

LITÍGIO ESTRATÉGICO COMO MÉTODO ESTRUTURANTE NOS LITÍGIOS DE ALTA COMPLEXIDADE¹

Carina Barbosa Gouvêa²

Resumo

A motivação desta pesquisa se deve à constatação e necessidade de se verem garantidos, na prática jurídica dos litígios de alta complexidade, a exemplo, os aspectos da bioética e do biodireito, especialmente diante de um quadro normativo e político complexo que acaba por tornar a jurisdição o campo da casuística. E como a advocacia pode contribuir para ampliar, construir e disseminar o debate sobre as possibilidades e limites da ciência sobre a vida? Na busca por meios e instrumentos que colaborem na efetivação e eficácia nos litígios de alta complexidade, o litígio estratégico se apresenta como uma ferramenta estruturante porquanto se trata de um litígio de impacto com efeitos distintos que se pretende transformador³.

Palavras-chave: litígio estratégico; método estruturante; bioética; litígios alta complexidade

INTRODUÇÃO

¹ Originalmente publicado em GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. Litígio estratégico como suporte fático-bioético In: Furst, Henderson; Gouvêa, Carina Barbosa (Org). *Advocacia em Bioética: a atuação das Comissões de Bioética da OAB*. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2022, p. 38-64.

² Professora permanente do Programa de Pós Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE); Pós Doutora em Direito Constitucional (PPGD/UFPE); Doutora e Mestre em Direito pela UNESA; Vice Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional e Direitos Humanos (UFPE), CNPq; Advogada especialista em litígio estratégico; consultivo; *compliance* em direitos fundamentais e humanos; produção de peças e teses jurídicas; palestras e treinamentos; desjudicialização de conflitos.

³ Neste sentido, o constitucionalismo de transformação³ diz respeito ao conteúdo substantivo da proposta de constitucionalismo manifesta em um texto que pretende ser o motor de alteração de uma realidade social. Tem incidência direta no progresso da democracia, caracterizado por ser um processo dinâmico e expansivo. Designam os esforços que abarcam o projeto de longo prazo de promulgação, interpretação e a implementação constitucional, dirigidas à transformar as relações sociais e instituições de poder em uma sociedade democrática, participativa e igualitária. As funções da constituição que se pretenda transformadora devem unir as perspectivas fundacionalistas e construtivistas para que: (i) consolide os esforços revolucionários para a instituição de uma nova democracia; (ii) estabeleça a conexão do constitucionalismo ideológico e da participação social como indicativo de legitimidade para solidificar o novo regime; (iii) forneça o novo desenho institucional e suas pré-condições; (iv) represente um processo contínuo e construtivo. Para além de limitar o poder, a Carta conclama para a mudança. Assim, além do direito, é possível deduzir que fatos sociais coercitivos e abrangentes³, dotados de realidade própria e independente, consistem em fatores influentes e relevantes para canalizar, ao lado do constitucionalismo de transformação, o processo de avanço da sociedade (GOUVÊA, Carina Barbosa. *As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos estados em transição política: o papel das nações unidas no resgate da ordem democrática*. Curitiba: Juruá, 2016).

A Bioética está presente na vida de todos nós! As sinuosidades da Bioética estão relacionadas à medicina, às ciências da vida e às tecnologias associadas e aplicadas aos seres vivos. Apesar de inúmeros avanços nestes sentidos e diante das evoluções das ciências e tecnologias, ainda hoje não se têm por certo até que ponto elas podem interferir na vida humana. E como a advocacia pode contribuir para ampliar, construir e disseminar o debate sobre as possibilidades e limites da ciência sobre a vida?

A Bioética trata de números problemas relacionados ao início e fim da vida, o que inclui: a biotecnologia; a clínica médica; a ética no campo da deficiência; tecnologia emergente, eutanásia e suicídio; ética genética; bioética global, cuidados de saúde, aprimoramento humano; saúde mental; neuroética; transplante de órgão; saúde pública; éticas reprodutivas; pesquisas com células tronco; saúde da mulher; testamento vital e consentimento informado; dentre outros. A globalização e consequentemente a pandemia da COVID-19⁴ fizeram emergir novos problemas bioéticos. Tais como, no Brasil, foi autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) o uso emergencial em caráter experimental de vacinas contra a COVID-19⁵ Coronavac (Fabricante Sinovac life Sciences Co., Ltd.) e Covisheled (Fabricante Serum Institute of India Pvt. Ltd.) sem registro; e, no estabelecimento de critérios para a alocação de recursos escassos⁶.

⁴ No Brasil em 7 de fevereiro de 2020, foi publicada a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus.

⁵ ANVISA. RELATÓRIO - BASES TÉCNICAS PARA DECISÃO DO USO EMERGENCIAL, EM CARÁTER EXPERIMENTAL DE VACINAS CONTRA A COVID-19. Disponível em <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/confira-materiais-da-reuniao-extraordinaria-da-dicol/relatorio-bases-tecnicas-para-decisao-do-uso-emergencial-final-4-1.pdf>>.

⁶ O campo da bioética é extremamente sensível neste contexto. Como respeitar os desejos e valores particulares de cada paciente? A decisão pela preponderância da vida é uma expressão genuína da liberdade. Ela não deve resultar de uma imposição pela força da sociedade ou pela sugestão sutilmente imposta por qualquer indivíduo. O confronto com a realidade, porém, evidencia que é a autonomia médica da vontade quem de fato faz as escolhas trágicas. Urge, todavia, indagar: são tais escolhas despidas de critérios? (*GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. Critérios para a alocação de recursos escassos na pandemia da COVID-19. In: ESTEVES, Juliana Teixeira (Org). Dimensões críticas da condição pandêmica: transformações e percepções. Editora: RTM, Belo Horizonte, 2020, p. 103-112.*).

Ao longo dos últimos anos, um rol de direitos da Bioética teve reconhecimento formal⁷ no cenário brasileiro e, para além da Constituição de 1988 e por sua força, houve a incorporação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

Sob o signo da Convenção, o Brasil fez sua opção política pela inclusão de princípios como *a dignidade Humana e Direitos Humanos, Benefício e Dano, Autonomia e Responsabilidade Individual, Consentimento, Indivíduos sem a Capacidade para Consentir, Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual, Privacidade e Confidencialidade, Igualdade, Justiça e Equidade, Não-discriminação e Não-Estigmatização, Respeito pela Diversidade Cultural e pelo Pluralismo, Solidariedade e Cooperação, Responsabilidade Social e Saúde, Compartilhamento de Benefícios, Proteção das Gerações Futuras, Proteção do Meio Ambiente, da Biosfera e da Biodiversidade.*

Trata-se do reconhecimento do modelo social e humano da Bioética. Embora o campo nacional e internacional apresente um cenário protetivo e de garantias, a inexistência de normas claras a cada situação se decanta na materialização de relativismos e insegurança jurídica que pode ser resultante da incapacidade da sociedade e de seus ambientes em acolher a Bioética como elemento fundamental, pois oferecem barreiras políticas, jurídicas e/ou ideológicas que impedem ou dificultam o gozo de direitos formalmente garantidos. Neste sentido, os Tribunais tendem a ser catalizadores e protagonistas da efetivação destes direitos e, por vezes, sem expertise para enfrentar temas complexos como aborto, células troncos, clonagem, eutanásia, ética médica, consentimento informado, vivisseção e a Bioética acaba sendo marcada pelo campo da casuística jurisprudencial. Não há uma dimensão clara de como se interpreta; como se aplica e como se fundamenta o direito na Bioética. Este cenário contempla duas vertentes: por um lado, os direitos e garantias de índole substantiva, que representam garantias fundamentais e de direitos humanos e, de outro, as dificuldades de materialização em seu reconhecimento.

⁷ Por exemplo, a Lei 9.434/97, que dispõe sobre transplante e a adoção de órgão; Lei 13.819/19, que institui a Política Nacional de prevenção da Automutilização e do Suicídio; Lei 11.105/05, de Biosegurança; Lei 2.848/40, que criminaliza o aborto; Lei 12.004/09, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Por sua vez, no contexto da dimensão transformativa, um aspecto substantivo da vida democrática passa pela efetividade dos direitos fora dos tribunais. É premente que se evite, na medida do possível, judicializar as questões que são postas às complexidades da Bioética.

Assim, objetiva-se, contribuir para o campo ferramental das questões que envolvem a Bioética e verificar a aptidão do Litígio Estratégico para contribuir com a concretização dos direitos humanos e fundamentais relacionados a Bioética. Primeiramente, será descrita sua dimensão teórico-constitutiva e, após, o que pode representar o litígio em suas potencialidades a partir de um estudo de caso aplicado.

Ao final, serão expostas conclusões, ainda que parciais e experimentais⁸, no entanto, ressalta-se a sua extrema relevância e necessidade de debate e divulgação do seu potencial em termos informativos e de sensibilização da sociedade em geral e do papel essencial exercido pelo Advogado.

1 À REFLEXÃO LINGUISTICA ESSENCIAL PARA COMPREENSÃO DOS MÉTODOS DA BIOÉTICA

A inflexão de sentidos do termo Bioética reproduz a “emergência de novas palavras” na língua e seu emprego cada vez mais frequente e as modificações que lhes são atribuídas pela opinião dominante, em uma palavra, aquilo que se poderia caracterizar como sendo a linguagem da moda, são um importante ponteiro no relógio do tempo, que não deve ser negligenciado por aqueles que, partindo de fenômenos aparentemente insignificantes procuram tirar conclusões sobre as mudanças no conteúdo da vida⁹. Koselleck¹⁰ provou que nos encontramos diante de um dilema que nenhum método pode resolver. Ele consiste em que, tanto no acontecer quanto depois de acontecida, toda história é algo diferente do que sua articulação linguística consegue nos transmitir; mas isso só pode ser percebido por intermédio da linguagem.

Assim, toda a reflexão que gira em torno da linguagem histórica, sobre os atos linguísticos que ajudam a criar os acontecimentos ou a constituir uma narrativa histórica, não

⁸ Como exemplo, a Clínica de Litígio Estratégico de Direitos Humanos, localizada na cidade de Morelia, no México tem conseguido importantes avanços neste campo.

⁹ Por Wilhelm Schulz in KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad.** MASS, Wilma Patrícia; PEREIRA, Carlos Almeida. Ver trad. BENJAMIN, César. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2006, p. 267.

¹⁰ Por Wilhelm Schulz in KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad.** MASS, Wilma Patrícia; PEREIRA, Carlos Almeida. Ver trad. BENJAMIN, César. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2006, p. 268.

podem reivindicar nenhuma prioridade concreta em relação às histórias com que se ocupa. Mas cabe à reflexão linguística reivindicar uma prioridade no plano da teoria e do método, frente a todo o acontecer e frente à história. Neste sentido, como realizações linguísticas, os conceitos em que experiências são reunidas e as expectativas não são mero epifenômenos da assim chamada história real¹¹.

Os conceitos históricos, sobretudo os políticos, para Koselleck foram cunhados para aprender os elementos e as forças da história e possuem um modo de ser próprio, a partir da qual influem sobre as diversas situações e acontecimentos ou a elas reagem. O autor entende que quando se analisam conceitos passados cujos termos poderiam ser os nossos, passamos a ter uma ideia das esperanças e anseios, das angústias e sofrimentos dos contemporâneos de então. E mais, tornam-se manifestos, para nós, a extensão e os limites da força enunciativa dos testemunhos linguísticos do passado.

As pesquisas de Fürst¹² evidenciam que se concebe a paternidade conceitual do neologismo “Bioética” a Van Rensselaer Potter¹³ que o teria escrito pela primeira vez em 1970 no campo da filosofia, na primeira metade do século XX. A ideia original de Potter foi criar uma nova disciplina que permitiria reunir no âmbito dos fatos e dos valores, o domínio das ciências e das humanidades a fim de buscar saídas, ao menos mapas de rotas, que pudessem servir de guia em um complexo labirinto formado pela sociedade contemporânea, produto da fusão entre revolução científica e industrial¹⁴.

Quintanas¹⁵ identifica que Potter entendia a Bioética não como um simples conhecimento teórico, mas como uma fonte e amálgama de um tipo de sabedoria que, como tal, nos forneceria orientações gerais que indicariam como fazer uso racional de grande quantidade de conhecimento¹⁶. Bioética, segundo ele, deveria ter o papel de bússola que orientasse as políticas públicas para alcançar o “bem social” e tinha muito claro que ela representava uma ciência da sobrevivência e, por isso, quis chamá-la Bioética, para destacar os dois pilares básicos sobre os quais deve se basear: o conhecimento científico, conduzido

¹¹ Por Wilhelm Schulz in KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Trad. MASS, Wilma Patrícia; PEREIRA, Carlos Almeida. Ver trad. BENJAMIN, César. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2006, p. 268.

¹² FÜRST, Henderson. *No confim da vida: direito e bioética na compreensão da ortotanásia*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018.

¹³ Ver POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: bridge to the future*. 1971.

¹⁴ QUINTANAS, Anna. Reseña de " Bioethics: Bridge to the Future" de Van Rensselaer Potter. *Sinéctica, Revista Electrónica de Educación*, n. 32, p. 1-5, 2009.

¹⁵ QUINTANAS, Anna. Reseña de " Bioethics: Bridge to the Future" de Van Rensselaer Potter. *Sinéctica, Revista Electrónica de Educación*, n. 32, p. 1-5, 2009.

¹⁶ QUINTANAS, Anna. Reseña de " Bioethics: Bridge to the Future" de Van Rensselaer Potter. *Sinéctica, Revista Electrónica de Educación*, n. 32, p. 1-5, 2009.

pela biologia, e os elementos fundamentos das ciências sociais e humanas. Potter também deu um peso importante à filosofia como "amor à sabedoria".

Diante disso, Fürst¹⁷ afirma que se o problema do compreender é determinante para a formação do sentido que se projeta ao preenchimento do conteúdo enunciativo dos referenciais da Bioética, o estatuto epistemológico, ontológico e metodológico dos referenciais da Bioética deve passar pela exploração de seu elemento hermenêutico. Deixa de ser uma ferramenta metodológica ou técnica interpretativa e passa a ser um modo daquele que compreende a Bioética, pois a linguagem se torna a constituinte e constituidora do mundo do homem¹⁸, o que representa à reflexão linguística essencial de Koselleck¹⁹, ou seja, reivindicar esta prioridade no plano da teoria e do método frente a todo o acontecer transformativo do conceito para compreender os métodos da bioética.

A ciência pós-positivista é marcada pela necessidade de reunir saberes de modo a melhor explicar a complexidade dos fenômenos²⁰. Dada a multiplicidade de seus objetos que demandam não apenas um método, mas um arranjo metodológico de diversas formas de conhecimento que possam ser encadeadas para que se possa decidir de um modo mais seguro. Observa-se, ainda, os pressupostos que indicam um ângulo que o observador-cientista tem de seu objeto-ciência, e permitem compreender o modo como se dá a interação da pesquisa científica e sua influência e mutabilidade entre cientista e ciência²¹.

A bioética é uma ciência plural, inter/trans/multidisciplinar e não possui um método próprio, portanto as diversas ciências participam diretamente do diálogo de construção dos conceitos que envolvem a Bioética²² que se estruturam em instrumentos dialógicos e métodos estruturantes.

As pesquisas de Fürst cadenciam três características adequadas de métodos:

¹⁷ FÜRST, Henderson. *No confim da vida: direito e bioética na compreensão da ortotanásia*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018, p.63.

¹⁸ FÜRST, Henderson. *No confim da vida: direito e bioética na compreensão da ortotanásia*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018, p.67.

¹⁹ KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Trad. MASS, Wilma Patrícia; PEREIRA, Carlos Almeida. Ver trad. BENJAMIN, César. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2006.

²⁰ FÜRST, Henderson. *No confim da vida: direito e bioética na compreensão da ortotanásia*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018, p.67.

²¹ FÜRST, Henderson. *No confim da vida: direito e bioética na compreensão da ortotanásia*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018, p.67.

²² FÜRST, Henderson. *No confim da vida: direito e bioética na compreensão da ortotanásia*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018, p.68.

- (1) aqueles que são utilizados para explorar o suporte fático do que se analisa;
- (2) aqueles que são utilizados para compreender os problemas éticos e teóricos;
- (3) aqueles que são utilizados para dar suporte à tomada de decisão.

O primeiro, relaciona-se a estudos empíricos, que vão colher os dados da realidade, cultura e política a que estão inseridos; no segundo, aplica-se métodos hermenêuticos para compreender toda a estrutura do suporte fático e torná-la de acordo com a melhor forma de compreender seus problemas; e por fim, nos encontramos em uma situação que demandam uma decisão, uma resposta a algum problema ou um suporte às hipóteses de qual a melhor forma de agir – ou, o inverso, quais as formas que não se pode agir. O terceiro método está diretamente relacionado com o Direito. Para Fürst²³, o estado da arte para as complexidades da Bioética envolve a possibilidade de conjurar vários métodos à sua reflexão linguística, pois é preciso compreender a contribuição das ciências humanas e sociais aplicadas. Embora não resulte em um número, gráfico, descrição baseada em evidências, essa forma de compreensão, de análise, não implica um resultado menos científico, pelo contrário, fomentará as possibilidades de respostas quando a Bioética necessitar das suporte à tomada de decisões. Nesta expressão está condensada a dimensão político-pragmática dos conceitos e por isso adquirem sua força impulsiva diacrônica, de que se nutrem tanto os que falam quanto seus interlocutores²⁴.

A Bioética pode representar uma consequência histórica e não uma instituição, porque penetrou nas determinações temporais reflexivas, que partindo do “tempo em si” ativo e da “história em si”, e passando pelo progresso e pelo desenvolvimento incluíram numerosos outros conceitos. Para Koselleck²⁵ todos os conceitos de movimento contêm coeficientes temporais de mudança, por isso eles podem ser organizados, segundo sua conformidade com os fenômenos a que se referem.

²³ FÜRST, Henderson. *No confim da vida: direito e bioética na compreensão da ortotanásia*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018, p.69.

²⁴ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Trad. MASS, Wilma Patrícia; PEREIRA, Carlos Almeida. Ver trad. BENJAMIN, César. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2006, p.299.

²⁵ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Trad. MASS, Wilma Patrícia; PEREIRA, Carlos Almeida. Ver trad. BENJAMIN, César. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2006, p.299.

As três características adequadas de método em Bioética podem representar conceitos em doses totalmente diferentes, mais voltadas para o presente, para o futuro ou mais para o passado, pois são conceitos em movimentos. Possuem, uma estrutura temporal interna que acaba por levar a dois resultados, de acordo com Koselleck: são conceitos de movimento – como indicadores de mudanças social e política e como elementos linguísticos de formação da consciência, da crítica ideológica e da determinação do comportamento.

Ao analisar os métodos Bioéticos, Fürst²⁶ menciona que há que se considerar que todo suporte fático-bioético corresponde a um complexo de dimensões epistemológicas que se interagem, incluindo a dimensão jurídica que se relaciona com todo o Direito. Neste sentido, há normas de natureza civil, penal, constitucional, administrativa, ambiental, processual que dizem respeito ao Biodireito, para além dos Direitos Humanos.

Com a Constituição Federal, além de inúmeras outras normas²⁷, a população brasileira conta com um quadro normativo ainda incipiente, se comparado a outros países. Mas, na prática, muito se tem noticiado sobre a falta de efetividade, eficácia e segurança na materialização desses direitos. Em questão de qualquer natureza, como por exemplo, a temática que envolve os núcleos essenciais da supremacia do testamento e a autonomia da última vontade *versus* discriminação que vem tomando um contorno de importância no cenário do constitucionalismo cooperado e já alcança uma pluralidade de sentidos, tendo em vista os pontos e debate que convergem para uma resposta voltada para uma racionalidade interpretativa mais alinhada com os Direitos Humanos e Bioética²⁸.

Se todo suporte fático-bioético corresponde a um complexo de dimensões epistemológicas que se interagem, incluindo a dimensão jurídica que se relaciona com todo o Direito importante avaliar os instrumentos disponíveis e que têm aptidão para serem

²⁶ FÜRST, Henderson. *No confim da vida: direito e bioética na compreensão da ortotanásia*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018, p.72.

²⁷ Vide nota 08.

²⁸ No Brasil, recentemente e pela primeira vez, caso similar ocorreu. A matéria foi escrita por Rover (ROVER, Tadeu. Por ver discriminação, juiz inclui netas de relação não matrimonial em testamento. *Consultor Jurídico*. Pub. 21 de jul de 2018. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-jul-31/testamento-nao-discriminar-netos-relacao-nao-matrimonial>>. Acesso em 01 de agosto de 2018).

onde o Juiz Milton Biangioni Furquim, de Guaxupé (Minas Gerais), determinou que duas netas sejam incluídas na partilha da avó, que tinha excluído ambas do testamento por serem fruto de relacionamento não matrimonial do pai. Para fins de maior compreensão, a testadora possui três filhos, sendo que: uma filha possui três filhos, frutos da relação marital; a segunda possui dois filhos, frutos da relação marital; e o terceiro possui duas filhas, frutos de relações não maritais e com mães distintas. O testamento em questão contemplou todos os filhos e cinco netos da testadora, discriminando, inclusive, as frações destinadas a cada um. Porém, não foram contempladas as duas netas advindas da relação não marital. O caso embrionário no Brasil acabou por causar um turbilhamento de “emoções acadêmicas”, vez que a decisão inédita invocou, pela primeira vez, a possibilidade de ruptura da autonomia da última vontade baseada na discriminação.

utilizados em garantir um caminho mais seguro à sua concreção e o Litígio Estratégico parece ter competência para contribuir nesse propósito.

2 LITÍGIO ESTRATÉGICO: PARÂMETROS ESTRUTURAIS

Existem diversos mecanismos e instrumentos, individuais e coletivos, por parte do Estado, organizações, entidades, grupos ou pessoas isoladamente que podem ser utilizados como forma de se buscar a concretização dos direitos em estudo.

O instituto do Litígio Estratégico surge como um instrumento que possui características e peculiaridades que podem, em última análise, à constatação e a necessidade de se verem garantidos, na prática, os aspectos da Bioética, especialmente diante de sua natureza interdisciplinar que afeta as complexidades dos problemas decorrentes das inovações tecnológicas cujo quadro normativo e político é ambíguo.

A leitura do termo, como primeira impressão, parece contraditória, o controle do litígio é responsabilidade do juiz?²⁹ Na verdade, o “Litígio Estratégico”³⁰ é um processo de identificação, socialização, discussão e estruturação de problemas sociais, pelo qual é factível promover, a partir de casos concretos, e alcançar soluções integradas de modo que sejam possíveis mudanças sociais substanciais. Representa um instrumento de integração normativa e social que acomoda as situações bioéticas que normalmente correspondem a situações fáticas inéditas, seja pelo avanço biotecnológico, que antes não estava disponível, seja porque fatos sociais passaram a ser experimentados de formas diferentes por alguns indivíduos³¹.

Ele se utiliza, de modo planejado, do princípio do amplo acesso à justiça para obter a tutela de direitos constantemente negados ou desrespeitados³². Estas questões começaram a

²⁹ BARRENA, Guadalupe. Oportunidades y retos para el litigio estratégico en México: un cincel para la piedra de Sísifo? In: MATUS, Fabián Sánchez. (Coord.). *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*. México: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 47.

³⁰ O termo “Litígio Estratégico” tem diferentes nomes e características em diferentes partes do sul global. Cita-se como exemplo, “litígio de impacto”, “casos coletivos”, *casos estructurales*, “*public interest law*”. (RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law review*, v. 89 (7), 2011, p. 1672-1673). Tendo em vista a gama de definições, optou-se, neste artigo para a utilização do termo “Litígio Estratégico”.

³¹ FÜRST, Henderson. *No confim da vida: direito e bioética na compreensão da ortotanásia*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018, p.153.

³² VINCENZI, Brunela. *et al.* As Ações Coletivas como Espécie de Litígio Estratégico: um diálogo com a luta social por reconhecimento de Axel Honneth. p. 209-236. In: *Revista Jurídica Direito & Paz*. ano XVIII. n. 34. 1. sem. São Paulo, 2016, p. 222. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zLGI4fZ_TvAJ:www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/download/351/253+&cd=14&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 11 jan. 2017.

ser debatidas mais fortemente³³ porque uma ação individual, provavelmente entre duas partes, não punha em questão tão fortemente conteúdos de incidência política que normalmente são estruturais. Clonagem humana, adoção comercial, primata transgênico, anticoncepcionais abortivos, fetos anencéfalos, xenotransplante de órgão, contaminação proposital de população indígena, consentimento informado em pesquisa de emergência, eutanásia, suicídio assistido, doação de óvulos, implante de células-tronco, limite terapêutico, alocação de recursos escassos, todos em si e pelo próprio conteúdo, carregam esta característica estrutural ou coletiva. Isso é, o que acaba pondo em tensão a divisão dos poderes e a margem de legitimidade do poder judicial para intervir³⁴.

Os estudos de Rodríguez-Garavito³⁵ levaram a crer que esta variedade de ativismo, que envolve o “neoconstitucionalismo progressivo”, é parte de uma tendência emergente na América Latina e outras regiões do sul global, uma vez que trata de conter violações sistêmicas e generalizadas de direitos fundamentais, principalmente de cariz econômica e humanos.

Na visão de Maneiro e Cruz³⁶, representa a utilização do espaço judicial como arena de deliberação política, envolvendo necessariamente diversos atores. Oportuniza o debate na seara pública acerca de algum tema constitucional de alta complexidade e atrelado a direitos fundamentais e humanos que, por conveniência, por dificuldades orçamentárias ou por ausência de formação da maioria, não tenha recebido a devida apreciação pelo Executivo ou Legislativo.

Trata-se, assim, de uma forma alternativa para ensinar e exercer um determinado direito, consistindo na estratégia de selecionar, analisar e pôr em marcha o litígio cujos efeitos operam para além das partes e serão irradiados no sistema constitucional e político como um

³³ Tanto em países que pertencem à tradição judicial de *common law*, como em países de tradição romano-germânica. Diversos grupos, ONG's, como a Clínica de Litígio Estratégico e Direitos Humanos do México, têm acudido as estratégias do litígio para alcançar mudanças importantes e estruturais concernentes às demandas judiciais.

³⁴ UCÍN, Carlota. Evento de Litígio Estrutural. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 16, agosto de 2015, p.8.

³⁵ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law review*, v. 89 (7), 2011, p. 1671.

³⁶ MANEIRO, Renata de Marins Jaber; CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da. Constitucionalismo Democrático e Litígio Estratégico: o caso do Mandado de Injunção nº 4.733. In: VIEIRA, José Ribas; *et al.* (Org.). *Diálogos Constitucionais e as relações entre os poderes*: VI Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito, 2015. Texto cedido pelo autor.

tudo³⁷. O passo crucial é visualizar o campo do jogo abarcando não só a resposta jurisdicional, mas o contexto e irradiação de efeitos ao redor do caso³⁸.

O impacto decorrente desta judicialização pode perpassar os litigantes, como por exemplo, induzir determinada reação regulatória de atores não vinculados diretamente no processo. E esta é uma resposta importantíssima, porque também afeta a consciência jurídica e a articulação de demais atores para produzir outros ou novos resultados³⁹.

É preciso considerar, ainda, que com os fins delineados, tem-se como mínimo a utilização de algumas das estratégias: jurídica; social ou de construção do sujeito titular dos direitos; política de alianças e impulsos para que as instituições cumpram sua função; educativo-comunicacional para que a cidadania ou pessoas constitucionais se informem de seus direitos; de contingência para a prevenção e proteção frente a corrupção e ameaças, dentre outras⁴⁰.

Assim, existem tantos tipos de estratégias como frentes de ações no litígio, e o uso destas estratégias não é excludente. Portanto, é possível combinar vários tipos e métodos distintos. Poderia, por exemplo, se falar de estratégias econômicas juntamente com estratégias sociais e jurídicas e, para outros casos, utilizar estratégias completamente diferentes, como afirmado por Coral-Díaz, Londoño-Toro e Muñoz-Ávila⁴¹ “estas possibilidades convidam a recorrer a todo tipo de material disponível de forma engenhosa e criativa”.

Dentre as relevantes características deste tipo de litígio, destacam-se: (i) afetam um grande número de pessoas que alegam violação de seus direitos de forma direta ou através de instituições ou organizações que recusem a causa; (ii) implicam na responsabilização de várias agências governamentais; (iii) envolvem remédios estruturais cautelares, que

³⁷ CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Vniversitas*, Bogotá (Colombia), n. 121, julio-diciembre 2010, p. 53.

³⁸ BARRENA, Guadalupe. Oportunidades y retos para el litigio estratégico en México: ¿un cincel para la piedra de Sísifo? In: MATUS, Fabián Sánchez. (Coord.). *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*. México: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 49.

³⁹ BERGALLO, PAOLA. Evento de Litigio Estructural. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. v. 16, ago. 2015, p. 3.

⁴⁰ CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Vniversitas*, Bogotá (Colombia), n. 121, julio-diciembre 2010, p. 58.

⁴¹ CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Vniversitas*, Bogotá (Colombia), n. 121, julio-diciembre 2010, p. 58.

representam ordens de execução coordenadas para a proteção de todas as pessoas afetadas e não apenas os litigantes no caso específico⁴².

Por sua vez, as diferentes tipologias a que se propõe o termo estão baseadas em seu objeto e ferramentas jurídicas. A partir desta perspectiva, segundo Coral-Díaz, Londoño-Toro e Muñoz-Ávila⁴³, pode-se encontrar:

- a. *Conceitos centrados na defesa judicial dos direitos humanos e do interesse público*: esta primeira categoria é composta por dois objetivos, o acesso à justiça, o interesse público e a defesa dos direitos humanos; e o uso de ferramentas judiciais. Seu objetivo final é o cumprimento efetivo dos direitos humanos, ordenado por instâncias judiciais de justiça nacional ou internacional.
- b. *Conceitos centrados nos resultados de alto impacto*: a proposta nesta categoria se refere a: o objeto, a geração de mudanças estruturais e; o uso de ferramentas políticas, jurídicas, sociais, etc. A tendência dos movimentos de direitos humanos no âmbito internacional é a geração não só de um litígio, se não, “do litígio estratégico, principalmente para buscar e promover a mudança social, de adoção, impulso, criação ou modificação das políticas públicas existentes na temática em discussão”.
- c. *Conceitos centrados no momento da intervenção*: uma terceira tipologia que se propõe, especialmente na matéria de direito ambiental, tem a ver com o momento em que se atua, para a defesa dos direitos humanos ou do interesse público, podendo se diferenciar em litígio estratégico preventivo ou corretivo. No preventivo, se assume causas orientados pelo princípio da precaução, onde se busca evitar danos ou prejuízos aos direitos humanos quando não existe certeza científica das consequências de determinada ação. Já no universo corretivo, opera quando o dano ou impacto já se consumou e busca a reparação integral dos danos causados.

⁴² RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law review*, v. 89 (7), 2011, p. 1671.

⁴³ CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. El concepto de litígio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Vniversitas*, Bogotá (Colombia), n. 121, julio-diciembre 2010, p. 53-54.

d. *Conceitos centrados segundo os direitos humanos que se protegem*: Em essência, se trata de invocar o respeito aos grupos de especial proteção constitucional e o respeito pela diferença dentro das estratégias do litígio. Desta forma, se encontram particularidades a defender quando se aborda, por exemplo, a defesa de pessoas com doenças raras e negligenciadas.

Estas variações de litígios possuem um lugar chave nos modernos sistemas de justiça, de modo que os objetivos alcançados, repita-se, vão além das mudanças obtidas por meio das disputas entre as partes. Ele acaba criando uma visibilidade para grupos humanos menos favorecidos, assim como estimula a busca da realização, politização, conscientização, educação dos direitos envolvidos. Neste sentido, as mobilizações podem alcançar, no plano público e político, um reconhecimento, uma vez que casos emblemáticos permitem fixar posições, romper paradigmas e alcançar soluções para coletivos que se encontram em situação de vulnerabilidade⁴⁴.

Na verdade, o Litígio Estratégico representa um tipo de advocacia *issue-oriented*, focada no avanço político-jurídico em tema, geralmente, de alta complexidade, que interessa a determinadas pessoas de natureza individual, geral ou coletiva⁴⁵ que vão atuar no exercício de campanhas de mobilização de cunho educativo e/ou persuasivo em torno do tema a ser defendido⁴⁶.

Para que isso ocorra, destaca-se o importante papel desempenhado pelos advogados, que precisam se engajar nestas práticas, que investem em *lobby* legislativo, buscam soluções alternativas de disputas, encaram as mídias como importantes ferramentas e apostam no judiciário como um caminho proficiente para provocar as transformações almejadas.

Assim, é indispensável que as pessoas que litigam estrategicamente em defesa dos casos que são da área da Bioética tomem consciência de que suas atividades estão compreendidas como parte de uma ciência crítica, eis que não contemplam razões meramente descritivas,

⁴⁴ CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. El concepto de litígio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Vniversitas*, Bogotá (Colombia), n. 121, julio-diciembre 2010, p.52.

⁴⁵ Podem ser contemplados neste rol, os direitos das crianças e adolescentes, indígenas, idosos, etc.

⁴⁶ CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Ciclo de Vida do Litígio Estratégico no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: dificuldades e oportunidades para atores não estatais. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* - Año V, Número Especial, 2011, p.364-366.

mas também prescritivas e empíricas⁴⁷. Quem empreende deve ser capaz de identificar as antinomias e lacunas do interior do ordenamento e convergir em afetações de direitos, além de ser capaz de encontrar soluções que ultrapassem as fronteiras do direito positivo.

Estas ações são caracterizadas como de interesse público, seja em virtude da veiculação de assuntos ligados à implementação de políticas públicas, seja em razão da reivindicação de novos direitos, a exigir uma atuação jurídica abrangente perante os braços institucionalizados de poder⁴⁸. E, isso vai depender de como se “usa” o Litígio Estratégico, cujo impacto pretende ser mais forte em termos estruturais⁴⁹, e que pode ser individual ou coletivo⁵⁰.

Portanto, por sua definição e consequência, o Litígio Estratégico é uma ação de proteção social, muito embora seja importante esclarecer que nem toda ação de proteção social seja Litígio Estratégico.

Segundo Bergallo⁵¹, uma das tradições sociojurídicas de debate se refere à mobilização legal. Para esta mobilização, estar-se-ia fazendo uso dos discursos dos direitos, que não ocorre nos foros judiciais, ou legais. O que se percebe é que, nos espaços públicos, são muitas as pessoas reivindicando seus direitos, como por exemplo, a uma vida livre sem violência, mas não estão nem judicializados nem penderes de reforma legislativa. Estas vozes não pedem uma nova lei, tão pouco estão pedindo novas políticas judiciais, senão, os compromissos legais já adotados.

Na América Latina, as organizações não-governamentais (ONG's) são as grandes geradoras e impulsionadoras desta ferramenta. Dentre elas, podem ser citadas como pioneiras a Comissão Andina de Juristas do Peru; o Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), na Argentina; o Instituto Latino-americano para a Sociedade e Direitos Alternativos (ILSA), na Colômbia; e a Clínica de Litígio Estratégico no México.

O Litígio Estratégico é um dos principais instrumentos adotados por essas ONG's. Para muitas delas, ele é utilizado também no cenário regional de justiça, através do Sistema

⁴⁷ LÓPEZ, Luis Miguel Cano; MANZO, Graciela Rodríguez. Del litigio estratégico como experiencia democrática. In: MATUS, Fabián Sánchez. (Coord.). *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*. México: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p.139.

⁴⁸ MANEIRO, Renata de Marins Jaber; CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da. Constitucionalismo Democrático e Litígio Estratégico: o caso do Mandado de Injunção nº 4.733. In: VIEIRA, José Ribas; et al. (Org.). *Diálogos Constitucionais e as relações entre os poderes: VI Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito*, 2015. Texto cedido pelo autor.

⁴⁹ UCÍN, Carlota. Evento de Litígio Estrutural. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 16, agosto de 2015, p.7.

⁵⁰ BERGALLO, PAOLA. Evento de Litígio Estrutural. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. v. 16, ago. 2015, p.2.

⁵¹ BERGALLO, PAOLA. Evento de Litígio Estrutural. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. v. 16, ago. 2015, p. 2-3.

Interamericano de Direitos Humanos, sendo uma oportunidade de impulsionar casos graves de violações de direitos humanos, frente aos quais a justiça interna dos países não tem respostas.

Um exemplo clássico pode ser descrito na luta contra a segregação racial nos Estados Unidos, em 1896, no caso *Plessy V Fergusson* contra *Brown V Board of Education*. Esta é uma história de êxito do Litígio Estratégico, porque o advogado do caso analisou o contexto, estabeleceu um propósito, idealizou um plano e o executou⁵².

Como de extenso conhecimento, a Corte Suprema Americana afirmou, naquele ano, a constitucionalidade da segregação social. A doutrina “separados mais iguais” permitia que negros e brancos tivessem acesso aos mesmos direitos, mas em instalações distintas, já que se afirmava que “*se uma raça é inferior a outra, a Constituição dos Estados Unidos não pode por no mesmo plano*”.

Desejava-se, com a litigação, reverter o precedente para que a segregação racial não contemplasse o acesso ao ensino superior. A segregação impunha altos custos ao erário público e as vitórias sucessivas no campo da educação, nos estados do sul, prepararam o terreno para que a Corte pensasse em substituir o paradigma da “segregação” para o da “não discriminação”.

A estratégia se baseou em litigar sobre casos de alunos universitários para obrigar o Tribunal a reconhecer que, embora previsto na Constituição, ter faculdades de direito separadas para brancos e negros era uma política pública financeiramente inviável. Vinte anos depois de haver começado a luta judicial, *Brown v Board of Education*, reverteu os *standards* constitucionais sobre igualdade racial.

Outro estudo canônico fruto desta mobilização ocorreu também nos Estados Unidos, nos anos 70, em torno da reivindicação da igualdade e da paz entre homens e mulheres, no *Equal Pay Act*. Nesse caso, é importante mencionar que as mulheres têm conquistado um empoderamento como movimento perante as estruturas patriarcais de opressão e que as têm movido desde a década de 60, especialmente nos anos 80 e 90⁵³. Este enquadramento pode ser chamado de “novos movimentos sociais”, que questionam a lógica das sociedades e buscam

⁵² BARRENA, Guadalupe. Oportunidades y retos para el litigio estratégico en México: ¿un cincel para la piedra de Sísifo? In: MATUS, Fabián Sánchez. (Coord.). *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*. México: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 49.

⁵³ CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Vniversitas*, Bogotá (Colombia), n. 121, julio-diciembre 2010, p. 58.

uma inclusão no discurso público e da agenda pública. Ou seja, as diferentes lutas democráticas, acabam por fomentar novos exercícios de democracia e de distintas formas de participação⁵⁴. As lutas feministas, de contestação política através dos movimentos sociais, foram determinantes para a modificação de significados jusfundamentais⁵⁵.

Cabe citar, também, como exemplos de Litígio Estratégico, as ações coletivas, que têm o potencial de originar mudanças sociais, concretização de políticas públicas e a efetiva concretização de direitos fundamentais constantemente desrespeitados⁵⁶.

O Litígio Estratégico não faz sentido para todos os casos e provavelmente não será sempre necessário interpor este tipo de demanda para alcançar uma meta ou melhorar uma causa⁵⁷. Em geral, o litígio pode ser um processo oneroso e longo.

Segundo o *Child Rights International Network* (CRIN)⁵⁸ há algumas perguntas que são essenciais para se decidir ou não pela ferramenta do Litígio Estratégico: a temática legal envolvida se relaciona com um problema social? A resposta de uma Corte pode resolver este problema?; A decisão pode ter um efeito extensivo ou generalizado?; Tanto a causa como o tema principal são fáceis de entender pelos meios de comunicação e pelo público em geral?

Como o litígio pode ser custoso em termos de recursos, é recomendável avaliar e investigar cada caso, assim como os argumentos que se pretende introduzir, sempre antes de submetê-lo à jurisdição. Por exemplo, é importante a verificação de quais leis estão relacionadas com seu pedido; se são aplicadas regularmente; se são claras em termos de redação e interpretação; como se aplicam; e, se a falta de clareza de uma lei permite uma maior linha interpretativa, o que pode proporcionar a criação de precedentes inovadores.

⁵⁴ GOUVÊA, Carina B. *O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento: construindo à efetividade que opera em favor da democracia e do desenho institucional*. Brasília: Gomes & Oliveira, 2015, p. 127.

⁵⁵ MANEIRO, Renata de Marins Jaber; CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da. Constitucionalismo Democrático e Litígio Estratégico: o caso do Mandado de Injunção nº 4.733. In: VIEIRA, José Ribas; et al. (Org.). *Diálogos Constitucionais e as relações entre os poderes: VI Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito*, 2015. Texto cedido pelo autor.

⁵⁶ VINCENZI, Brunela. et al. As Ações Coletivas como Espécie de Litígio Estratégico: um diálogo com a luta social por reconhecimento de Axel Honneth. p. 209-236. In: *Revista Jurídica Direito & Paz*. ano XVIII. n. 34. 1. sem. São Paulo, 2016, p. 226. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zLGI4fZ_TvAJ:www.revista.unisal.br/lo/index.php/di-reitoepaz/article/download/351/253+&cd=14&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 11 jan. 2017.

⁵⁷ CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK. *Guía sobre litigio estratégico: una introducción*. Disponível em: <<https://www.crin.org/es/biblioteca/publicaciones/guia-sobre-litigio-estrategico-una-introduccion>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁵⁸ CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK. *Guía sobre litigio estratégico: una introducción*. Disponível em: <<https://www.crin.org/es/biblioteca/publicaciones/guia-sobre-litigio-estrategico-una-introduccion>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

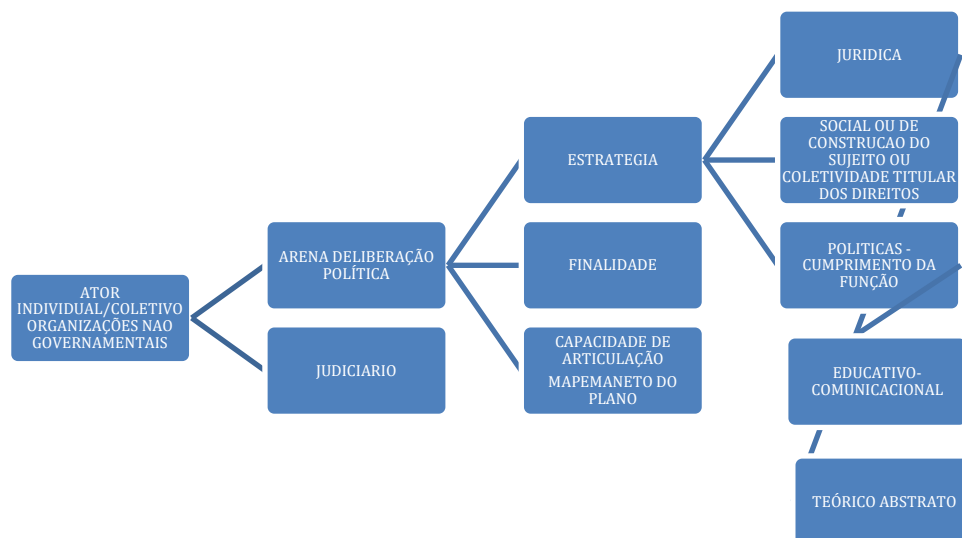
Se não existem princípios claramente estabelecidos, pode ser que exista uma oportunidade para trabalhar com o governo e com a jurisdição com o fim de determinar quais núcleos devem compor estes princípios, estabelecer *standards* e práticas.

Em algumas jurisdições, os tribunais têm, não só o poder de ordenar a pessoa, o governo ou a organização que se demandou, mas também suspender o dano que se está causando. Pode, ainda, obrigar a remediar o dano cometido e a prevenir que volte a ocorrer. As ditas pessoas ou organizações podem também ser comunicadas pela jurisdição com o fim de se estabelecer novos sistemas e mecanismos para proteger direitos, proporcionar atenção ou prevenir abusos⁵⁹, ou ainda propor as denominadas sentenças estruturantes⁶⁰.

O Litígio Estratégico tem, portanto, o intuito de buscar remédios às situações complexas, de vulnerabilidades e que afetam uma multiplicidade de pessoas e espera uma solução material, como o reconhecimento do direito negligenciado, uma resposta à situação fática desafiada, despolarização da sociedade em temas sensíveis. Possui natureza jurídica instrumental porque exige ação.

⁵⁹ Cita-se como exemplo, o caso M. C. Mehta v. Estado de Tamil e outros, Supremo Tribunal da Índia, outubro de 1990. Nele, o ativista hindu M. C. Mehta processou o Estado de Tamil Nadu, a fim de melhorar as condições de trabalho das crianças e providenciou a educação aprimorada para aquelas resgatadas de trabalhos perigosos.

⁶⁰ As “sentenças estruturantes” foram idealizadas para romper com o isolamento cognitivo proporcionando assim, a garantia de voz das minorias nas deliberações políticas, o intercâmbio de conhecimentos de outros órgãos jurisdicionais e as experiências dele decorrentes, a construção de conhecimento por agregação, a superação da intolerância nacional/cultural. Portanto, congrega esta multiplicidade de sentidos, que são derivadas, geralmente, de decisões judiciais, que sem prejuízo de resolver o pedido das partes, compartilham com as autoridades públicas competentes e com caráter geral, a adoção de políticas tendentes a tutela efetiva, integral e eficiente dos direitos fundamentais. (GOUVÊA, Carina B. *O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento: construindo à efetividade que opera em favor da democracia e do desenho institucional*. Brasília: Gomes & Oliveira, 2015, p. 190.).



Fonte: Elaborada pelos autores com base nas concepções teóricas⁶¹

Seus efeitos podem ser material, com modificações tangíveis; simbólicos, de transformação cultural ou ideológicos; diretos, principalmente aos envolvidos no caso; e indiretos.

3 RESPOSTA ESTRUTURAL COMO OBJETIVO DO LITÍGIO ESTRATÉGICO

O sentido da *rule of law* como um conceito eficaz, deve aplicar a lei para transformar uma realidade profundamente desigual⁶² e para o exercício constitutivo da nova resposta constitucional. Esta proposta deve estar centrada com o objetivo prioritariamente de assegurar o desenvolvimento social e humano, principal motivo de zonas de conflito nas nações com altos índices de deficiência democrática.

Há inúmeros procedimentos que permitem a assunção desta adjudicação. Estas previsões centram-se em diferentes processos constitucionais firmados pela carta local.

⁶¹ Ver GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. Litígio estratégico como suporte fático-bioético In: Furst, Henderson; Gouvêa, Carina Barbosa (Org). *Advocacia em Bioética: a atuação das Comissões de Bioética da OAB*. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2022, p. 38-64.

⁶² BARRENA, Guadalupe. Oportunidades y retos para el litigio estratégico en México: un cincel para la piedra de Sísifo? In: MATUS, Fabián Sánchez. (Coord.). *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*. México: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 51.

No Brasil, pode-se citar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante do poder público. Na Colômbia, a *Acción de Tutela* da sua carta, na qual toda pessoa por esta via terá tutela por si ou porque atue em seu nome, a proteção imediata de seus direitos fundamentais, quando estes resultem vulnerados ou ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública.

A escolha da Corte ou similar para o desenvolvimento do constitucionalismo democrático é proposital, uma vez que sua própria estrutura pode promover a fixação de uma agenda⁶³ e metodologia para o desenvolvimento de uma sessão técnica que priorize e favoreça a discussão constitucional, principalmente em caso de obstrução de política ou bloqueio institucional. Além disso, o resultado, inicialmente, tem a pretensão de empreender uma resposta globalizada - de modo a afetar a realidade que incide, portanto, a jurisdição nacional se faz necessária.

As variedades de resposta que o Litígio Estratégico comporta permitem estruturar diferentes resultados no campo da Bioética. É preciso, antes de mais nada, fazer a distinção do que será considerado estratégico, porque se politiza o discurso dentro e fora da Corte ao nível nacional, ou de interesse regional, e as mudanças neste plano também produzem variações importantes.

Assim, os temas podem ser estruturais e os remédios podem ou não ser estruturais. Segundo Bergallo⁶⁴ há remédios estruturais mais fortes e mais fracos, mais experimentais e mais de comando de controle. Após, há uma discussão sobre a estruturalidade dos efeitos que podem ser de distintos tipos e de distintos níveis. Em geral, como nos casos da Argentina, por exemplo, quase nenhuma é estrutural e todos são de intervenção média⁶⁵.

Um exemplo interessante, apontado por Bergallo, é o caso Artavia Murillo e o direito à vida gestacional, que ocorreu na Costa Rica. Ele começa sendo um Litígio Estratégico porque

⁶³ Segundo O'Connor, a fixação de uma agenda política é uma parte muito importante do mapeamento do sistema de justiça, uma vez que é capaz de fornecer uma lista de questões ou problemas que receberão atenção prioritária do governo para as decisões ou formulações de políticas. Será a resposta do problema estabelecido na fixação da agenda, incluindo também aqueles que estão fora do governo – sociedade civil, meios de comunicação, grupos de interesse religioso, dentre outros. (O'CONNOR, Vivienne. Mapping the Justice System and Legal Framework in a Conflict-affected country. *International Network to Promote the Rule of Law*, Aug. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2665652>>. Acesso em: 04 dez. 2016).

⁶⁴ BERGALLO, PAOLA. Evento de Litígio Estrutural. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. v. 16, ago. 2015, p. 4.

⁶⁵ Bergallo entende que “as intervenções de nível médio” são aquelas cuja interferência se dá no sistema regulatório, por exemplo.

seu objetivo era estabelecer um *standard* sobre o direito à vida. Mas, se mobilizou contra a fertilização assistida.

No caso em questão, a Corte Constitucional do país declarou inconstitucionais as técnicas de reprodução assistida. De notar que o caso não foi levado a juízo prioritariamente pela preocupação com as técnicas utilizadas de reprodução assistida. Seu objetivo inicial era conseguir uma sentença estratégica, em que a Corte assumisse a posição “que a vida se iniciava na etapa embrionária”. Qualquer ato realizado posteriormente a esta etapa, representaria uma violação à vida do ser humano.

Foi estratégico, porque há pelo menos dois anos se discutia intensamente quando começava a vida no artigo 19 do Código Civil daquele país. Em seguida, se aprovou uma lei que tratava da cobertura integral das técnicas humanas de reprodução assistida. Duas agendas circularam em sentidos distintos: o interesse na cobertura da provisão de técnicas, o interesse na provisão de serviços para a maternidade biológica e, por outro lado, a discussão do direito à vida. A estrutura dada joga de distintas formas para distintos interesses.

Assim, pode-se fixar cinco ou seis discussões distintas, que vão variar segundo o sujeito, como a instituição politiza o caso, e como os atores participam do caso⁶⁶. Estas sentenças acabam por ter um impacto muito importante a respeito de certas causas e têm uma resposta positiva desde o ponto de vista legal, simbólico, da administração, dentre outros.

Em outros casos, a sentença pode ser estrutural. Este tipo de sentença congrega outros atores além dos demandantes. De maneira geral, correlaciona-se o direito em si com o dever de recomendação da construção, planejamento ou aperfeiçoamento de planos e políticas públicas.

Para Gouvêa⁶⁷ permite-se definir critérios para: a distinção e o expressivo universo dos destinatários; o estabelecimento das hipóteses da ação estatal prioritária e coordenada; a construção de políticas para o enfrentamento; a lógica pragmática; o resultado a se operar de forma progressiva; a delimitação das cláusulas gerais, individuais e coletivas, dentre outros. Esta construção cooperada vem do exercício da formação de um consenso que se forma no curso do processo, entre os vários atores interessados na atualização de sentido constitucional.

Um exemplo de sentença estrutural se encontra no emblemático caso relacionado ao grau de eficácia na proteção à saúde na Colômbia e o reflexo das dificuldades estruturais do

⁶⁶ BERGALLO, PAOLA. Evento de Litigio Estructural. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. v. 16, ago. 2015, p. 6.

⁶⁷ GOUVÊA, Carina B. *O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento: construindo à efetividade que opera em favor da democracia e do desenho institucional*. Brasília: Gomes & Oliveira, 2015, p. 195.

Sistema Geral de Seguridade Social na saúde, geradas principalmente por diversas falhas em sua regulação, a T-260, de 2008⁶⁸.

É considerada estrutural porque a sentença determinou uma série de medidas destinadas à reformulação de políticas públicas, como por exemplo, revisar e unificar os planos e benefícios⁶⁹. A questão envolveu um grande número de atores governamentais e não governamentais, questões de políticas públicas complexas e, tiveram como objetivo também, unificar o sistema de saúde público não contributivo com o sistema contributivo, ou seja, transformar todo o sistema.

Outra sentença estrutural paradigmática, também se refere à Corte Constitucional Colombiana, a T-025/2004, por meio da qual se ordenou a formulação de uma política pública integral para garantir uma vida digna aos “*desplazados*” pelo conflito interno colombiano. Esta sentença reuniu cento e cinco ações individuais, relacionadas à adequação ou insuficiência de políticas públicas. E como supervisionar uma decisão que possui uma resposta progressiva? Através do Decreto 2591/91, a Corte promoveu uma espécie de “jurisdição supervisora”, mantendo assim viva a relação processual através do monitoramento das providências a serem adotadas pelos agentes estatais, promovendo, inclusive, audiências públicas.

Aponta-se a caracterização do problema enfrentado como social, a exigir a intervenção de várias entidades, num conjunto necessariamente complexo e coordenado de ações, segundo Valle⁷⁰.

Para a autora Valle, esta perspectiva de que o problema do bloqueio há de ser endereçado tendo em conta os fatores internos e externos que o tenham determinado; e que esta é uma patologia cuja superação transcende as esferas ordinárias do poder político e estaria a reclamar uma ação coordenada, obstada até então por uma incapacidade de articulação dos agentes institucionais.

CONCLUSÃO

⁶⁸ Sentencia T-760/2008, ministro Manuel José Cepeda Espinosa, Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, julgada em 31 de jul. de 2008.

⁶⁹ GOUVÊA, Carina B. *O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento*: construindo à efetividade que opera em favor da democracia e do desenho institucional. Brasília: Gomes & Oliveira, 2015, p. 195.

⁷⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado de coisas inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para a construção da resposta adequada. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (Coord.). *Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016, 332.

As situações da Bioética compreendem, normalmente a situações fáticas inéditas e de extrema complexidade que envolvem o avanço biotecnológico e fatos sociais que passaram a ser experimentados de formas diferentes e, invariavelmente não possuem moralidade constituída, segundo Fürst.

Foi possível identificar que a reflexão da linguagem que envolve a Bioética⁷¹ se decanta em arranjos que incorporam três métodos distintos: (1) aqueles que são utilizados para explorar o suporte fático do que se analisa; (2) aqueles que são utilizados para compreender os problemas éticos e teóricos; (3) aqueles que são utilizados para dar suporte à tomada de decisão. Neste sentido, a Bioética, tal como o Direito, além do aspecto teórico, zetético, perquiratório e abstrato que formulam os seus conceitos fundamentos e parâmetros, também possui o aspecto de técnica, decidibilidade. O Litígio Estratégico entra em campo para auxiliar estas construções de sentidos, porque está vocacionado ao diálogo, à abertura de novas expertises multi/trans/pluridimensionais e pode se revelar um instrumento potencial para resolução das lacunas advindas do próprio sistema jurídico e da casuística jurisprudencial, que por vezes é equivocada.

O viés estratégico do Litígio está na sua complementariedade que conecta não só as ferramentas interdisciplinares, sociais e políticas, se não a diversidade de atores que podem intervir e ser afetados neste processo. Ele se projeta como um instrumento para a prevenção e proteção sobre Bioética e Direitos Humanos no exercício de suas ações que de alguma forma vão irradiar efeitos.

Assim, algumas respostas podem vir da utilização deste instrumento, como a busca de cooperação a temas de alta complexidade, a proteção um do outro e das demais formas de vida, o reconhecimento da identidade do sujeito e das suas dimensões biológicas, psicológicas, sociais, culturais, promoção da sensibilidade moral e reflexão ética promover a responsabilidade social a assegura o progresso da ciência, o apoio as causas sociais e o despertar de novas consciências, o empoderamento de grupos e movimentos sociais, a modificação de *standards* culturais. Pode, também, instruir atos para as ações políticas, a inclusão da temática nas agendas públicas e fortalecer substancialmente os aspectos práticos da Bioética.

⁷¹ Matriz teórica foi estruturada a partir dos estudos de Fürst. Ver FÜRST, Henderson. *No confim da vida: direito e bioética na compreensão da ortotanásia*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018.

Por fim, esta multiplicidade de usos e objetivos, não exclui a tradicional meta, como o acesso à justiça a vulneráveis e menos favorecidos, mas pretende responder a uma estratégia maior: alcançar a realidade social, política e jurídica no campo da Bioética.

Referências

ANVISA. RELATÓRIO - BASES TÉCNICAS PARA DECISÃO DO USO EMERGENCIAL, EM CARÁTER EXPERIMENTAL DE VACINAS CONTRA A COVID-19. Disponível em < <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/confirma-materiais-da-reuniao-extraordinaria-da-dicol/relatorio-bases-tecnicas-para-decisao-do-uso-emergencial-final-4-1.pdf>>.

ASÍS, Rafael de. *Sobre Discapacidad y Derechos*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho. Madrid: Dykinson, 2013.

BARRENA, Guadalupe. Oportunidades y retos para el litigio estratégico en México: un cincel para la piedra de Sísifo? In: MATUS, Fabián Sánchez. (Coord.). *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*. México: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 47- 69.

BERGALLO, PAOLA. Evento de Litigio Estructural. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. v. 16, ago. 2015, p.1-25.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo. Nova York. 30 mar. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

Superior Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública. Recurso Especial. REsp. n. 1.315.822/RJ. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: AFAC Associação Fluminense de Amparo aos Cegos. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 24 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTPB+%3E%3D+20150416+e+%40DTPB+%3C%3D+20150416&livre=%28%28%22Terceira+Turma%22%29.org.%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&ementa=Braille&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Ciclo de Vida do Litígio Estratégico no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: dificuldades e oportunidades para atores não estatais. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* - Año V, Número Especial, 2011.

CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK. *Guía sobre litigio estratégico: una introducción*. Disponível em: <<https://www.crin.org/es/biblioteca/publicaciones/guia-sobre-litigio-estrategico-una-introduccion>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Vniversitas*, Bogotá (Colombia), n. 121, julio-diciembre 2010, p.49-76.

ESTEBAN, Amparo Cano (Coord.); DÍAZ, Susana Rodríguez (Coord.) *et al. Discapacidad y Políticas Públicas: la experiencia real de la juventud con discapacidad en España*. 1. Madrid: Catarata, 2015.

FÜRST, Henderson. *No confim da vida: direito e bioética na compreensão da ortotanásia*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018.

GOUVÊA, Carina B. *O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento: construindo a efetividade que opera em favor da democracia e do desenho institucional*. Brasília: Gomes & Oliveira, 2015.

GOUVÊA, Carina Barbosa. *As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos estados em transição política: o papel das nações unidas no resgate da ordem democrática*. Curitiba: Juruá, 2016.

GOUVÊA, Carina Barbosa; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. O litígio estratégico como ferramenta para a transformação social: construindo efetividade para a inclusão da pessoa com deficiência. In BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula (Org.). *Autonomia, reconhecimento e dignidade: sujeitos, interesses e direitos*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 299-324.

GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Critérios para a alocação de recursos escassos na pandemia da COVID-19*. In: ESTEVES, Juliana Teixeira (Org.). *Dimensões críticas da condição pandêmica: transformações e percepções*. Editora: RTM, Belo Horizonte, 2020, p. 103-112.

GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. Litígio estratégico como suporte fático-bioético In: Furst, Henderson; Gouvêa, Carina Barbosa (Org.). *Advocacia em Bioética: a atuação das Comissões de Bioética da OAB*. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2022, p. 38-64.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA E ESTATÍSTICA (IBGE). Censo Demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. **IBGE**, Rio de

Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/default_caracteristicas_religiao_deficiencia.shtm>. Acesso em: 01 out. 2016.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Trad. MASS, Wilma Patrícia; PEREIRA, Carlos Almeida. Ver trad. BENJAMIN, César. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2006, p. 267.

LÓPEZ, Luis Miguel Cano; MANZO, Graciela Rodríguez. Del litigio estratégico como experiencia democrática. In: MATUS, Fabián Sánchez. (Coord.). *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*. México: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p.131-154.

MANEIRO, Renata de Marins Jaber; CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da. Constitucionalismo Democrático e Litígio Estratégico: o caso do Mandado de Injunção nº 4.733. In: VIEIRA, José Ribas; et al. (Org.). *Diálogos Constitucionais e as relações entre os poderes: VI Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito*, 2015. Texto cedido pelo autor.

MORELOS GARCÍA, Gumesindo. *Control de convencionalidad de los derechos humanos en los tribunais mexicanos*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015.

O'CONNOR, Vivienne. Mapping the Justice System and Legal Framework in a Conflict-affected country. *International Network to Promote the Rule of Law*. Aug. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2665652>>. Acesso em: 04 dez. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). 2013. *Relatório Situação Mundial da Infância 2013: crianças com deficiência*. UNICEF. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/PT_SOWC2013.pdf. Acesso em: 21 dez. 2016

POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: bridge to the future*. 1971.

QUINTANAS, Anna. Reseña de " Bioethics: Bridge to the Future" de Van Rensselaer Potter. *Sinéctica, Revista Electrónica de Educación*, n. 32, p. 1-5, 2009.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law review*, v. 89 (7), 2011, p. 1669-1698.

ROVER, Tadeu. Por ver discriminação, juiz inclui netas de relação não matrimonial em testamento. *Consultor Jurídico*. Pub. 21 de jul de 2018. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-jul-31/testamento-nao-discriminar-netos-relacao-nao-matrimonial>>. Acesso em 01 de agosto de 2018

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 376.p. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

UCÍN, Carlota. Evento de Litigio Estructural. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 16, Agosto de 2015, p.1-25.

VILLARREAL, Marta. El litigio estratégico como herramienta del Derecho de interés público. In: MATUS, Fabián Sánchez. (Coord.). *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*. México: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p.13-26.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado de coisas inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para a construção da resposta adequada. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (Coord.). *Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016, p.331-354.

VINCENZI, Brunela. *et al.* As Ações Coletivas como Espécie de Litígio Estratégico: um diálogo com a luta social por reconhecimento de Axel Honneth. p. 209-236. In: *Revista Jurídica Direito & Paz*. ano XVIII. n. 34. 1. sem. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zLGI4fZ_TvAJ:www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/download/351/253+&cd=14&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 11 jan. 2017.