29</sup> também teve eco em países latino-americanos, onde, assim como na África do Sul, as Constituições são, por necessidade, documentos transformadores.<sup>30</sup> Em suas especificidades históricas, políticas e sociais, os sistemas de direitos estabelecidos nesses países, após a transição democrática, comungam de um profundo projeto emancipatório, que busca superar a desigualdade e o déficit de proteção de direitos humanos fundamentais, atribuindo um papel chave ao Estado na busca pela mudança social.<sup>31</sup>

Diferentemente do que acontece em países desenvolvidos — onde as instituições detêm uma infraestrutura básica, os recursos e a capacidade técnica para se ocuparem dos problemas de ordem pública — há, além da falta de vontade política, falta de capacidade dos organismos estatais responsáveis para implementar, de forma efetiva, as políticas públicas, que devem instrumentalizar a concretização das promessas constitucionais.<sup>32</sup> Diante desse contexto, intervenções judiciais estruturais, que buscam superar quadros complexos de inconstitucionalidade, revelam-se como um instrumento decisivo para levar a cabo processos de transformação social no âmbito latino-americano, tornando-se uma das mais extremadas manifestações da judicialização da política na região, na atualidade.<sup>33</sup>

Os sistemas de direitos, previstos nas Constituições desses países em desenvolvimento, ao reconhecerem um amplo catálogo de direitos fundamentais e conferindo destaque aos de cunho prestacional e realização progressiva, criam “direitos de desestabilização”, com o potencial de romper a paralisia burocrática e o mau funcionamento institucional para proteger os cidadãos. Como explica Jorge Ernesto Roa Roa, em contextos como o latino-americano, a ideia de um constitucionalismo transformador atrela-se à concepção de que os tribunais são agentes de transformação social e ostentam um papel relevante para a proteção dos direitos. Nesse sentido:

el objetivo es que las judicaturas sean espacios de deliberación (adicionales) em los que se piense colectivamente sobre la mejor manera de distribuir recursos escasos, construir el Estado de bienestar y resolver desacuerdos sociales complejos em torno a la forma de enfrentar fenómenos como la pobreza, la exclusión o la desigualdade.<sup>34</sup>

Um dos exemplos mais marcantes do constitucionalismo transformador na América Latina é a Colômbia, onde o processo de reforma constitucional de 1991 teve como propósito a promoção de uma democracia participativa, por meio do empoderamento dos cidadãos para um envolvimento direto e efetivo nos processos decisórios públicos e privados, e o fortalecimento das instituições públicas, especialmente o Judiciário.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. p. 233.

<sup>30</sup> GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?. *Perfiles Latinoamericanos*, n. 28, jul./dic. 2006. p. 19-20.

<sup>31</sup> Ainda que a Constituição de 1988 não seja completamente transformadora, pois manteve muitos aspectos das estruturas institucionais anteriores, a leitura transformadora de seu projeto de inclusão social e combate às desigualdades é o que melhor se adequa à proposta de seus objetivos.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. p. 231.

<sup>33</sup> GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés M. *El amparo estructural de los derechos*. 2016. Tese (Doutorado em Direito e Ciência Política) – Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016. p. 37.

<sup>34</sup> ROA, Jorge Ernesto Roa. El rol del juez constitucional em el constitucionalismo transformador latinoamericano. *MPIL Research Paper Series*, n. 11, 2020. p. 11-13.

<sup>35</sup> CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 3, n. esp., 2004. p. 534 e ss.

Consoante Rodolfo Arango, o constitucionalismo transformador colombiano busca a mudança da realidade política e social, para a criação das condições necessárias para a consolidação da democracia e do Estado de Direito, por meio de um projeto político de longo prazo, que envolve a promulgação, interpretação e execução de medidas para transformar as instituições e as relações de poder. E essa abordagem concretiza-se de forma flexível e pragmática, sendo instrumentalizada por uma concepção de justiça constitucional como procedimento participativo e dialógico, que exige adoção de novas ferramentas metodológicas para o impedimento de atuações deficientes ou omissivas, que violem os direitos fundamentais de amplos setores da sociedade.<sup>36</sup>

A atuação da Corte Constitucional da Colômbia, em relação à resolução de litígios estruturais, pauta-se em um modelo de “ativismo dialógico”, caracterizado pela promoção da cooperação e coordenação entre os atores governamentais e não governamentais afetados, possibilitando o debate público sobre a questão em julgamento e a construção conjunta das medidas estruturais necessárias à superação do quadro de inconstitucionalidade.<sup>37</sup> Dentre as novas técnicas processuais desenvolvidas por meio de ordens e procedimentos participativos, encontra-se a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional”, que teve como principal expoente a paradigmática *sentencia T-025/2004*, sobre a situação de emergência humanitária dos deslocados internos (*desplazados*) pelo conflito armado colombiano.<sup>38</sup>

A experiência do constitucionalismo transformador colombiano, relativo à resolução de litígios estruturais, migrou para jurisdições constitucionais de outros países da América Latina, encontrando ressonância em julgados no Peru<sup>39</sup>, Argentina<sup>40</sup> e Costa Rica<sup>41</sup>. Em relação ao Brasil, houve, em 2015, o “empréstimo constitucional”<sup>42</sup> do mecanismo procedimental adotado pela Corte Constitucional colombiana em litígios estruturais, a partir da declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) do sistema carcerário pátrio, pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, ainda pendente de julgamento de mérito.<sup>43</sup> Além disso, mais recentemente e, mesmo sem ter se utilizado da técnica do ECI, o STF adotou, claramente, uma forma de intervenção judicial de viés estrutural na ADPF 635/2020, que discute as graves lesões a preceitos fundamentais praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e na implementação de sua política de segurança pública; na ADPF 742/2020, sobre o enfrenta-

<sup>36</sup> ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. In: FIERRO, Héctor Fix; VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Ius Constitutionale Commune em América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. p. 34-35.

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica*: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 235-237.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social*: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

<sup>39</sup> Sobre o tema, ver: VÁSQUEZ ARMAS, Renato. La técnica de declaración del “Estado de cosas Inconstitucional”: fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. *Ius et Veritas*, v. 41, p. 128-147, 2010. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12114/12680>. Acesso em: 29 maio 2021.

<sup>40</sup> Sobre o tema, ver: DELGADO RODRÍGUEZ, Camilo A. *Discutamos*: la intervención judicial em las políticas públicas em el marco de los casos estructurales de vulneración de derechos sociales: análisis de caso Argentina, Colombia e India. 2017. Dissertação (Mestrado) – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 2017.

<sup>41</sup> Sobre o tema, ver: MIRANDA BONILLA, Haideer. Las sentencias estructurales em la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica. *Revista IUS Doctrina*, v. 11, n. 2, 2018. Disponível em: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/35777/36506>. Acesso em: 29 maio 2021.

<sup>42</sup> Nesse passo, utiliza-se o conceito de Virgílio Afonso da Silva, no sentido da migração (ou “empréstimo”) de ideias constitucionais, que propicia a integração horizontal entre ordens jurídicas nacionais, por meio do diálogo entre tribunais, ou seja, do livre câmbio de experiências, ideias, teorias. SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 519-524.

<sup>43</sup> Sobre o tema, ver: VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider; KOZICKI, Katya. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 53, p. 148-181, jul./dez. 2018.

mento da pandemia de COVID-19 no que concerne à população quilombola; e, na ADPF 709/2020, sobre a proteção de povos indígenas em face da pandemia, objeto do presente estudo.

Nas últimas três décadas, verifica-se uma maior interação horizontal entre os países da região, considerando-se a sua ampla convergência normativa em torno dos princípios basilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o substrato comum trazido pelos desafios provenientes da desigualdade política e social, da pobreza e do subdesenvolvimento. Esse diálogo regional abarca as experiências locais relacionadas à aplicação das disposições constitucionais, tomando-as como fonte de inspiração e legitimação para a jurisprudência e doutrinas políticas e legais.<sup>44</sup>

Com enfoque nessas expressões de transnacionalização do direito constitucional, atualmente, na América Latina, o constitucionalismo transformador está atrelado à proposta do *Ius Constitutionale Commune*<sup>45</sup> na medida em que a realidade social marcada pela exclusão e pela desigualdade social clamam pela efetividade das normas de direitos humanos, bem como por uma democracia social. Nesse *Ius Commune*, entrelaçam-se os sistemas jurídicos nacionais ao sistema interamericano de direitos humanos com base no vetor material marcado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a fim de criar uma rede de atores — juristas, juízes, sociedade civil — que trabalham, argumentativamente, com o escopo de viabilizar as demandas por respeito aos direitos humanos, à democracia e ao Estado de Direito.<sup>46</sup>

Partindo da premissa de um constitucionalismo multinível em que os Estados aderem a sistemas internacionais, a atuação dos magistrados se dá em forma de uma rede<sup>47</sup>, em que sentenças produzidas nas esferas nacionais dialogam com a jurisprudência produzida pelas cortes constitucionais de outros Estados do sistema, assim como com aquela produzida pela Corte Interamericana. Os órgãos jurisdicionais nacionais e regionais mantêm sua esfera de competência no enfrentamento da violação de direitos humanos, mas cooperam entre si pela via dos diálogos judiciais, pois devem estar pautados por um sentido material comum (um conjunto plural de normas constitucionais e regionais efetivadas para produzir inclusão social).

Os diálogos judiciais são interações entre cortes de distintas jurisdições por meio das quais trocam fundamentos e razões de decidir dirigidas à interpretação e aplicação das normas de direitos humanos.<sup>48</sup> Esses diálogos cumprem uma função essencial em ambientes de pluralismo jurídico como os sistemas constitucionais multinível, pois viabilizam a harmonização do sistema em torno de *standards* comuns, sem aniquilar particularidades nacionais.<sup>49</sup> Nessa perspectiva, técnicas decisórias que contribuem para o constitucionalismo transformador, como os mecanismos procedimentais inovadores desenvolvidos para a resolução de litígios estruturais, podem ser comunicadas pelos diálogos judiciais e adaptadas segundo o sistema constitucional de cada Estado.

<sup>44</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Transformative constitutionalism in Latin America: a dialogic route to utopia?. *Iconnect Blog*, apr. 13, 2018. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2018/04/transformative-constitutionalism-in-latin-america-a-dialogic-route-to-utopia/>. Acesso em: 21 maio 2021.

<sup>45</sup> BOGDANDY, Armin von, et. Al. *Ius Constitutionale Commune en America Latina: Observations on Transformative Constitutionalism*. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 27-48.

<sup>46</sup> VON BOGDANDY, Armin et al. *Ius Constitutionale Commune en America Latina: observations on transformative constitutionalism*. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-48. p. 28-30.

<sup>47</sup> Sobre definição de constitucionalismo em rede, ver MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019. p. 262. No caso brasileiro, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos tem o status de norma supralegal, não integrando formalmente o bloco de constitucionalidade. Todavia, suas normas se encontram acima das normas infraconstitucionais, justificando um controle de convencionalidade, a fim de verificar uma compatibilização no sistema jurídico nacional, assim como devem orientar a interpretação e aplicação das normas constitucionais.

<sup>48</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 43.

<sup>49</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 302-363, 2019. p. 314 e ss.

No *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, em que os Estados aderem à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), os diálogos judiciais têm uma vinculação mitigada. Assim, esses Estados, dentre os quais o Brasil<sup>50</sup>, devem considerar a jurisprudência produzida por essa corte a fim de contribuir para o ideal comum de inclusão e democracia social, o que não significa aplicação automática dos precedentes interamericanos, mas uma articulação argumentativa com as orientações neles trazidas, sempre que o quadro fático e jurídico for compatível.<sup>51</sup> Trata-se da eficácia *res judicata* das decisões interamericanas que gera, para as jurisdições nacionais, o dever de considerar suas sentenças como elemento do *corpus iuris* interamericano, orientando a compatibilização do seu conteúdo com as normas domésticas.<sup>52</sup>

A construção desses *standards*, assim, não é obra singular da corte regional, mas deve resultar de um diálogo que permita colher das experiências nacionais soluções relevantes a serem consideradas por todas as cortes do sistema.<sup>53</sup> O afastamento das barreiras que impedem a realização dos direitos é um aprendizado conjunto a ser feito por todas as cortes em regime de cooperação. E as cortes nacionais somente têm a ganhar com o diálogo com a corte interamericana: “o uso do direito regional e dos precedentes da Corte Interamericana por cortes nacionais via e regra fortalece sua independência frente a pressões internas e permite a consolidação dos mecanismos de freios e contrapesos inerentes aos regimes democráticos”.<sup>54</sup>

Nessa prática se revela a cooperação que deve pautar os diálogos judiciais no âmbito interamericano: trocas argumentativas entre as jurisdições nacionais e regional, informadas por uma cortesia judicial que reconhece, nos atores dos distintos níveis do sistema, interlocutores importantes. No lugar de autoridades finais sobre a interpretação das normas de direitos humanos, uma abertura para considerações discursivas a respeito da norma mais favorável e espaço para eventuais críticas.<sup>55</sup> A ideia é gerar cooperação para uma construção dialógica de *standards* de direitos humanos de modo que o emprego de litígios estruturais se torna objeto de uma estratégia a ser dialogada.

Mais além, essa cooperação se materializa na própria dinâmica do Princípio da Subsidiariedade, que pauta as relações entre Estados e órgãos regionais no ICCAL. Segundo a subsidiariedade em um viés cooperativo<sup>56</sup>, as sentenças nacionais decidem sobre direitos humanos de responsabilidade do Estado, a fim fomentar

<sup>50</sup> Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos pela via do Decreto n. 678/1992, e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana a partir de 1998 pela via do Decreto n. 4463/2002. BRASIL. *Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. BRASIL. *Decreto n. 4463 de 8 de novembro de 2002*. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.

<sup>51</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 68.

<sup>52</sup> MAC-GREGOR, E. Ferrer. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune* Americanum: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014. p. 350.

<sup>53</sup> Além dos diálogos entre cortes nacionais e a corte regional, considerados verticais por Anne-Marie Slaughter, verificam-se também diálogos horizontais espontâneos entre as cortes nacionais. É possível, ainda, haver uma triangularização em que um entendimento proveniente de uma corte nacional influencia uma sentença regional, que por sua vez poderá influenciar outras decisões nacionais, de outros Estados. SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transnational adjudication. *University of Richmond Law Review*, n. 29, p. 99-137, 1994. Disponível em: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Acesso em: 16 maio 2021.; OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 59.

<sup>54</sup> RODILLES, Alejandro. The law and politics of the pro persona principle in Latin America. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 153-174. p. 154.

<sup>55</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 170-171.

<sup>56</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes; FACHIN, Melina Girardi. Diálogo judicial cooperativo en el *Ius Constitutionale Commune* para la defensa de los derechos humanos. In: ROA, Jorge Ernesto Roa; OLSEN, Ana Carolina Lopes (org.). *La democracia y los derechos humanos bajo amenaza: defensas dialógicas*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021. p. 15-51.



uma solução capaz de prevenir ou sanar violações e reparar integralmente os danos. Quando perduram as violações e o Estado não se desincumbe de sua responsabilidade como ator na linha de frente para a proteção e a promoção dos direitos, entram em cena, em regime subsidiário, os órgãos interamericanos.

Nesse contexto, tem se destacado o papel ativo que a Corte IDH vem assumindo em relação à solução de controvérsias de ordem pública que interferem no exercício dos direitos humanos, convertendo-se em uma verdadeira “*hacedora de políticas públicas*”.<sup>57</sup> E um dos grupos sociais mais vulneráveis nos diversos países da região, que tem sofrido com a violação reiterada e sistemática de direitos em nível nacional, decorrente da inércia ou inadequação do agir estatal e institucional para a concretização de políticas públicas que lhe protejam e favoreçam, de forma ainda mais premente na atual pandemia de COVID-19, são os povos indígenas.

### 3 A proteção dos povos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Com base na compreensão dos litígios estruturais como uma ferramenta para avançarem os compromissos constitucional e convencionalmente assumidos pelos Estados latino-americanos, esta seção apresenta num primeiro momento, como a Corte IDH tem empregado essa ferramenta, notadamente pela via dos mecanismos de cumprimento de decisões estruturais. No segundo tópico, o estudo foca na análise dos litígios estruturais para a proteção dos direitos de povos indígenas na região, demonstrando como a comunidade jurisdicional interamericana (tanto regional quanto nacional) tem enfrentado a matéria, a fim de ressaltar a relevância dos diálogos judiciais para uma construção jurisprudencial cooperativa.

#### 3.1 Litígios Estruturais e o Papel Transformador da Corte IDH

Em inúmeras oportunidades, a Corte IDH tem ordenado a implementação de políticas públicas por meio de ordens estruturais, com o intuito de garantir o gozo efetivo dos direitos consagrados no *Pacto de San José da Costa Rica*, desempenhando um novo papel que vai além do seu mandato original de interpretar as normas de direitos humanos e definir a sua aplicação aos casos concretos. Como explica Alexandra Huneus, a partir dos anos 2000, essa Corte passou a desenvolver um sistema de revisão judicial que enfatiza “*the leadership of judges alongside active participation by victims and the non-governmental organization that represent them*”,<sup>58</sup> em demandas envolvendo reformas estruturais em Estados com déficit democrático e institucional.

Segundo a autora, com a virada do milênio, as decisões desse tribunal internacional abandonaram o modelo declaratório e começaram a ordenar não apenas remédios destinados a compensar as vítimas, mas também garantias de não repetição a fim de promover uma mudança na estrutura do Estado, para que a situação que originou a violação de direitos humanos não voltasse a ocorrer.<sup>59</sup> Nesse intuito, a Corte passou a emitir medidas judiciais que, explicitamente, demandam reformas em políticas governamentais e instituições disfuncionais, passando a supervisionar a sua implementação.

<sup>57</sup> GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés M. *El amparo estructural de los derechos*. 2016. Tese (Doutorado em Direito e Ciência Política) – Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016. p. 104.

<sup>58</sup> 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. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 05.

<sup>59</sup> 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. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 8-10.

Desde então, a Corte IDH assume uma função transformadora,<sup>60</sup> que tem, no litígio estrutural, uma importante ferramenta, notadamente em casos relacionados à proteção de grupos sociais vulneráveis como indígenas. A Corte vai além de julgar violações de direitos humanos no passado para buscar evitar que situações presentes de violação perdurem ou se agravem, buscando, inclusive, reverter padrões sistemáticos ou superar deficiências institucionais.<sup>61</sup> Esse “mandato transformador” decorre, segundo Bogdandy, do próprio papel assinalado à Corte pela Convenção Americana, que prevê competência para exarar sentenças obrigatórias a fim de cobrar dos Estados a efetivação do compromisso previsto nos artigos 1.1 e 2 de adotar medidas aptas a realizar direitos humanos.<sup>62</sup>

No caso da discriminação estrutural histórica de que têm sido vítimas os povos indígenas na América Latina<sup>63</sup>, o papel transformador da Corte se mostra especialmente relevante. Ainda que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador tenham sido tímidos em relação à proteção de direitos específicos desses grupos vulneráveis, a Corte encontrou na interpretação evolutiva e integradora desses documentos o espaço para articular sua implementação em conjunto com outros tratados de que os Estados partes no sistema são signatários,<sup>64</sup> notadamente a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho.<sup>65</sup>

Ao julgar os casos de violência aos direitos de povos indígenas apresentados pela Comissão, a Corte IDH passou a atuar, de forma estratégica e transformadora, veiculando-os no formato de litígios estruturais. Isso se verifica (i) na transcendência necessária ao enfrentamento do caso abrangendo uma coletividade ou até um número indeterminado de pessoas, (ii) na fixação de medidas de reparação integral não repetição,

<sup>60</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: context, challenges and perspectives*. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-65. Ainda OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 302-363, 2019. p. 318.

<sup>61</sup> ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 6-39, 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 10 maio 2021. p. 27.

<sup>62</sup> VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurígenico extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019.

<sup>63</sup> Essa discriminação decorre de graves mazelas das sociedades latino-americanas: miséria profunda, violência étnico-racial muitas vezes deixada impune, dificuldade de acesso à justiça e aos canais políticos, perseguição pelos agentes públicos quando protestam e se insurgem, vulnerabilidade diante de investimentos econômicos privados e exploração ambiental. GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina: conceptualización y tipología de un diálogo interamericano. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2017. p. 336. ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 6-39, 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 10 maio 2021. p. 16-17.

<sup>64</sup> O fundamento para esta prática é deduzido do princípio da boa fé na interpretação dos tratados, bem como a previsão da possibilidade de serem levados em consideração para a interpretação dessas normas outros tratados conexos a que tenham aderido o Estado (artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados) assim como a proibição de aplicar parâmetros internos menos protetivos que aquelas previstas em outros tratados de direitos humanos de que o Estado seja parte (artigo 29.b da Convenção Americana). GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina: conceptualización y tipología de un diálogo interamericano. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2017. p. 339-340.

<sup>65</sup> O caso paradigma foi *Awas Tingni vs. Nicarágua*, de 2001: “*Todo esto forma parte de la cosmovisión indígena que en la actualidad está siendo recogida por el derecho positivo y se está construyendo un derecho internacional indígena. Lo comprenden los Trabajos de las Naciones Unidas, en el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Indígenas, lo comprende la Organización de Estados Americanos, en el Proyecto de Derechos Indígenas, lo recoge la Organización Internacional del Trabajo, en el Convenio 169. [...] El Convenio de la OIT los recoge en forma general e impone el reto de traducir estas normas en reglamentaciones a nivel nacional para que sean efectivas*”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. p. 26-27.

abrangendo a criação/extinção/modificação de normas jurídicas, implementação de políticas públicas e treinamento de agentes, e ainda (iii) na ampla deliberação com vítimas e agentes estatais nos procedimentos de cumprimento de sentença.<sup>66</sup>

Segundo o primeiro aspecto, observa-se que, mesmo em se tratando de casos envolvendo uma vítima individualizada, a decisão surte efeitos para além das partes envolvidas. Um exemplo refere-se ao caso *Germán Escué Zapata vs. Colômbia*, sobre a morte violenta de um líder indígena por forças paramilitares, em que a Corte IDH determinou que o Estado colombiano doasse verbas para a formação de um fundo comunitário, a ser batizado com o nome da vítima, cabendo à comunidade indígena aplicar esses valores em obras e serviços de seu interesse, conforme seus usos, costumes e tradições.<sup>67</sup>

O segundo elemento diz respeito às determinações de reparação integral e as garantias de não repetição. Na perspectiva da reparação integral, a composição dos danos sofridos pela vítima implica mais que o pagamento de indenizações pecuniárias para abarcar, igualmente, medidas de outras naturezas, capazes de fazer frente aos problemas estruturais que geram as violações. Dentre essas medidas se enquadram a restituição de direitos, a reabilitação das vítimas afetadas, atos simbólicos capazes de reparar o sofrimento imaterial das vítimas, obrigações de investigar e punir os responsáveis.

As garantias de não repetição, por sua vez, são encontradas em mais da metade das sentenças interamericanas desde 2015,<sup>68</sup> evidenciando o potencial transformador dos provimentos da Corte. Trata-se de medidas endereçadas às causas estruturais que desencadearam as violações de direitos, podendo abarcar treinamento de agentes estatais, criação, modificação ou extinção de leis, dentre tantas outras<sup>69</sup> e gerar efeitos para terceiros não identificados especificamente no processo.<sup>70</sup>

Observando a tutela de direitos indígenas, um caso paradigmático foi *Plan de Sánchez vs Guatemala*, de 2004, no qual forças do exército, auxiliadas por grupos paramilitares, massacraram cerca de 250 pessoas da comunidade indígena Achi-Maia. A gravidade da situação, aliada à inoperância do Estado, motivou a Corte IDH a determinar, para além da obrigação de investigar e punir os responsáveis bem como indenizar as vítimas, a criação e implementação de um programa de moradia para as vítimas e seus familiares e programas educacionais destinados à preservação do idioma e da cultura Achi-Maia.<sup>71</sup>

Finalmente, o terceiro ponto diz respeito ao procedimento de cumprimento da sentença. Nele, a Corte IDH tem acesso às instituições nacionais como Defensorias Públicas, Ministério Público, Organizações Não Governamentais e membros da sociedade civil, além de representantes do Estado. No procedimento de cumprimento de sentença, previsto no artigo 69.1 do Regulamento Interno da Corte, o Estado presta contas dos avanços e dificuldades para a implementação das medidas definidas na sentença, em um processo dialógico que conta com a participação dos representantes das vítimas e da Comissão Interamericana de

<sup>66</sup> 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. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 13-14.

<sup>67</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165. parágrafo n. 168.

<sup>68</sup> LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina; HURTADO, Mónica. Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la generación del derecho nacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 149, p. 725-775, 2017. p. 729.

<sup>69</sup> SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas reflexiones em cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune em América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2017. p. 464-470.

<sup>70</sup> LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina; HURTADO, Mónica. Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la generación del derecho nacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 149, p. 725-775, 2017. p. 731.

<sup>71</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C n. 116. parágrafos 90-111.

Direitos Humanos (CIDH). Nesse processo se viabiliza o acesso às informações da realidade nacional e a Corte assume um papel articulador entre as partes a fim de que as medidas de reparação e não repetição sejam implementadas.

Nessa fase, verifica-se o incremento da legitimidade transformadora da Corte, na medida em que ela congrega os possíveis afetados pela decisão por meio de diálogos inclusivos, propiciando que eles definam um plano de ação possível de ser implementado. É na mescla de “*hard*” e “*soft power*” que a vocação transformadora da Corte se revela, logrando desestabilizar bloqueios e dificuldades de comunicação que comprometem as reformas.<sup>72</sup>

### 3.2 Perspectivas de diálogo judicial na proteção dos povos indígenas

A proteção dos direitos das populações indígenas tem se efetivado pela via de litígios estruturais na sede da Corte IDH, mas também nas jurisdições nacionais, o que pode viabilizar um diálogo horizontal<sup>73</sup> entre as cortes para trocas de experiências.

Um caso emblemático foi a sentença T-302 adotada pela Corte Constitucional da Colômbia em 2017, que declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional” em relação às condições de vida ao povo indígena *Wayúu*, residente no *Departamento de La Guajira*. Nesse caso, a Corte Constitucional constatou, por meio de informações, documentos e visita *in loco*, uma violação generalizada, injustificada e desproporcional dos direitos fundamentais à água potável, à alimentação e segurança alimentar e à saúde das crianças desse povoado, causada por várias razões, dentre as quais se destacam falhas estruturais dos poderes públicos nacional e local.

Em dezembro de 2015, a CIDH já havia exarado uma resolução contendo medidas cautelares, que solicitava à Colômbia adotar as providências necessárias para preservar a vida e a integridade pessoal das crianças e adolescentes de comunidades do povo *Wayúu*.<sup>74</sup> Contudo, o Poder Executivo não deu cumprimento, de maneira efetiva e com a urgência requerida, às medidas ditadas pela CIDH. Além disso, crianças e adolescentes continuaram morrendo por desnutrição e falta de água potável, o que levou à judicialização da questão a nível nacional.

O remédio judicial apresentado pela Corte Constitucional na T-302/2017 determinou que fossem tomadas as medidas estruturais adequadas e necessárias para a construção participativa e deliberativa de uma política pública que respeitasse os parâmetros mínimos constitucionais aplicáveis, para a garantia dos direitos das crianças do povo *Wayúu*, de acordo com o cronograma de prazos por ela estipulados. Para tanto, a Corte definiu quais autoridades públicas teriam o encargo de apresentar um plano para superar o ECI, contendo a formulação, execução e avaliação da política pública da qual depende o gozo dos direitos tutelados; estabeleceu a necessidade de participação das autoridades indígenas e das organizações não governamentais envolvidas com a proteção dessa população; bem como definiu quais entidades deveriam fazer o monitoramento da execução dessas medidas.

Os parâmetros de processo e de resultado a serem levados em conta para a feitura do Plano foram expressamente assinalados na própria *sentencia* T-302/2017. Ademais, foi delegada ao Juízo de Primeira Instância a competência para a supervisão judicial do cumprimento das ordens estruturais emitidas na sen-

<sup>72</sup> 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. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aacf66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 34-35.

<sup>73</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transnational adjudication. *University of Richmond Law Review*, n. 29, p. 99-137, 1994. Disponível em: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Acesso em: 16 maio 2021.

<sup>74</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 60 de 11 de dezembro de 2015*. Medidas Cautelares n. 51/15. Asunto niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao del Pueblo Watúu, asentados em el departamento de La Guarija, respecto de Colombia.

tença, reservando-se à Corte Constitucional a possibilidade de assumir a supervisão e de solucionar qualquer controvérsia gerada em relação à interpretação da sua decisão e sua forma de execução.

Também a respeito da proteção dos direitos de povos indígenas, em demandas envolvendo reformas estruturais de políticas públicas, a atuação da Corte IDH se pauta pela atuação dialógica dos juizes, que incentivam a participação e a deliberação. Há o monitoramento da execução da decisão por meio de *compliance reports*, formulados parte pelo Estado e acrescidos de informações prestadas pelas vítimas ou organização que as representem e pela CIDH, bem como mediante *closed hearings*, que contam com a participação das partes, num diálogo contínuo a fim de alcançar superação do quadro de desconformidade institucional.<sup>75</sup> Nessas audiências, consoante ressalta Huneeus:

[...] the judges play a role not of adjudication or policymaking but of mediators counseling the parties toward agreement. In these sessions, the judges leave the bench to sit around a table with the parties and, over the course of the session, guide them towards a shared plan of action, which then becomes the guide for subsequent supervisions, and the subject of court enforcement.<sup>76</sup>

Um exemplo desse tipo de abordagem foi o caso *Comunidad Moiwana v. Suriname* (2005), que envolveu o massacre de, pelo menos, trinta e nove membros de uma comunidade rural afro-indígena, patrocinado pelo Estado do Suriname, por causa da reivindicação de terras. Enquanto o caso estava sendo tratado no âmbito da CIDH, o foco era a falha estatal em processar e providenciar a devida compensação pelo crime. A atuação da Corte IDH, no entanto, também deu enfoque ao direito de propriedade desse povoado e suas condições sociais. Isso porque, após o massacre, os membros dessa comunidade indígena foram forçados a abandonar suas terras tradicionais e a tentar sobreviver em outro lugar, como deslocados internos ou como exilados na Guiana Francesa.<sup>77</sup>

A Corte ordenou oito ações remediadoras ao Estado do Suriname, a fim de compensar e garantir a sobrevivência dos *Moiwana*: i) a investigação e punição dos crimes subjacentes; ii) encontrar e identificar os restos mortais das vítimas; iii) conceder à *Comunidad Moiwana* o título de propriedade coletiva de suas terras tradicionais; iv) garantir aos membros da comunidade acesso seguro caso eles optem por retornar às suas terras tradicionais; v) criar um fundo de desenvolvimento para reconstruir a propriedade da comunidade e fornecer serviços de saúde e educação; vi) emitir um pedido público de desculpas, (vii) criar um monumento público em memória do massacre; e (viii) fornecer reparações monetárias.<sup>78</sup>

Consoante Huneeus, o caso *Moiwana* se qualifica como um litígio estrutural porque o julgamento desafia uma política governamental que se aplica a uma comunidade inteira, possibilita *injunctive relief* que ordena reformas ao Poder Público e envolve o Tribunal em uma supervisão de longo prazo dessas mudanças estruturais. Isso porque, em casos contenciosos como esse, após o julgamento, inicia-se a fase que a Corte passa a monitorar o cumprimento das suas determinações, por meio de informações fornecidas pelas três partes.<sup>79</sup> Depois de receber o autorrelatório do Estado sobre a implementação das medidas corretivas, a Corte ofe-

<sup>75</sup> 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. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 25-30.

<sup>76</sup> 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. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 31.

<sup>77</sup> 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. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 26.

<sup>78</sup> 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. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 27.

<sup>79</sup> Cumpre esclarecer que a pesquisa realizada por Alexandra Huneeus identificou 55 (cinquenta e cinco) casos de reforma estrutural na Corte Interamericana de Direitos Humanos até 2013. 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. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

rece aos representantes das vítimas e à CIDH a oportunidade de comentar e fornecer mais informações. A partir dessa informação, determina se o Estado cumpriu ou não cada uma das medidas reparatórias ordenadas na sentença original. Se o estado ainda não cumpriu totalmente, o Tribunal publica um relatório de conformidade indicando as medidas que, ainda, precisam ser tomadas. Tais relatórios não constituem, apenas, avaliações de conformidade, mas também guias de implementação. E, às vezes, a Corte IDH também conclui que não dispõe de informações suficientes para fazer uma avaliação e pede mais informações.<sup>80</sup>

Em *Comunidad Moiwana v. Suriname*, a Corte IDH emitiu seu primeiro *compliance report* em 2007. O documento reuniu resumos das informações e comentários fornecidos por cada uma das três partes com a avaliação do Tribunal sobre o nível de cumprimento de cada ordem nessa reunião. Em 2009, a Corte emitiu um segundo relatório, observando que o Estado não havia fornecido as informações exigidas e convocando as partes para uma audiência privada na Costa Rica em janeiro de 2010. Após essa reunião, a Corte IDH emitiu o seu terceiro *compliance report*.

Essas audiências privadas se revelam como importantes espaços de participação das partes no diálogo em curso para o cumprimento das ordens estruturais, já que é o momento em que as três partes se reúnem com os juízes para conversar sobre a sua implementação. Além disso, nessas sessões, os juízes desempenham um papel não de adjudicação ou formulação de políticas, mas de mediadores, aconselhando as partes a chegarem a um acordo. Como aponta Huneeus, “*the judges leave the bench to sit around a table with the parties and, over the course of the session, guide them towards a shared plan of action, which then becomes the guide for subsequent supervisions, and the subject of court enforcement*”.<sup>81</sup>

Mais além, em três casos envolvendo comunidades indígenas do Paraguai, a Comunidade Yakye Axa (2005)<sup>82</sup>, Comunidade Indígena Sawhoyamaxa (2006)<sup>83</sup> e a Comunidade Xákmok Kásek (2010)<sup>84</sup>, o processo de cumprimento de sentença permitiu que a Corte IDH adotasse uma conduta proativa para a verificação das medidas adotadas pelo Estado. Esses casos foram reunidos em virtude da similitude das obrigações designadas ao Estado, bem como do estado de abandono a que foram deixadas as vítimas, privadas de acesso a suas terras ancestrais, vivendo à beira de rodovias sem alimentação, água potável e condições dignas de moradia.

Passados vários anos das decisões de mérito, o inadimplemento perdurava. Assim, em 2016, a Corte IDH decidiu que caberia ao seu Secretario iniciar “*las gestiones dirigidas a coordinar con Paraguay la posibilidad de realizar una visita a dicho país con el fin de obtener información relevante y precisa para supervisar el cumplimiento de las medidas de reparación pendientes*”.<sup>85</sup>

As visitas ocorreram em 2017, tendo se deslocado um magistrado da Corte IDH, o juiz Pazmiño Freire, e advogados do departamento de cumprimento de sentenças interamericanas, para se encontrar com repre-

<sup>80</sup> 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. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 28.

<sup>81</sup> 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. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 31.

<sup>82</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

<sup>83</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C-146.

<sup>84</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

<sup>85</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución del Presidente de 1 de septiembre de 2016*. Casos de las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek vs. Paraguay. Supervisión de cumplimiento de sentencias. Parágrafo 19.

sentantes do Estado (funcionários e ministros dos mais variados setores) e organizações não governamentais representantes das vítimas bem como cada uma das três comunidades indígenas envolvidas.<sup>86</sup>

A própria Corte Constitucional paraguaia apoiou as diligências, declarando as reuniões de interesse nacional. Essas visitas permitiram à Corte constatar que as terras indígenas haviam sido desmatadas e parte das indenizações não haviam sido pagas. Todavia, o abastecimento das comunidades com alimentação, saneamento básico, serviços de saúde e fornecimento de água potável fora providenciado pelo Estado, representando um avanço significativo no cumprimento da sentença. Com relação às terras da Comunidade Xákmok Kásek, na supervisão que havia ocorrido em 2015 o Estado ainda não havia providenciado a demarcação integral das terras. Mas, tendo sido informado da visita a se realizar no ano de 2017, logrou assentar a Comunidade ao menos em parcela de suas terras originais.<sup>87</sup>

É possível reconhecer que a visita presencial de integrantes da Corte nas terras em disputa, em conversa pessoal com as comunidades indígenas, serviu como impulso para as autoridades estatais implementarem as obrigações determinadas nas sentenças. O ambiente dialógico que se estabeleceu na oportunidade também foi importante para que todos os agentes estatais envolvidos se conscientizassem da importância de suas ações.

No que se refere à resolução de litígios estruturais no âmbito da Corte IDH, o ambiente de colaboração e diálogo para a construção de soluções consensuais é relevante para o desfecho do caso, com a implementação das medidas efetivamente transformadoras. Como observa Abramovich,

a autoridade das decisões e da jurisprudência dos órgãos do Sistema depende em parte da legitimidade social alcançada e da existência de uma comunidade de atores interessados que acompanha e difunde seus parâmetros e decisões. Não se trata de incidir por meio de força coativa, da qual carece, mas de uma força persuasiva que deve construir e preservar.<sup>88</sup>

Referidos casos, ainda, se tornam de especial relevância para um diálogo horizontal com as Cortes nacionais que, assim como o STF, precisam enfrentar a proteção das tribos indígenas na medida em que avançam na tutela dos direitos sociais desses grupos como alimentação, água potável<sup>89</sup> e acesso à saúde.<sup>90</sup> Especialmente para as populações vulneráveis como os indígenas, distantes de serviços de atendimento à saúde e, muitas vezes, com saúde mais frágil para o enfrentamento de viroses e outras doenças<sup>91</sup>, a garantia

<sup>86</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Casos de las Comunidades Indígenas Yakey Axa, Sawboyamaxa y Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de agosto de 2017.

<sup>87</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2019.

<sup>88</sup> ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 6-39, 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 10 maio 2021. p. 23.

<sup>89</sup> A partir do caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020) ficou determinado que cabe aos Estados prover “uma quantia adequada de água potável para evitar a morte por desidratação, reduzir os riscos de doenças, bem como proporcionar o consumo, a alimentação, e requisitos de higiene pessoais e domésticos.” ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos padrões interamericanos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 59-90, jan./abr. 2020. p. 77.

<sup>90</sup> Em 2016 os Estados membros da OEA haviam firmado a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a qual reconhece no artigo XVIII, o direito à saúde desses povos, segundo seus usos e costumes, a ser protegido e garantido pelo Estado. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, aprovada pela Assembleia Geral em 15 de junho de 2016. Disponível em: [https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND\\_POR.pdf](https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf). Acesso em: 17 maio 2021.

<sup>91</sup> Em Informe sobre situação dos direitos dos povos indígenas da Panzamazônia, a Comissão Interamericana observou que o povo ianomâmi correu grave risco de ser dizimado por um surto de sarampo na região em 2019. COMISSION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la Panzamazônia*. Aprobado el 29 de septiembre de 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021. p. 85, parágrafo 153.

de tais direitos fundamentais prestacionais se torna imperativa. No caso da atual pandemia de COVID-19, salva vidas.

De fato, há um alinhamento não declarado, mas perceptível, da jurisdição interamericana com a jurisprudência mais progressista de tribunais nacionais, como a Corte Constitucional da Colômbia. E o STF não fica de fora desse ambiente de integração. Embora a passos lentos, a atuação da corte tem se voltado para a tutela de direitos fundamentais, especialmente de minorias, tendo em vista o seu *déficit* de representação política. E, no atual momento de erosão democrática que o Brasil vivencia, a abertura da pauta desse tribunal para a agenda da proteção dos povos indígenas, mediante o processo e julgamento do litígio estrutural contido na ADPF/709, tem o condão de representar a assunção de um papel transformador.

#### **4 A ADPF 709 e o (possível) papel transformador do STF para a proteção dos povos indígenas em face da pandemia de Covid-19**

No caso da proteção das populações indígenas diante da ameaça presente na pandemia de COVID-19, a atuação subsidiária do Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem se revelado presente nas denúncias que chegam ao conhecimento da CIDH.<sup>92</sup> Até o momento, tem-se notícia de suas medidas cautelares em trâmite: Medida Cautelar 563/20 em favor da proteção dos povos indígenas Ianomami e Ye'kwana, que gerou a Resolução n. 35/2020<sup>93</sup>, e a Medida Cautelar n. 754/20 em favor dos povos Guajajara e Awá, para a qual foi exarada a Resolução n. 1/2021.<sup>94</sup> As denúncias tratam do risco à saúde e à integridade física desses grupos indígenas em virtude da omissão do Estado no fornecimento de serviços de saúde adequados e proteção de seu território contra invasores não autorizados. As orientações fornecidas pela Comissão podem e devem contribuir para a elaboração de medidas pelos agentes públicos brasileiros a fim de proteger esses grupos vulneráveis.

As populações indígenas brasileiras têm sido tradicionalmente negligenciadas, como evidencia o Informe da CIDH sobre o Brasil, decorrente da visita realizada em 2018. Apesar dos avanços representados pelos marcos normativos da Constituição Federal de 1988, bem como a adesão à Convenção n. 169 da OIT, a Comissão percebeu o retrocesso nas políticas e normas de proteção dos territórios indígenas, flexibilizando o acesso a grupos privados com interesses econômicos, o enfraquecimento de instituições destinadas à proteção dos povos indígenas como a FUNAI, e a falta de investigação adequada e punição de responsáveis por violações de direitos. No tocante à saúde dos povos indígenas, mesmo sem ter previsto a pandemia de Covid-19, a CIDH já alertava para o Estado garantir o direito à saúde em coordenação com os povos indígenas e tribos, observando as práticas tradicionais em um enfoque intercultural.<sup>95</sup>

Diante desse quadro, em 1º de julho de 2020, foi protocolizada perante o Supremo Tribunal Federal a ADPF 709, formulada com o apoio da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ

<sup>92</sup> O ICCAL prima pela importância da atuação da sociedade civil na condução dos temas de direitos humanos à Comissão Interamericana, a qual tem sua atuação pautada no “victim centered approach”, em que as vítimas ocupam lugar central fundada no princípio da norma mais favorável e no incremento da dignidade humana. ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos padrões interamericanos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 59-90, jan./abr. 2020. p. 65.

<sup>93</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 35/2020, adotada na Medida Cautelar n. 563-20*. Publicada em 17 de julho de 2020. Membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana em relação ao Brasil. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/35-20MC563-20-BR.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

<sup>94</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 1/2021 adotada na Medida Cautelar No 754-20*. Membros dos Povos Indígenas Guajajara e Awá da Terra Indígena Araribóia em relação ao Brasil. Publicada em 14 de janeiro de 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/1-21MC754-20-BR.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

<sup>95</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre situação de direitos humanos no Brasil*, de 12 fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Brasil2021-es.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021. p. 29-35; 202.



e assinada, em conjunto, pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB e seis partidos políticos com representação no Congresso Nacional<sup>96</sup>. As providências postuladas referem-se ao equacionamento de graves violações a preceitos fundamentais da Constituição Federal brasileira, relacionadas a um conjunto de atos comissivos e omissivos do Estado no combate à pandemia pelo novo coronavírus, que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas.

Tais comunidades, como argumentam os peticionários, reúnem componentes que as tornam mais predispostas ao vírus do que a população em geral, já que detêm maior vulnerabilidade imunológica por serem historicamente mais suscetíveis a doenças infectocontagiosas; sociocultural, visto que seu modo de vida tradicional é geralmente marcado por um intenso contato comunitário; e política, porque se tratam de grupos minoritários, sem voz e nem vez na arena política. E esse cenário de alto risco para os povos indígenas restou comprovado com base nos dados empíricos da APIB, em que se verifica que o índice de letalidade da COVID-19 entre os povos indígenas é de 9,6%, enquanto entre a população brasileira geral, é de 5,6%.

Nesse sentido, dentre os fundamentos apresentados para a arguição, encontra-se a referência à mencionada Resolução n. 01/2020 da CIDH, sobre “Pandemia e Direitos Humanos”, em que restou reconhecido que grupos em situação de especial vulnerabilidade, como os povos indígenas, sentem mais fortemente os impactos do vírus, dada a realidade desigual e de violência generalizada a que estão submetidos. Além disso, a petição faz menção à Declaração Conjunta expedida em maio pela CIDH e representantes das Nações Unidas para os direitos humanos na América do Sul, em que exortam os Estados da região a:

a respeitarem as medidas de auto-isolamento adotadas pelos povos indígenas — sejam elas tradicionais ou resultantes da pandemia, como os cordões sanitários —, bem como a fornecer-lhes material de proteção individual de maneira segura. Também é de extrema importância compartilhar com os povos indígenas informações culturalmente apropriadas e em seus próprios idiomas ou dialetos, que sejam verdadeiras e oportunas em relação à contingência

[...]

Numa etapa seguinte, as medidas de mitigação e recuperação de danos devem valorizar em seu projeto, implementação e avaliação as prioridades de desenvolvimento dos povos indígenas [...]. É especialmente importante que os Estados garantam processos de consulta prévia, livre e informada, culturalmente apropriados e de boa fé para os povos e comunidades indígenas sobre qualquer nova política de recuperação que possa afetar seus direitos e interesses legítimos.<sup>97</sup>

Em decisão monocrática cautelar proferida em 09 de julho de 2020 e referendada em 05/08/2020,<sup>98</sup> o Min. Relator Roberto Barroso deixou clara a disposição para o diálogo com as decisões e os *standards* interamericanos.

Vale lembrar que pela via de um diálogo judicial cooperativo, as sentenças interamericanas comunicam ao Supremo Tribunal Federal os mecanismos utilizados pela Corte na proteção das populações indígenas, propiciando espaço de aprendizado e aprimoramento do emprego estratégico dos litígios estruturais. Mais além, a experiência nacional nessa seara, como no caso da ADPF n. 709, pode incrementar ou dimensionar os *standards* de proteção dos direitos dessas populações, assim como contribuir na formação de técnicas decisórias próprias dos litígios estruturais, em uma autêntica influência *bottom up* identificada por Góngora-Mera.<sup>99</sup> O diálogo entre as jurisdições tem um potencial transformador para destravar os bloqueios políticos e institucionais nos Estados, por meio da troca de expertises na outorga de direitos de desestabilização.

<sup>96</sup> Partido Socialista Brasileiro – PSB, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, Partido Comunista do Brasil – PCdoB, Rede Sustentabilidade – REDE, Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Democrático Trabalhista – PDT.

<sup>97</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração conjunta sobre a proteção do COVID-19 aos povos indígenas amazônicos*. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/126.asp>. Acesso em: 10 maio 2021.

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 709, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 05.08.2020, DJe n. 244, de 07 out. 2020.

<sup>99</sup> GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Diálogo coevolutivo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola; FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coord.). *Diccionario de derecho procesal, constitucional y convencional*. 2. ed. México: Universidad

Com efeito, a decisão monocrática adotada na ADPF n. 709 determinou que fosse garantido aos indígenas a entrega de cestas alimentares, o acesso à água potável e ao saneamento, à vigilância e informação em saúde, bem como assistência integral e diferenciada de saúde em respeito à sua identidade cultural, a fim de fazer frente à escassez de recursos materiais e pessoais.<sup>100</sup> Ainda que não tenha feito menção expressa aos casos interamericanos analisados, fica evidente um diálogo judicial implícito com base na convergência de conteúdo.

Outro aspecto relevante — que revela atenção aos parâmetros do ICCAL de combate à exclusão social e de valorização da posição da vítima — pode se depreender do reconhecimento da legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB para propor a ADPF 709, na condição de “entidade de classe” de âmbito nacional (art. 13, inciso IX, da CF), não obstante a jurisprudência do tribunal já ter limitado, em momentos anteriores, essa configuração, apenas, àquelas entidades representativas de pessoas que desempenham a mesma atividade econômica ou profissional. A superação de tal interpretação restritiva tomou por base a ideia de abertura do controle de constitucionalidade concentrado às associações defensoras de direitos humanos, bem como a observância aos artigos 230 e 231 da Constituição, que asseguram aos indígenas a representação judicial direta de seus interesses e o respeito à sua organização social, crenças e tradições.

Também se verifica uma íntima conexão da decisão brasileira com os parâmetros interamericanos nas premissas que expressamente a fundamentaram: i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, a respeito de questões que envolvam os direitos de povos indígenas.

A primeira diretriz integra a própria jurisprudência do STF, que pacificou o entendimento sobre a necessidade de as decisões judiciais se pautarem por tais princípios em casos que envolvem riscos ao direito à vida e à saúde. A respeito dos princípios da precaução e da prevenção, o Min. Relator levou em conta o risco iminente de extermínio em massa de povos indígenas em decorrência da expansão da pandemia por COVID-19. E, em tais circunstâncias, de alegação de risco ao direito à vida e à saúde, a jurisprudência do STF tem entendido que as decisões judiciais devem se pautar por tais princípios, ou seja, em caso de dúvida, devem ser adotadas as medidas mais protetivas de que se disponha e vedar aquelas cuja segurança seja incerta.<sup>101</sup> No mesmo sentido, na Opinião Consultiva n. 23 de 2017, os princípios da prevenção e da precaução foram enunciados pela Corte IDH como determinantes da proteção dos direitos humanos dos povos indígenas, devendo os Estados zelar por um meio ambiente saudável, tendo em vista a necessidade de serem preservadas suas terras ancestrais para lhes garantir uma vida digna.<sup>102</sup>

No que tange à segunda diretriz, ao estabelecer a necessidade de diálogo institucional, o Ministro Relator afirma que as medidas requeridas, por envolverem “a mobilização de múltiplas instituições e agentes, com expertise técnica e experiência em suas respectivas áreas de atuação”, demandam capacidades institucionais que o Supremo não detém. Além disso, compromete-se em buscar “tanto quanto possível, atuar como um *facilitador* de decisões e de medidas que idealmente devem envolver diálogos com o Poder Público e com os povos indígenas, sem se descuidar, contudo, dos princípios da precaução e da prevenção”. Nesse diapasão, a busca de uma solução consensual e dialogada para a superação de um quadro complexo de inércia ou ina-

Nacional Autónoma de México, 2014. p. 590-594.

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 709, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 05.08.2020, DJe n. 244, de 07 out. 2020.

<sup>101</sup> Nesse sentido: ADPFs 668 e 669, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 31.03.2020; ADI 5.592, rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.09.2019; ADI 4.066, rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; RE 627.189, rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016.

<sup>102</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, parágrafo 48.

dequação do agir estatal, relativo à concretização de políticas públicas para a proteção dos povos indígenas, revela a identificação de um litígio estrutural, bem como a opção por um procedimento de viés dialógico.

Por último, quanto à terceira diretriz, o reconhecimento da necessidade de participação dos povos indígenas a respeito da tomada de decisões que lhes afetem, demonstra o cumprimento à já mencionada Convenção n. 169, da OIT, vinculante para o Brasil, bem como *standard* já consolidado no *corpus iuris interamericano*.<sup>103</sup> A fim de possibilitar essa participação, a decisão cautelar reconheceu o direito à criação de uma “Sala de Situação” para a gestão da epidemia, em relação aos povos indígenas isolados e de recente contato, nos termos do previsto na Portaria Conjunta n. 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da FUNAI. Com a missão de subsidiar a tomada de decisões, tal órgão deveria ser composto por representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União, de representantes indígenas indicados pela APIB, bem como das demais autoridades que a União entender pertinentes.

Além disso, ainda em observância ao contido nos artigos 1º, 1 e 2, 2º, 1 e 3º, 1 da Convenção n. 169 da OIT, foram deferidas medidas cautelares para a extensão do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas, bem como aos indígenas não aldeados (urbanos) sem condições de acesso ao SUS geral.

Se esse breve cotejo já demonstra a sintonia da decisão adotada pelo STF e a jurisprudência interamericana, mais precisamente a respeito do uso estratégico do litígio estrutural, é igualmente possível verificar o diálogo. A principal determinação contida no bojo da decisão proferida pelo STF em sede cautelar foi para que a União elaborasse e implementasse: i) um Plano de Barreiras Sanitárias para a proteção e promoção da saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente; e ii) um Plano Geral de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas brasileiros. Ambos com a participação de entes públicos, do Conselho Nacional de Direitos Humanos, dos representantes das comunidades indígenas, bem como o apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, na condição de consultores *ad hoc*, para a construção de soluções de consenso. Estabeleceu-se que esse último plano deveria contemplar, inclusive, a avaliação da viabilidade de retirada de invasores de terras indígenas ou medidas alternativas à remoção, e o exame da viabilidade e eventual planejamento da expansão do atendimento do Subsistema de Saúde Indígena para indígenas não aldeados. E que a execução do plano deveria ser monitorada por todos os referidos atores governamentais e não governamentais, em conjunto.

Para a formulação do primeiro Plano, foi instalada a Sala de Situação, com a participação de representantes do governo, da ABRASCO, da FIOCRUZ, da APIB, da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e de um observador indicado pelo Min. Relator. Após apenas uma reunião não muito bem-sucedida, houve a apresentação de duas versões do Plano, com a intimação desses atores governamentais e não governamentais, em cada fase, para as devidas colocações, sugestões e complementações. Em sua análise, o Relator reconheceu que, além de ser genérico quanto às ações propostas, o Plano apresentado pela União se estendia, longamente, sobre ações passadas já realizadas, que não integravam seu objeto, dado que “o propósito da medida determinada em cautelar é a implementação de ações futuras, que contemplem as ações já realizadas ou em curso”.<sup>104</sup>

Diante disso, foi aberto novo prazo para que o governo disponibilizasse informações e aperfeiçoasse o Plano. Ademais, foi determinada a criação de Grupo de Trabalho Técnico, integrado pelas equipes da ABRASCO e da FIOCRUZ e com base na coordenação do Juízo, voltado à produção de Termo de Referência, que delimite, objetivamente, os elementos que deveriam ser observados pelos planos e ações da União, de modo a fornecer subsídios para que o Relator possa decidir sobre a matéria com celeridade e objetividade.

<sup>103</sup> Recomendações n. 54 e 56 da Resolução 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADPF 709*, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 05.08.2020, DJe n. 244, de 07 out. 2020.

Em 31 de agosto, o terceiro Plano de Barreiras Sanitárias, apresentado pela União, foi parcialmente homologado pelo STF, observados os ajustes de objeto, prazo e condições estabelecidos em sua decisão, sem prejuízo do seu aperfeiçoamento durante o curso da sua implementação. Como asseverou o Min. Relator, trata-se de processo judicial em que se busca

implementar medidas de altíssimo nível de complexidade, que demandam, como visto acima, detalhamento, atuação de diversos níveis federativos e um universo amplíssimo de órgãos e agentes estatais. Há, ainda, ao que tudo indica, uma situação de considerável precariedade das estruturas voltadas à tutela dos direitos dos povos indígenas, o que dificulta tais providências.

Contudo, o contexto pandêmico exige a tomada de medidas imediatas e concretas que salvem vidas. Nesse diapasão, foi determinada a reativação da Sala de Situação Nacional, que se encontrava inoperante, e o estabelecimento de reuniões com periodicidade fixa, compatível com a necessidade de responder à evolução da pandemia.<sup>105</sup>

Em relação ao Plano Geral de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para Povos Indígenas, depois de apresentada uma primeira versão insuficiente, a União apresentou uma segunda versão, a qual foi submetida à análise e sugestões da ABRASCO, da FIOCRUZ, da APIB, da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria-Geral da União e do CNJ. A nova versão, também, foi considerada insatisfatória, sendo-lhe negada homologação, por não traçar um plano com elementos concretos, critérios objetivos, metas, quantitativos, indicadores, cronograma de execução e resultados esperados, que impliquem a efetiva assunção de um compromisso pela União e permitam seu monitoramento pelo Juízo.

Diante disso, o Min. Roberto Barrosos determinou que, sem prejuízo da implementação imediata das medidas já determinadas, se produzisse uma nova proposta de Plano Geral, sob a coordenação do Ministério da Justiça e Segurança Pública, com a participação do Ministério da Saúde, da FUNAI e da SESAI, e sem prejuízo da participação do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, traçando as suas linhas gerais.<sup>106</sup>

Ademais, a fim de possibilitar a troca de informações, o acompanhamento do avanço da pandemia e o ajuste e definição de novas ações, com a participação dos Povos Indígenas, foi determinada à União a convocação para nova reunião da Sala de Situação Nacional e que, a partir dessa reunião de retomada, as reuniões ordinárias observassem a periodicidade mínima quinzenal, conforme cronograma a ser igualmente apresentado pela União ao Juízo.

Em 26 de novembro de 2020, foi apresentada a terceira versão do Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para Povos Indígenas e, após a avaliação pelos atores que atuam no processo, houve novamente a negativa à sua homologação, por persistirem deficiências essenciais à sua exequibilidade, efetividade e monitorabilidade. Contudo, diante da situação pandêmica que segue expondo a risco a saúde

<sup>105</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADPF 709*, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 05.08.2020, DJe n. 244, de 07 out. 2020.

<sup>106</sup> As determinações do Relator foram as seguintes: i) constituir um documento único, dividido em 3 partes (sem prejuízo dos eixos já contemplados na atual minuta), a saber: Parte 1: medidas gerais destinadas a todos os Povos Indígenas; Parte 2: medidas específicas, voltadas ao atendimento e expansão dos serviços de saúde aos Povos Indígenas situados em TIs não homologadas; e Parte 3: medidas específicas destinadas ao isolamento de invasores e à contenção de novas invasões.

<sup>(ii)</sup> Limitar-se a providências em curso e a medidas futuras, suprimindo aquelas já concluídas, uma vez que o propósito do documento é planejar ações de enfrentamento à pandemia, e não efetivar uma prestação de contas (além do que a mistura entre ações passadas e futuras compromete a sua clareza).

<sup>(iii)</sup> Suprimir alusões a ações de turismo. Eventuais planos para a retomada da economia após a pandemia não são objeto da questão em debate, a não ser que interfiram sobre a saúde dos Povos Indígenas.

<sup>(iv)</sup> Tomar por ponto de partida as considerações e propostas constantes da Nota Técnica em Resposta à Intimação n. 3073/2020 (doc. 445) e da Nota Técnica sobre Medidas Complementares para Contenção e Isolamento de Invasores em Sete TIs Críticas (doc. 446), ofertadas por ABRASCO e FIOCRUZ. Considerar, ainda, as críticas e sugestões apresentadas por PGR, DPU, CNJ e APIB, parcialmente sintetizadas acima. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADPF 709*, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 05.08.2020, DJe n. 244, de 07 out. 2020.

e a vida dos povos indígenas, o Relator determinou a execução provisória do Plano Geral, tal como se encontrava, até que concluídos os ajustes necessários. Ao mesmo tempo em que delimitou sete elementos e providências que deveriam ser tomados como parâmetro para a feitura do quarto plano.

Finalmente, em 16 de março de 2021, devido a necessidade premente de aprovação do Plano Geral de Enfrentamento à COVID-19 para Povos Indígenas, a grande dificuldade de resposta dos órgãos envolvidos, por conta da sua profunda desarticulação e de seu déficit estrutural, o Min. Relator decidiu pela homologação parcial da quarta versão do Plano Geral, observadas as determinações traçadas na decisão.

Quanto à execução e ao monitoramento, restou determinado que a União apresentasse um Plano de Execução e Monitoramento do Plano Geral, devendo indicar prazos compatíveis com o enfrentamento da pandemia e detalhamento que possibilitasse o monitoramento ao Juízo das suas ações. A coordenação das ações foi conferida ao Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade de cada pasta por suas próprias atribuições.

Esse Plano de Execução e Monitoramento ainda não foi apresentado. E, até o momento de fechamento do presente estudo, não foi convocada Audiência Pública no bojo da ADPF 709, embora já tenham se habilitado como *amicus curiae* onze organizações não-governamentais envolvidas com a proteção dos direitos humanos dos povos indígenas brasileiros<sup>107</sup>.

A tentativa de construção consensual de planos eficazes e exequíveis, com a efetiva participação de representantes do governo e das comunidades indígenas, consoante o determinado na ADPF 709, consoante o Min. Barroso, representa “uma experiência pioneira de diálogo institucional (entre o Judiciário e o Executivo) e de diálogo intercultural (entre a nossa cultura e as tradições indígenas)”<sup>108</sup>. Justamente por isso, esse tipo de intervenção judicial estrutural, na jurisdição constitucional brasileira, ainda enfrenta resistências de ordem política e institucional, para além dos obstáculos decorrentes da falta de coordenação e capacidade técnica dos entes envolvidos.

Não obstante, respeitadas as especificidades da cultura e do sistema jurídico local, o que se vislumbra até aqui é a adoção de um modelo de gestão processual ativa e dialógica,<sup>109</sup> para a resolução do litígio estrutural contido no bojo da ADPF 709, que se preocupa com a efetivação dos *standards* interamericanos, ao mesmo tempo em se aproxima de estratégias empregadas no âmbito de sistemas jurídicos nacionais da América Latina, assim como no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para a implementação das medidas transformadoras necessárias para a cessação das violações dos direitos dos povos indígenas.

A atuação de Cortes nacionais latino-americanas, como a colombiana e, mais recentemente, a brasileira, com a ADPF 709, e da Corte IDH na resolução de litígios estruturais que envolvem a formulação e implementação de políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais de comunidades indígenas, tem demonstrado elementos em comum que fogem daquele modelo tradicional de intervenção corretiva e monológica do tipo *top-down*. Essa abordagem judicial dialógica e colaborativa, que enfatiza a deliberação entre as partes interessadas na construção de soluções consensuais, o monitoramento e revisão contínua do desempenho dos entes responsáveis e a transparência, ao mesmo tempo em que respeita a legitimidade democrática dos demais poderes constituídos, instrumentaliza o constitucionalismo transformador, possi-

<sup>107</sup> São elas: Associação Brasileira De Antropologia – ABA; Fundação Nacional Do Índio – FUNAI; Conselho Indigenista Missionário – CIMI; Conectas Direitos Humanos – Associação Direitos Humanos Em Rede; ISA Instituto Socioambiental; Movimento Nacional De Direitos Humanos – MNDH; Conselho Indígena Tapajós E Arapiuns; Terra De Direitos; Comissão Guarani Yvyrupa; Fórum De Presidentes De Conselhos Distritais De Saúde Indígena – FPCONDISI; e União Dos Povos Indígenas Do Vale Do Javari (UNIVAJA).

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 709, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 05.08.2020, DJe n. 244, de 07 out. 2020.

<sup>109</sup> VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider. *Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

bilitando a desestabilização e abertura de instituições e políticas públicas em mau funcionamento, que, de alguma forma, se encontram imunes aos mecanismos políticos convencionais de correção.

## 5 Considerações finais

A Pandemia de COVID-19 nos países latino-americanos agudizou as desigualdades sociais e violências estruturais que marcam suas sociedades, sua relação com o Estado e as instituições. Nesse quadro, as comunidades indígenas se viram especialmente afetadas — seja por serem historicamente discriminadas, seja pela condição de vulnerabilidade econômica e social a que estão submetidos. No Brasil, essas comunidades estão frequentemente submetidas ao enfrentamento violento com garimpeiros e madeireiros interessados em explorar economicamente suas terras, levando com eles o risco de contágio de doenças como a COVID-19. Ademais, essas comunidades têm difícil acesso aos serviços de saúde e muitos estão submetidos à desnutrição. Essa realidade passou a ser tratada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 709, um processo que assumiu as características de um litígio estrutural na medida em que as determinações ali estabelecidas atingem e se dirigem a uma diversidade de atores sociais, bem como visam superar violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais, mediante ordens de caráter complexo e que exigem uma articulação colaborativa e dialógica entre todos os envolvidos, em busca da construção de soluções consensuais e eficientes.

Nesse panorama, o presente estudo intentou verificar em que medida um diálogo do STF com as demais cortes integrantes do sistema interamericano poderia contribuir para a realização do constitucionalismo transformador, com base no emprego de novas técnicas decisórias na intervenção judicial estrutural, a fim de proteger as comunidades indígenas na pandemia de COVID-19. A partir da análise realizada pelo método dedutivo, e mediante pesquisa bibliográfica em doutrina e jurisprudência, foi possível confirmar a hipótese de que a adoção pelo STF de um ativismo dialógico para a resolução do litígio estrutural, em relação ao processo da ADPF n. 709, tem revelado uma abertura ao diálogo com as cortes interamericanas e notadamente com a implementação dos *standards* de proteção das comunidades indígenas, buscando enfrentar os problemas complexos de ordem institucional que têm propiciado riscos de violação aos direitos desses povos.

O STF tem passado a reconhecer essa modalidade especial de litígio para o enfrentamento de entraves à realização dos direitos humanos, em virtude das falhas estruturais que marcam as políticas públicas brasileiras, como a superlotação carcerária, a violência policial e a proteção dos povos quilombolas. Entretanto, foi na análise da ADPF n. 709 que se pôde verificar uma efetiva abertura da corte constitucional aos *standards* interamericanos, e mesmo às estratégias processuais empregadas para a sua realização, como a exigência da construção consensual de planos complexos de ação estatal, por meio do incentivo à interação e à deliberação entre todos os atores responsáveis com as comunidades indígenas, em respeito às suas particularidades culturais, bem como a estipulação do monitoramento da execução das medidas estruturais a serem concretizadas. Como tem evidenciado esse processo, com suas sucessivas etapas e agudo escrutínio jurisdicional acerca do implemento das ordens estruturais determinadas em sede cautelar, o STF vem se aproximando do ICCAL e buscando enfrentar, ativa e dialogicamente, os déficits de realização do projeto constitucional brasileiro, lido em sua perspectiva transformadora. Ainda que a diligência dos órgãos do Executivo seja mínima e seu comprometimento precário, como se tem verificado ao longo desse procedimento judicial, a gestão processual ativa e dialógica do STF tem o condão de desbloquear a inação estatal.<sup>110</sup>

A intervenção judicial estrutural empregada pelo STF na ADPF n. 709 muito se aproxima das estratégias empregadas pela Corte Constitucional da Colômbia no julgamento de litígios estruturais, como na mencio-

<sup>110</sup> Cabe salientar que a análise da efetividade das medidas determinadas na ADPF n. 709 foge ao escopo do presente trabalho, focado, mais especificamente, na relação dialógica do STF com a jurisprudência interamericana mediante o emprego dos litígios estruturais em um ambiente de constitucionalismo transformador.

nada T-302/2017 sobre salvaguarda dos direitos do povo indígena Wayúu. A Corte demandou das autoridades executivas a criação de um plano de ação para superar o Estado de Coisas Inconstitucional, delimitando os objetivos e parâmetros gerais a serem observados e estabelecendo a necessidade de participação das autoridades indígenas e das organizações não governamentais envolvidas com a proteção dessa população. Reservou-se — assim como tem feito o STF — a condição de facilitadora (ou mediadora) para supervisionar e dirimir controvérsias na implementação do plano, bem como definiu quais entidades deveriam fazer o monitoramento do cumprimento das medidas estruturais delineadas. No entanto, numa postura mais descentralizadora, delegou competência ao juízo local para a supervisão da fase de execução do julgado. A delegação de atribuições para a prática de atos processuais não decisórios a outros Tribunais e a juízos de primeiro grau de jurisdição está prevista no art. 21, II, do Regimento Interno do STF e poderia ser utilizada como meio de dinamizar a resolução de um litígio estrutural que envolve vários estados da federação, como a ADPF 709.

Também a atuação da Corte IDH evidencia essa função jurisdicional mediadora, especialmente na fase do cumprimento de sentenças estruturais, como se verificou nos casos da Comunidade Moiwana *vs.* Suriname e nos três casos envolvendo as comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya e Xákmok Kásek contra o Paraguai. Ainda que a categoria processual da supervisão da fase de execução das decisões não se verifique nos mesmos moldes no direito brasileiro, revela-se a importância do ambiente de diálogo criado pela Corte IDH para possibilitar uma articulação entre todos os grupos envolvidos e afetados na implementação das medidas determinadas.

Importante salientar que, precisamente nesses casos envolvendo o Paraguai, o constitucionalismo transformador empregado pela Corte IDH assumiu uma nova dimensão ativista, que deslocou os membros da Corte de sua sede em San Jose da Costa Rica, para os terrenos do Chaco Paraguai. Verificando a baixa adesão do Estado no cumprimento das medidas previstas na sentença, a Corte realizou uma visita pessoal às comunidades indígenas, da qual participaram também os agentes estatais. Naquele caso, a presença dos membros da Corte no local dos conflitos foi determinante para o avanço no cumprimento das ordens estruturais. Tal prática de visita *in loco*, que também se verificou no caso T-302/2017 da Corte colombiana, aproxima os julgadores das comunidades de vítimas bem como dos destinatários das obrigações em direitos humanos, conferindo maior legitimidade e eficácia ao seu papel transformador.

Essa é mais uma lição a ser aprendida pelo STF, tendo em vista que, muitas vezes, os planos de ação demandados na ADPF n. 709 restaram frustrados. Às vezes, pode ser necessário que a justiça, de fato, se desloque para acompanhar a realização de suas determinações, indo a campo para acompanhar as medidas estatais (ou a falta delas). É certo que o volume de processos que chega aos magistrados do STF é colossal. Porém, em sua função transformadora, também reside a eleição de prioridades. E, no arranjo constitucional brasileiro e interamericano, essa prioridade é, indiscutivelmente, a proteção da pessoa e dos grupos humanos, em especial os mais vulneráveis.

## Referências

ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 6-39, 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 10 maio 2021.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos estándares interamericanos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 59-90, jan./abr. 2020.

ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. In: FIERRO, Héctor Fix; VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Ius Constitutionale Commune em América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. p. 34-35.

BRASIL. *Decreto n. 4463 de 8 de novembro de 2002*. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. *Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADPF 709*, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 05.08.2020, DJe n. 244, de 07 out. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 3, n. esp., 2004.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração conjunta sobre a proteção do COVID-19 aos povos indígenas amazônicos*. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/126.asp>. Acesso em: 10 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre situação de direitos humanos no Brasil*, de 12 fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Brasil2021-es.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 1/2021 adotada na Medida Cautelar No 754-20*. Membros dos Povos Indígenas Guajajara e Awá da Terra Indígena Araribóia em relação ao Brasil. Publicada em 14 de janeiro de 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/1-21MC754-20-BR.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 35/2020, adotada na Medida Cautelar n. 563-20*. Publicada em 17 de julho de 2020. Membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana em relação ao Brasil. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/35-20MC563-20-BR.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 60 de 11 de dezembro de 2015*. Medidas Cautelares n. 51/15. Asunto niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao del Pueblo Watúu, asentados em el departamento de La Guarija, respecto de Colombia.

COMISSIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la Panzamazonía*. Aprobado el 29 de septiembre de 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawboyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C-146.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C n. 116.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Casos de las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de agosto de 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017*. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 23.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución del Presidente de 1 de septiembre de 2016*. Casos de las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek vs. Paraguay. Supervisión de cumplimiento de sentencias.

COVER, Robert. The origins of judicial activism in the protection of minorities. *Yale Law Journal*, v. 91, 1981/1982.

DELGADO RODRÍGUEZ, Camilo A. *Discutamos: la intervención judicial em las políticas públicas em el marco de los casos estructurales de vulneración de derechos sociales: análisis de caso Argentina, Colombia e India*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 2017.

DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 53-55.

FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, nov. 1979.

FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure*. New York: Foundation Press, 2003. p. 29 e ss.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Transformative constitutionalism in Latin America: a dialogic route to utopia?. *Iconnect Blog*, apr. 13, 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/04/transformativ-constitutionalism-in-latin-america-a-dialogic-route-to-utopia/>. Acesso em: 21 maio 2021.

GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?. *Perfiles Latinoamericanos*, n. 28, jul./dic. 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao movimento Critical Legal Studies*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Critical Legal Studies Movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez./jan. 2007.
- GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Diálogo coevolutivo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola; FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coord.). *Diccionario de derecho procesal, constitucional y convencional*. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. p. 590-594.
- GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina: conceptualización y tipología de um diálogo interamericano. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune em América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2017.
- GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés M. *El amparo estructural de los derechos*. 2016. Tese (Doutorado em Direito e Ciência Política) – Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016.
- HAILBRONNER, Michaela. Transformative constitutionalism: not only in the Global South. *The American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 3, p. 527-565, fall 2017.
- HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (org.). *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 119-121.
- 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. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aaef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 1998.
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 96, p. 69-95, jul. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 29 maio 2021.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina; HURTADO, Mónica. Las garantías de no repetición em la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la generación del derecho nacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 149, p. 725-775, 2017.
- MAC-GREGOR, E. Ferrer. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un Ius Constitutionale Commune Americanum: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Ius Constitutionale Commune em América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019.
- MIRANDA BONILLA, Haideer. Las sentencias estructurales em la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica. *Revista IUS Doctrina*, v. 11, n. 2, 2018. Disponível em: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/ius-doctrina/article/view/35777/36506>. Acesso em: 29 maio 2021.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; FACHIN, Melina Girardi. Diálogo judicial cooperativo en el Ius Constitutionale Commune para la defensa de los derechos humanos. In: ROA, Jorge Ernesto Roa; OLSEN, Ana Carolina Lopes (org.). *La democracia y los derechos humanos bajo amenaza: defensas dialógicas*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021. p. 15-51.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 302-363, 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, aprovada pela Assembleia Geral em 15 de junho de 2016. Disponível em: [https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND\\_POR.pdf](https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf). Acesso em: 17 maio 2021.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune en América Latina: context, challenges and perspectives. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-65.

ROA, Jorge Ernesto Roa. El rol del juez constitucional em el constitucionalismo transformador latinoamericano. *MPIL Research Paper Series*, n. 11, 2020.

RODILLES, Alejandro. The law and politics of the pro persona principle in Latin America. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 153-174.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 235-237.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

ROUX, Theunis. Transformative constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: distinction without a difference?. *Stellenbosch Law Review*, v. 20, n. 2, p. 259.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas reflexiones em cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune em América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2017.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 519-524.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transnational adjudication. *University of Richmond Law Review*, n. 29, p. 99-137, 1994. Disponível em: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Acesso em: 16 maio 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider. *Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider; KOZICKI, Katya. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 53, p. 148-181, jul./dez. 2018.

VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider; KOZICKI, Katya. O “Compromisso Significativo” (Meaningful Engagement) e a promoção do pluralismo democrático na concretização judicial dos direitos fundamentais sociais na África do Sul. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 20, n. 2, p. 267-289, jul./dez. 2019.

VÁSQUEZ ARMAS, Renato. La técnica de declaración del “Estado de cosas Inconstitucional”: fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. *Ius et Veritas*, v. 41, p. 128-147, 2010. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12114/12680>. Acesso em: 29 maio 2021.

VON BOGDANDY, Armin *et al.* Ius Constitutionale Commune en America Latina: observations on transformative constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-48.

VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.