RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar O
Saber. ISSN: 2675-9128. São Paulo - SP.
Ano VII, v.1 2026 | submissão: 01/10/2026 | aceito: 08/10/2026 | publicação: 13/10/2026

El terreno que deja la decisión: sedimentación, síntesis y recombinación en la jurisprudencia del STF

O terreno que a decisão deixa: sedimentação, síntese e recombinação na jurisprudência do STF

The terrain a decision leaves behind: sedimentation, synthesis, and recombination in the case law of the Brazilian Supreme Federal Court

Pablo Dietrich
Estudiante de maestría en Derecho en la Faculdade Estácio de Sá. Licenciado en Derecho por la Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Estudiante de posgrado en Ciencias de la Religión y en Filosofía y Sociología en la Faculdade Líbano. Estudiante de Teología y de la licenciatura para la formación docente en Filosofía en la Faculdade Estácio de Sá.
Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2467496149913328
ORCID: https://orcid.org/0009-0003-5447-0550
Correo electrónico: pablodietrichh@hotmail.com

Resumen:
Se pregunta cómo decisiones particulares del Supremo Tribunal Federal pueden transformarse, a lo largo del tiempo, en proposiciones jurisprudenciales estables y, posteriormente, ser combinadas con materiales de otras líneas para producir una formulación jurídica reutilizable. Se propone distinguir tres operaciones del desarrollo jurisprudencial: la sedimentación, entendida como el proceso diacrónico por el cual una proposición situada en un caso adquiere estabilidad por medio de su reutilización; la síntesis, que consiste en la abstracción de decisiones que responden a una misma cuestión jurídica en una formulación más general; y la recombinación, en la cual proposiciones que responden a preguntas distintas desempeñan funciones argumentativas complementarias en la construcción de una formulación que ninguna de ellas contenía aisladamente, en el mismo nivel de articulación. Las dos primeras operaciones poseen antecedentes reconocidos en la teoría del razonamiento jurídico, mientras que la tercera es presentada como una distinción analítica, confrontada con nociones próximas. El material empírico comprende el desarrollo jurisprudencial entre la decisión monocrática dictada en la ADPF 45, en 2004, y el juicio del RE 684.612, correspondiente al Tema 698 de la repercusión general, en 2023. La reconstrucción documental y analítica sostiene que la proposición central de 2004 —la legitimidad excepcional de la intervención judicial frente a omisión que comprometa derechos— constituía, en 2023, una premisa expresa o reconstruible en los votos examinados de las tres posiciones en disputa. Sostiene, también, que el voto conductor sintetiza precedentes sectoriales como jurisprudencia consolidada en la legitimidad de la intervención y que la tesis relativa al modo de intervención, tomando esa autorización como premisa recibida, articula la forma estructural de la intervención — apoyada en doctrina que ya asociaba el plan de acción a la participación de la Administración en la definición de la forma, del plazo y de los medios de implementación— con medios administrativos específicos, como la reasignación y la contratación de organizaciones sociales, cuya licitud encuentra respaldo en precedente de otra línea jurisprudencial. Esa articulación presupone la descomposición de precedentes sectoriales, de los cuales el voto aprovecha la respuesta relativa a la legitimidad de la intervención y aleja aquella referente al remedio. La clasificación del caso como recombinación se restringe, por eso, a la articulación concreta entre la estructura del plan y esos medios administrativos específicos, siendo presentada como plausible, dentro de los límites documentales explicitados. El argumento no presupone la existencia de un proyecto consciente de expansión judicial, tampoco reduce el resultado a la oposición entre activismo y autocontención.

RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar O Saber. ISSN: 2675-9128. São Paulo - SP.
Ano VII, v.1 2026 | submissão: 01/10/2026 | aceito: 08/10/2026 | publicação: 13/10/2026

Palabras clave:
precedentes; desarrollo jurisprudencial; control judicial de políticas públicas; Supremo Tribunal Federal; Tema 698.

Resumo:
Pergunta-se como decisões particulares do Supremo Tribunal Federal podem transformar-se, ao longo do tempo, em proposições jurisprudenciais estáveis e, posteriormente, ser combinadas com materiais de outras linhagens para produzir uma formulação jurídica reutilizável. Propõe-se distinguir três operações do desenvolvimento jurisprudencial: a sedimentação, entendida como o processo diacrônico pelo qual uma proposição situada em um caso adquire estabilidade por meio de sua reutilização; a síntese, que consiste na abstração de decisões que respondem a uma mesma questão jurídica em uma formulação mais geral; e a recombinação, na qual proposições que respondem a questões distintas desempenham funções argumentativas complementares na construção de uma formulação que nenhuma delas continha isoladamente, no mesmo nível de articulação. As duas primeiras operações possuem antecedentes reconhecidos na teoria do raciocínio jurídico, enquanto a terceira é apresentada como uma distinção analítica, confrontada com noções próximas. O material empírico compreende o desenvolvimento jurisprudencial entre a decisão monocrática proferida na ADPF 45, em 2004, e o julgamento do RE 684.612, correspondente ao Tema 698 da repercussão geral, em 2023. A reconstrução documental e analítica sustenta que a proposição central de 2004 — a legitimidade excepcional da intervenção judicial diante de omissão que comprometa direitos — constituía, em 2023, uma premissa expressa ou reconstruível nos votos examinados das três posições em disputa. Sustenta, ainda, que o voto condutor sintetiza precedentes setoriais como jurisprudência assente quanto à legitimidade da intervenção e que a tese relativa ao modo de intervenção, tomando essa autorização como premissa recebida, articula a forma estrutural da intervenção — apoiada em doutrina que já associava o plano de ação à participação da Administração na definição da forma, do prazo e dos meios de implementação — com meios administrativos específicos, como o remanejamento e a contratação de organizações sociais, cuja licitude encontra respaldo em precedente de outra linhagem jurisprudencial. Essa articulação pressupõe a decomposição de precedentes setoriais, dos quais o voto aproveita a resposta relativa à legitimidade da intervenção e afasta aquela referente ao remédio. A classificação do caso como recombinação restringe-se, por isso, à articulação concreta entre a estrutura do plano e esses meios administrativos específicos, sendo apresentada como plausível, dentro dos limites documentais explicitados. O argumento não pressupõe a existência de um projeto consciente de expansão judicial, tampouco reduz o resultado à oposição entre ativismo e autocontenção.

Palavras-chave:
precedentes; desenvolvimento jurisprudencial; controle judicial de políticas públicas; Supremo Tribunal Federal; Tema 698.

Abstract:
This article examines how particular decisions of the Brazilian Supreme Federal Court can, over time, become stable jurisprudential propositions and subsequently be combined with materials from other lines of case law to produce a reusable legal formulation. It distinguishes three operations in the development of jurisprudence: sedimentation, understood as the diachronic process through which a proposition arising in a particular case gains stability through reuse; synthesis, which consists of abstracting decisions that address the same legal question into a more general formulation; and recombination, in which propositions addressing distinct questions perform complementary argumentative functions in constructing a

formulation that none of them contained independently at the same level of articulation. The first two operations have recognised antecedents in the theory of legal reasoning, whereas the third is presented as an analytical distinction examined in relation to neighbouring concepts. The empirical material comprises the jurisprudential development from the single-justice decision in ADPF 45 (2004) to the judgment in RE 684.612, corresponding to General-Repercussion Theme 698 (2023). The documentary and analytical reconstruction supports the conclusion that, by 2023, the central proposition advanced in 2004 — the exceptional legitimacy of judicial intervention in the face of an omission that compromises rights — constituted an express or reconstructible premise in the opinions examined from all three positions in dispute. It also indicates that the leading opinion synthesises sector-specific precedents into settled case law concerning the legitimacy of judicial intervention and that the holding on the mode of intervention, taking that authorisation as an accepted premise, combines the structural form of intervention — supported by scholarship that had already linked action plans to administrative participation in determining the form, timeframe, and means of implementation — with specific administrative mechanisms, such as staff reallocation and the contracting of social organisations, whose lawfulness is supported by a precedent from a different line of case law. This articulation presupposes the decomposition of sector-specific precedents, from which the opinion retains the answer concerning the legitimacy of intervention while setting aside the answer concerning the remedy. The classification of the case as recombination is therefore limited to the specific articulation between the structural framework of the action plan and those administrative mechanisms, and is presented as plausible within the stated documentary limitations. The argument does not presuppose a deliberate project of judicial expansion, nor does it reduce the outcome to an opposition between judicial activism and restraint.

Keywords:
precedents; jurisprudential development; judicial review of public policies; Brazilian Supreme Federal Court; Theme 698.

La montaña

Imaginemos una montaña sin carretera. El primer grupo que necesita cruzarla no dispone de mapa. Frente a una roca, se desvía; delante de una ladera, busca paso; delante de un río, improvisa una travesía. Cada decisión resuelve un problema local, y ninguno de los que caminan necesita conocer el trazado final.

El segundo grupo ya no encuentra la misma montaña. Encuentra un sendero. Puede abandonarlo, y nada lo obliga a seguirlo; pero seguir el sendero y abandonarlo dejaron de ser alternativas equivalentes. Donde el primer grupo encontraba sólo la montaña, el segundo encuentra la montaña y el rastro de quien pasó.

Otros grupos llegan. Las piedras se eliminan, la ruta se amplía y las señales pasan a indicar la ruta. Lo que comenzó como solución circunstancial adquiere la apariencia de un camino. Como la travesía no es realizada por un único grupo ni por una sola ruta, se forman otras rutas, cada una abierta para superar un obstáculo diferente: los ríos, las pendientes, los

desniveles. En algún momento, alguien percibe que tres de ellas pasan próximas unas de las otras y las conecta por un tramo nuevo, abierto, en parte, con piedras traídas de fuera de la montaña. Por ese tramo, se llega a un punto que otros tal vez ya hubiesen alcanzado por otras vías.

Volver sigue siendo posible. Pero quien llega después ya no decide sobre la montaña tal como existía antes: decide sobre un terreno en el que hay rutas, marcas y pasajes dejados por otros y en el que abandonar un camino significa renunciar también a tramos construidos sobre los anteriores. Nada de eso requiere que alguien haya diseñado el trazado entero. Cada grupo puede haber resuelto, de manera razonable, el problema que tenía delante de sí.

La imagen no prueba nada. Sirve sólo para fijar las propiedades que se buscarán, a continuación, en un caso concreto: cada decisión cambia parcialmente el terreno recibido por las siguientes; el futuro no se torna inevitable; volver es posible; y importa saber si el retorno fue practicado o incluso propuesto; y decisiones posteriores pueden trabajar con materiales que no estaban disponibles a las anteriores, inclusive materiales formados en rutas distintas y materiales traídos de fuera de ellas.

§ 1 — El problema

La montaña corresponde a un conjunto de cuestiones constitucionales conexas: si, cuándo, de qué forma y por qué medios el Poder Judicial puede determinar que la Administración implemente una política pública que dejó de implementar. Los grupos representan los colegiados y los ministros del Supremo Tribunal Federal que respondieron a estas cuestiones entre 2004 y 2023.

El primer marco es la decisión monocrática dictada en 2004 en ADPF 45, en la que el ponente, tras reconocer la pérdida superveniente del objeto, afirmó que el Poder Judicial puede “en bases excepcionales”, ser llamado a garantizar la implementación de políticas públicas cuando la omisión de los órganos competentes comprometa derechos constitucionales. El segundo marco es el juicio del RE 684.612, concluido en 2023, en el cual fue fijada la tesis del Tema 698 de la repercusión general: la intervención judicial en políticas públicas dirigidas a la realización de derechos fundamentales, delante de la ausencia o de la deficiencia grave del servicio, no viola la separación de los poderes; como regla, la decisión judicial debe apuntar las finalidades a ser alcanzadas y exigir de la Administración la presentación de un plan, en vez de determinar medidas puntuales.

RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar O
Saber. ISSN: 2675-9128. São Paulo - SP.
Ano VII, v.1 2026 | submissão: 01/10/2026 | aceito: 08/10/2026 | publicação: 13/10/2026

El Tribunal en 2023 no estaba obligado a seguir el camino abierto en 2004. Podría decidir de otro modo, y cuatro ministros, vencidos en direcciones distintas, propusieron soluciones divergentes. La cuestión aquí examinada no es si el Tribunal ha decidido correctamente, tampoco si la intervención judicial en políticas públicas es legítima. Se trata de una cuestión anterior y más delimitada:

Como decisiones particulares del STF pueden transformarse, a lo largo del tiempo, en proposiciones jurisprudenciales sedimentadas y, posteriormente, ser combinadas con materiales de otras líneas para producir una formulación jurídica reutilizable?

La pregunta excluye deliberadamente otras cuestiones que el tema suele suscitar: por qué el Supremo Tribunal Federal ocupa actualmente la posición institucional que ocupa, cual es el papel de la Constitución de 1988 en ese proceso y si la jurisdicción constitucional brasileña debe ser más o menos deferente a las decisiones de los demás poderes. Esas cuestiones son relevantes, pero exigen otros instrumentos de análisis. El objeto de esta investigación es una operación interna a la argumentación jurídica: lo que las decisiones posteriores hacen con el material dejado por las anteriores.

La literatura sobre dependencia de trayectoria ofrece un marco natural para la imagen de la montaña, pero su empleo, en este estudio, es deliberadamente limitado. Paul Pierson definió la dependencia de trayectoria, en sentido estricto, como un proceso de retornos crecientes, en el cual cada paso aumenta la probabilidad del siguiente y hace más difícil abandonar el curso establecido. Oona Hathaway transpuso esa idea para el common law, observando que la regla del precedente hace que el desarrollo del derecho explícitamente dependiente de las decisiones anteriores.[1] No se sustenta que el caso examinado cumpla esta definición más exigente, ni se procura medir si el retorno se vuelve progresivamente más difícil a cada reutilización. Sólo se observan los aspectos que la imagen de la montaña también busca representar: el terreno sobre el que se decide es históricamente modificado, y continuar por un camino o volver a un anterior puede no ser argumentativamente equivalente. La contribución deseada no depende de esa literatura, sino de la distinción analítica entre tres operaciones del desarrollo jurisprudencial.

RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar O
Saber. ISSN: 2675-9128. São Paulo - SP.
Ano VII, v.1 2026 | submissão: 01/10/2026 | aceito: 08/10/2026 | publicação: 13/10/2026

§ 2 — Precedente, historia y material jurídico

2.1 Dworkin y el pasado que condiciona

La teoría de Ronald Dworkin es el principal interlocutor, por haber hecho del pasado institucional un condicionamiento de la interpretación.

Para Dworkin, el precedente no vale sólo por la regla que enunció. Además de esa fuerza, que se agota en los límites de lo que fue decidido, ejerce una fuerza gravitatoria sobre decisiones que están fuera de su órbita estricta, y esa fuerza deriva de la exigencia de tratar casos semejantes de modo semejante.[1] En el imperio del derecho, la intuición se convierte en teoría de la integridad: el derecho debe ser leído como obra de un único autor, la comunidad personificada; el juez que decide un caso difícil se asemeja al novelista que recibe los capítulos escritos por otros y necesita escribir lo siguiente. No es libre para escribir cualquier cosa, porque el nuevo capítulo necesita adaptarse a lo que vino antes; no es mero copista, porque, entre las continuaciones que se ajustan, debe elegir la que muestra el conjunto en su mejor luz.[2]

Tres rasgos impiden que esta teoría sea leída como licencia. El ajuste funciona como umbral, aunque aproximado: una interpretación que deje sin explicación parte sustancial del material es descalificada antes de cualquier juicio de valor. La integridad exige coherencia de principio, no coherencia local: el juez no puede justificar cada decisión por un principio diferente, según el resultado deseado. Y el juez puede tratar decisiones pasadas como errores, pero debe justificar ese tratamiento por la misma teoría que justifica el resto. La integridad, por lo tanto, no permite seleccionar fragmentos de la jurisprudencia conforme a la conveniencia; ajuste y justificación existen precisamente para filtrar ese tipo de selección.

No se trata de refutar esa teoría, ni de atribuirle la suposición de una historia estática: la novela en cadena ya supone que cada capítulo se vuelve material para lo siguiente. Lo que la teoría no pretende ofrecer, porque es normativa, es un vocabulario para describir que tipo de transformación cada capítulo opera sobre el material que recibe. Las decisiones posteriores pueden abstraer lo que las anteriores decidieron en formulaciones más generales; pueden articular materiales que responden a preguntas diferentes en formulaciones nuevas, y estas formulaciones pasan a integrar la historia recibida por el intérprete siguiente. La pregunta

[1] DWORKIN, Hard cases (1975), republicado como capítulo 4 de Levando los derechos en serio (2002).

[2] DWORKIN, El imperio del derecho (1999), capítulos 6 y 7. La reconstrucción es deliberadamente sumaria; lo que importa es que ajuste y justificación son dimensiones distintas, con el ajuste operando como umbral aproximado, y que ambas interactúan en el juicio interpretativo.

añadida es descriptiva: ¿qué operaciones transforman el material histórico que condiciona, y cómo pueden ser observadas en un caso concreto?

La pregunta no es completamente nueva, y debe ser situada. Karl Llewellyn ya describió la doctrina del precedente como bifronte —una técnica para restringir los precedentes incómodos, otra para servirse de los útiles—, y Duncan Kennedy comparó el material jurídico a un medio que resiste al trabajo de quien lo usa y, al mismo tiempo, es aquello con lo que se trabaja.[3] La cuestión del margen de libertad judicial queda de fuera, y no se sustenta que la acumulación o la diversidad de precedentes a amplie o reduzca.[4] Interesa otra cosa: describir, en un caso, las operaciones por las cuales el material recibido es transformado.

2.2 Precedente, analogía y generalización

Una distinción de Frederick Schauer impide que esta descripción se disuelva en general. Seguir un precedente es asignar valor presente a una decisión anterior incluso cuando se cree que estaba equivocada; el precedente condiciona justamente porque no depende de la concordancia de quien lo sigue. Argumentar por analogía es otra cosa: el decisor elige, entre casos anteriores, aquellos cuya semejanza considera persuasiva, y la elección es suya.[5] En ambos casos, lo que separa el relevante del irrelevante son reglas de relevancia que no están dadas por el propio material.

A estas dos formas de uso del pasado se añade una tercera: la generalización, por la cual un conjunto de decisiones es descrito como expresión de una regla más amplia que cualquiera de ellas enunció. Que reglas sean, ellas propias, generalizaciones —que seleccionan algunos rasgos de una situación y desconsideran otros— es tesis que Schauer desarrolló en otra obra.[6] Las operaciones propuestas en la sección siguiente pueden ser leídas como especificaciones de esas formas de uso —con la diferencia de que no preguntan solo si el intérprete está vinculado, pero lo que hace con el material a que se vincula o elige.

---

[3] LLEWELLYN, The bramble bush (1930); KENNEDY, Freedom and constraint in adjudication: a critical phenomenology (1986).

[4] Si la acumulación de precedentes amplía o reduce el margen judicial es una cuestión empírica aquí no examinada; ver LINDQUIST; CROSS, Empirically testing Dworkin's chain novel theory: studying the path of precedent (2005), p. 1157-1158.

[5] SCHAUER, Precedent (1987), p. 576-577; SCHAUER, Thinking like a lawyer (2009), p. 37 y 87: en el uso analógico, la decisión anterior "is selected in order to support an argument now"; en el precedente, "a previous decision imposes itself to preclude an otherwise preferred outcome".

[6] SCHAUER, Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life (1991).

RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar O
Saber. ISSN: 2675-9128. São Paulo - SP.
Ano VII, v.1 2026 | submissão: 01/10/2026 | aceito: 08/10/2026 | publicação: 13/10/2026

2.3 Historicidad

Un último elemento teórico basta. La decisión judicial es también un texto que se desprende de quien lo escribió y pasa a ser leído por intérpretes cuyos horizontes el primero no tenía. Gadamer trató esa condición como rasgo de toda comprensión y tomó la hermenéutica jurídica como su modelo; Ricoeur describió la acción que deja una "marca" en el tiempo y cuyo sentido, por una "sedimentación en el tiempo social", deja de coincidir con la intención de quien la realizó.[7] Ninguno de los dos formuló una teoría del precedente, y nada de lo que sigue les es atribuido más allá de esto: la proposición que el juez de 2004 escribió para resolver el caso de 2004 es leída en 2011, en 2012 y en 2023, por quien enfrenta otros casos y dispone de otros materiales.

§ 3 — Tres operaciones

3.1 Sedimentación

Se llama sedimentación el proceso por el cual una proposición jurídica formulada inicialmente en determinado caso es reutilizada a lo largo del tiempo y adquiere progresivamente estabilidad o estatuto jurisprudencial, de modo que decisiones posteriores pasan a tratarla como algo que el tribunal ya ha dicho, y no como algo que necesite ser nuevamente justificado. A diferencia de las dos operaciones siguientes, la sedimentación no es practicada por ninguna decisión aislada: es el resultado diacrónico de reiteraciones — inclusive de reiteraciones en forma de síntesis. Por lo tanto, llamarla operación es una simplificación y no una equiparación a las otras dos.

La operación tiene antecedente reconocido. Edward Levi describió el ciclo de los conceptos jurídicos en etapas: un primero, en que el concepto es construido a medida que casos son comparados y el tribunal "tatea en busca de una expresión"; un segundo, en que el concepto se vuelve más o menos fijo; un tercero, de disolución.[8] La sedimentación corresponde al paso del primero al segundo estadio. Se añade apenas un conjunto de indicadores de observación, distintos de los de la síntesis: la atribución a la proposición de un estatuto que su origen no le

[7] GADAMER, Verdad y método (1997); RICOEUR, The model of the text: meaningful action considered as a text (1971). La traducción de las expresiones de Ricoeur es libre.

[8] LEVI, An introduction to legal reasoning (1948), p. 501-507. Levi describe la primera etapa como aquel en que "la corte tatea en busca de una expresión" y el segundo como aquel en que el concepto es "más o menos fijo".

daba; su uso, expresado o reconstruible, por posiciones opuestas en el mismo juzgamiento; y su sustentación por decisiones posteriores sin retorno a la fuente.

Una precisión es necesaria. Sedimentación no implica olvido del origen. Una proposición puede estar sedimentada y seguir siendo atribuida a quien la formuló; lo que la sedimentación hace posible es que una fundamentación posterior no necesite volver a la fuente originaria para mantenerla.

El vocabulario de Toulmin ayuda a precisar el punto. En un argumento, los datos sustentan la conclusión a través de una garantía, y la garantía puede ser cuestionada a su vez; quien la defiende recurre entonces a su apoyo, los "avales sin los cuales ni las propias garantías tendrían autoridad o vigencia".[9] Una proposición sedimentada es una garantía cuyo apoyo dejó de ser exigido: se invoca la regla, y nadie pregunta más de dónde viene. MacCormick describe el riesgo correspondiente en la doctrina del precedente, cuando se sospecha que la ratio es "solo una proposición jurídica de una decisión anterior que una corte posterior considera conveniente destacar para justificar su propia decisión".[10] La sedimentación no confirma ni desmente esa sospecha; describe el proceso por el cual una proposición pasa a dispensar la pregunta.

3.2 Síntesis

Se llama síntesis la operación por la cual decisiones particulares pertenecientes a una misma trayectoria son abstractas de parte de sus particularidades y presentadas como soporte de una proposición más general — típicamente bajo la forma "la jurisprudencia de este Tribunal ha admitido que...".

La operación no es nueva y no se reivindica aquí como tal. La literatura sobre razonamiento y redacción jurídica la describe hace décadas con el nombre de rule synthesis: el proceso de examinar las autoridades que aplicaron el derecho relevante, extraer de ellas los principios orientadores y enunciarlos como una regla única.[11] La técnica es empleada en dos sentidos: para reunir decisiones que responden a la misma cuestión jurídica en situaciones de hecho diferentes, y para reconstruir una regla de varios elementos a partir de decisiones que aclaran, cada una, uno de ellos. El término se reserva aquí al primer sentido; la diferencia entre

[9] TOULMIN, Os usos do argumento (2001), p. 140-141 y 148.

[10] MACCORMICK (2008), p. 194. MacCormick retoma la expresión de Julius Stone, para quien la ratio sería una "categoría de referencia ilusoria", y rechaza la versión extrema de la sospecha.

[11] FIGLEY, Teaching rule synthesis with real cases (2011), p. 245-247; MURRAY, Explanatory synthesis and rule synthesis: a comparative civil law and common law analysis (2011). La formulación clásica, reproducida en esa literatura, atribuye a Richard Neumann la definición de la síntesis como la reunión de varias decisiones en un todo que representa una regla o una expresión de política.

la síntesis por elementos y la recombinación se trata en el § 3.3. Precedentes que responden a la misma pregunta en sectores diversos — por ejemplo, si el Poder Judicial puede ordenar prestaciones a la Administración omisa en materia prisional, educacional o sanitaria— son, en ese sentido, material de síntesis. Su indicador de observación es la presentación de un conjunto identificado de decisiones particulares como instancias de una regla general de ellas extraída.

3.3 Recombinación

Se llama recombinación la operación por la cual una decisión moviliza proposiciones jurídicas que responden a cuestiones distintas, les atribuye funciones argumentativas complementarias y las integra en una formulación que no estaba contenida, en el mismo nivel de generalidad y articulación, en ninguno de los materiales movilizados aisladamente. El punto decisivo es el criterio de distinción entre trayectorias. Dos proposiciones pertenecen a trayectorias distintas, en el sentido aquí adoptado, cuando responden a cuestiones jurídicas distintas — por ejemplo, si el Poder Judicial puede intervenir, cuando debe hacerlo, de qué forma debe hacerlo y con qué medios la Administración puede cumplir el orden—, y no sólo cuando se formaron en sectores de hecho diferentes. Para que el criterio no sea definido por el uso que la decisión posterior hace de los materiales, la cuestión es identificada en el origen: es aquella que el material decidió o enfrentó, y no la función que recibe en el destino. Un mismo precedente puede responder a más de una cuestión, y la decisión posterior puede aprovechar una de sus respuestas y alejar otra. MacCormick admite expresamente esta pluralidad: si la ratio es la justificación “suficiente para decidir una cuestión jurídica suscitada por los argumentos de las partes”, un mismo juicio puede contener “múltiplas rationes”, una para cada pregunta que necesitó resolver.[12] Precedentes que responden a la misma cuestión en sectores diversos son material de síntesis (§ 3.2). La recombinación comienza cuando los materiales que responden a preguntas diferentes están puestos a trabajar juntos.

La definición es deliberadamente exigente. Para hablar en recombinación, es necesario demostrar: (i) pluralidad de materiales; (ii) que estos materiales responden, en el origen, a cuestiones jurídicas distintas; iii) funciones argumentativas complementarias; lo que se verifica por una prueba de supresión: suprimido cada material, queda sin apoyo, en la decisión, un paso determinado de la justificación que ningún otro material cobre; (iv) integración, entendida no como mera coocurrencia en el mismo texto, sino como dependencia inferencial: la decisión hace la aplicación de un material depender de la de otro; y (v) una formulación resultante que

[12] MACCORMICK (2008), p. 203.

reúne componentes identificables en el texto de la Decisión, cuya articulación no está presente en ninguno de los materiales movilizados. Dos límites del requisito (v) deben ser declarados desde luego: se trata del repertorio que la decisión movilizó, y no a la práctica del tribunal como un todo, de modo que no sustenta, por sí misma, una afirmación de novedad de esa práctica; y los materiales pueden ser jurisprudenciales o externos a la jurisprudencia, como la doctrina, en caso de que la recombinación es, por así decirlo, mixta. Si no se puede demostrar alguno de estos requisitos, el caso no debe ser descrito como recombinación; y, si algún material movilizado ya contiene la articulación resultante, el caso sería de síntesis o de importación, y no de recombinación.

Los requisitos (iii) y (iv) pueden ser leídos en el vocabulario de Toulmin. Cada material cumple, en la justificación, la función de apoyo de una garantía determinada; la prueba de supresión pregunta qué garantía pierde su apoyo cuando se retira el material; y hay integración cuando la aplicación de una garantía depende de otra. Lo que Toulmin llama campo-dependencia del apoyo —la garantía de una clasificación biológica se apoya en una taxonomía, la de una nacionalidad en un estatuto— reaparece aquí como origen de los materiales: garantías diferentes de la misma decisión pueden apoyarse en líneas jurisprudenciales diferentes o fuera de la jurisprudencia.[13]

La operación se distingue de la analogía. La analogía transfiere la solución de un caso similar a otro; en la recombinación, los materiales no son similares entre sí ni al caso, y cumplen funciones diferentes en una misma justificación.

La operación tiene, además, vecinos cercanos, y sólo se sustenta si de ellos se distingue. El primero es el más común. Toda decisión cuya justificación se estructura en varias premisas apoya cada una de ellas en fuentes propias, las conecta por inferencia y llega a una conclusión que ninguna fuente, aislada, contenía.[14] Los requisitos (i), iii), (iv) y (v) describen también esta justificación ordinaria. Lo que la recombinación exige la más es el requisito (ii), y el rasgo que mejor lo evidencia es la descomposición: la decisión aprovecha de un precedente la respuesta a una pregunta y aleja la respuesta que dio a otra, supliéndola con material de origen diversa. Por la misma razón, la recombinación se distingue de la síntesis por elementos (§ 3.2), en que cada decisión es usada por lo que decidió.

---

[13] TOULMIN (2001), p. 148-149.

[14] La distinción entre justificación interna, que conecta las premisas a la conclusión, y justificación externa, que fundamenta cada premisa, es de WRÓBLEWSKI, Legal syllogism and rationality of judicial decision (1974), y fue desarrollada por ALEXY, Teoría de la argumentación jurídica (2001).

RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar O
Saber. ISSN: 2675-9128. São Paulo - SP.
Ano VII, v.1 2026 | submissão: 01/10/2026 | aceito: 08/10/2026 | publicação: 13/10/2026

Estructuralmente semejante es la síntesis intergeneracional de Bruce Ackerman: como la Constitución estadounidense es obra de varias generaciones, cabería a los tribunales sintetizar transformaciones constitucionales parciales en un todo doctrinal coherente.[15] Las unidades, sin embargo, son regímenes constitucionales, en relación temporal-hierárquica entre sí, y la teoría es normativa. Próxima también es la noción de préstamo constitucional de Nelson Tebbe y Robert Tsai, el uso de un dominio del conocimiento constitucional para interpretar, reforzar o iluminar otro, que es direccional y atraviesa dominios.[16] En el caso examinado a continuación, el uso de un precedente sobre organización administrativa para responder a una cuestión remedial tiene precisamente esos rasgos, y puede ser descrito como préstamo; la recombinación no es ese uso aislado, sino la composición, en una sola formulación, de materiales de orígenes diferentes, algunos de ellos descompuestos. La noción de derechos híbridos, que emergen de la interacción de cláusulas constitucionales, tiene por unidades dispositivos textuales, y no proposiciones jurisprudenciales.[17]

La literatura que trata la jurisprudencia como red también debe ser reconocida. La reconstrucción de redes de citación del Supremo Tribunal Federal, con análisis de las conexiones entre decisiones y de los estándares de uso de los precedentes, fue hecha por Adriana Vojvodic, cuya tesis reconstruye redes de precedentes en casos de derechos fundamentales y concluye, para el universo examinado, que el uso de los precedentes por el Tribunal se caracterizaba por la "reiteración de soluciones, más que por la construcción argumentativa de estándares".[18] En el plan internacional, los modelos genealógicos de la doctrina representan cada decisión como derivada de una única decisión anterior — elección que, por construcción, no registra una operación dependiente de más de un origen.[19] No se

---

[15] ACKERMAN, We the people: foundations (1991); ACKERMAN, De-schooling constitutional law (2014), donde el autor resume el problema: como la Constitución es obra de muchas generaciones, cabe a los tribunales sintetizar transformaciones parciales en un todo doctrinal coherente. Michael McConnell ha objeto que, en este modelo, todo depende de qué elementos de cada régimen el juez decide ampliar o enfatizar (MCCONNELL, The forgotten constitutional moment, 1994) — objeción que vale, en términos, también para la recombinación.

[16] TEBBE; TSAI, Constitutional borrowing (2010). Los autores excluyen del concepto el razonamiento a partir de precedentes dentro de un mismo dominio, y describen, entre otros ejemplos, una decisión cuyos principios serían "producto de síntesis" entre dos dominios constitucionales; la proximidad con la recombinación es real y debe ser registrada.

[17] COENEN, Reconceptualizing hybrid rights (2020).

[18] VOJVODIC, Precedentes y argumentación en el Supremo Tribunal Federal: entre la vinculación al pasado y la señalización para el futuro (2012), resumen (p. 4). La tesis registra también (p. 12), a propósito de la relación entre dos juicios, la declaración de un ministro según la cual uno de ellos tendría "aplainado el terreno" para el otro — imagen que antecede, en la literatura brasileña, la de la montaña.

[19] CLARK; LAUDERDALE, The genealogy of law (2012), p. 334. Los autores probaron también modelos con dos ascendentes y registran que el ajuste del modelo de ascendente único es casi equivalente, razón por la cual lo adoptan; la observación del cuerpo se refiere a la representación, no a la calidad estadística del modelo.

reivindica la idea de jurisprudencia como red, ni el de líneas de precedentes. Su pregunta es semántica y argumentativa: lo que una decisión hace con proposiciones que responden a preguntas distintas.

En la literatura consultada — teoría del precedente y del razonamiento jurídico en lengua portuguesa e inglesa, literatura de rule synthesis, de préstamo constitucional y de derechos híbridos, y estudios sobre redes de citación en el Supremo Tribunal Federal—, no se encontró la distinción sistemática entre sedimentación, síntesis y recombinación como operaciones diferentes del desarrollo jurisprudencial, ni la caracterización de la recombinación por los requisitos anteriores. La contribución está en esa distinción y en su aplicación documental a un caso.

§ 4 — Método y límites

El estudio es cualitativo y documental. Reconstruye, a partir del texto de las decisiones, que proposiciones fueron formuladas, reutilizadas y articuladas, y con que función argumentativa. Tres niveles de afirmación se mantienen separados a lo largo del texto: el hecho documental (“el voto cita X”), la reconstrucción analítica (“X desempeña la función Y en la argumentación”) y la hipótesis teórica (“ese patrón puede ser descrito como recombinación”). Ninguna inferencia del autor se presenta como declaración del Tribunal. El objeto es la motivación, y no el razonamiento que llevó a ella: Taruffo muestra que, entre las elecciones hechas para decidir y las expresadas para justificar, “no subsiste necesaria coincidencia”.[20] Lo que se reconstruye es el modo en que los votos justifican, no el modo en que los ministros llegaron a lo que decidieron. Las fuentes son las siguientes. La decisión en ADPF 45 fue leída en su texto completo, reproducida a partir del Informativo STF n. 345. Del juicio del tema 698, fueron leídos el voto del Ministro Luis Roberto Barroso, redactor de la sentencia, en su totalidad; las minutas de los votos de los Ministros Ricardo Lewandowski y Alexandre de Moraes, tornadas públicas después del juicio; y la sentencia, el resumen de la sentencia y el extracto reproducido en publicación institucional.[21] Los votos de los Ministros Edson Fachin y André Mendonça no integran el corpus. De los precedentes invocados en el voto conductor, se consideran las tesis y resúmenes de las sentencias, lo que el voto de 2023 de ellos dice y, en el

[20] TARUFFO, A motivação da sentença civil (2015), p. 196 y 201.

[21] El voto del Ministro Barroso es citado por la versión publicada en su sitio institucional; las minutas de los votos de los Ministros Lewandowski (abril de 2020) y Moraes (junio de 2023), por las versiones divulgadas después del juicio; la sentencia, el resumen de la sentencia y el extracto, por la reproducción de la Revista Carioca de Derecho. Los votos son citados por párrafo o por tramo.

caso de los tres agravios del § 22, el objeto y la proposición central. Para el requisito (v), se recurrió al capítulo sobre la implementación del Curso de proceso estructural, de Arenhart, Osna y Jobim, y a la reproducción de Porfiro (2018) en França (2021). Las decisiones intermedias fueron consultadas en sus resúmenes de las sentencias y transcripciones.

Hay dos límites. El primero es causal: el estudio muestra como una formulación fue construida, no que ella no pudiese haber sido construida de otro modo, ni que los mecanismos descritos sean la causa suficiente del resultado. Explicaciones concurrentes — la importación de modelos extranjeros, el comportamiento estratégico de los ministros, la fuerza institucional de la repercusión general— siguen abiertas y se reanudan en el § 8. El segundo es de alcance: un caso no establece frecuencia. Lo que se puede mostrar es que las tres operaciones son distinguibles y observables; lo comunes son preguntas para otra investigación.

§ 5 — ADPF 45: la proposición inicial

5.1 El caso y el estatuto de la decisión

El Partido de la Social Democracia Brasileña presentó una acción de incumplimiento de precepto fundamental contra el veto presidencial al § 2o del art. 55 (después renumerado como art. 59) del proyecto que se convirtió en la Ley n. 10.707/2003, la Ley de Directrices Presupuestarias para 2004. El dispositivo vetado definió lo que se computaría como “acciones y servicios públicos de salud” para los fines de la Enmienda Constitucional n. 29/2000. Antes del juicio, el Presidente de la República remitió al Congreso proyecto que, convertido en la Ley n. 10.777/2003, restauró el contenido vetado. El 29 de abril de 2004, el ponente, ministro Celso de Mello, decidió monocraticamente: “declaro sin objeto la presente argüición de incumplimiento de precepto fundamental, en virtud de la pérdida superveniente de su objeto”.[22] El estatuto de la decisión debe fijarse antes de su contenido, porque es él que se convertirá. Se trata de una decisión monocrática, que no juzgó el mérito —que en ADPF tendría eficacia contra todos y efecto vinculante—, no ordenó nada a nadie, no fue ratificada por el Pleno y precede a la propia creación de la repercusión general por la Enmienda Constitucional n. 45 de diciembre de 2004. Todo lo que interesa fue dicho después de reconocida la perjudicialidad, en forma de obiter dictum, en el sentido en que MacCormick define las obiter dicta: opiniones

[22] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 45-MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, decisión monocrática de 29 abr. 2004, Informativo STF n. 345. La identificación del autor y del dispositivo vetado consta del texto de la decisión.

"que van más allá de los puntos necesarios para la decisión del caso particular".[23] La ADPF 45 es tomada aquí como punto de partida por ser la formulación más citada de la proposición que interesa al estudio, y no por ser su origen. Decisiones del mismo ponente, anteriores y posteriores, en materia de salud y educación, contienen enunciados análogos, y no se sostiene que la proposición desciende exclusivamente de ella.

5.2 Lo que dijo la decisión

Reconocida la pérdida del objeto, el ponente añadió que la acción constitucional "se había convertido en un instrumento idóneo y apto para posibilitar la concretización de políticas públicas, cuando, previstas en el texto de la Carta Política, tal como sucede en el caso (EC 29/2000), vengan a ser incumplidas, total o parcialmente, por las instancias gubernamentales destinatarias del comando inscrito en la propia Constitución de la República". Siguen cuatro proposiciones. La primera, que es la proposición central, es la de la excepcionalidad: "Es cierto que no se incluye, ordinariamente, en el ámbito de las funciones institucionales del Poder Judicial -y en las de esta Suprema Corte, en especial- la atribución de formular e implementar políticas públicas [...]. Tal incumbencia, sin embargo, aunque en bases excepcionales, podrá atribuirse al Poder Judicial, si y cuando los órganos estatales competentes, por incumplir las cargas político-jurídicos que sobre ellos inciden, vengan a comprometer, con tal comportamiento, la eficacia y la integridad de derechos individuales y/o colectivos impregnados de estatura constitucional, aunque derivados de cláusulas revestidas de contenido programático". La segunda afirma que "no se revela absoluta, en ese dominio, la libertad de conformación del legislador, ni la de actuación del Poder Ejecutivo". La tercera limita, sin rechazar, la reserva del posible: la cláusula, "salvo que exista un motivo justificado objetivamente comprobable", no puede ser invocada por el Estado para exonerarse de sus obligaciones constitucionales, y sus condicionamientos se traducen en un binomio de "razoabilidad de la pretensión individual/social" y "existencia de disponibilidad financiera del Estado". La cuarta invoca al mínimo existencial, sobre todo por medio de la doctrina transcrita.[24]

---

[23] MACCORMICK, Retórica y o Estado de Direito (2008), p. 193.

[24] La decisión transcribe BARCELLOS, la eficacia jurídica de los principios constitucionales (2002), p. 245-246; KRELL, Derechos sociales y control judicial en Brasil y Alemania (2002), p. 22-23; y VIEIRA DE ANDRADE, Los derechos fundamentales en la Constitución portuguesa de 1976 (1987), p. 207; y remite a HOLMES; SUNSTEIN, The cost of rights (1999). Las páginas son las que la propia decisión indica.

5.3 Lo que no dijo la decisión

Para evitar anacronismo, también importa lo que la decisión no contiene. No habla en plan, cronograma, monitoreo, proceso estructural o distinción entre fines y medios. No distingue tutela individual de tutela colectiva, a no ser en la expresión "pretensión individual/social". No formula la separación de poderes como tesis a ser alejada; trabaja con la noción de libertad de conformación, que declara no ser absoluta. Y su proposición central es, textualmente, una proposición de excepción: el Poder Judicial no formula políticas públicas "ordinariamente"; puede hacerlo "en bases excepcionales", "se y cuando" haya comprometimiento de derechos.

La decisión fue pronto reconocida por lo que era. Daniel Wang observó que ella podría haberse limitado a juzgar la acción perjudicada y que la argumentación del ponente, "a pesar de indiferente en relación al resultado de ese juicio", representaba una innovación en relación a la jurisprudencia entonces consolidada.[25] Fernando Leal la tomó como ejemplo por excelencia de un uso problemático del concepto de precedente: según datos que informa, la ADPF 45 fue evocada en 241 decisiones del propio Tribunal; pero, como la acción jamás fue juzgada en el mérito, "sin decisión, no hay precedente".[26]

§ 6 — Sedimentación y síntesis

6.1 La proposición de 2004 en el Tema 698

La prueba más directa de la sedimentación está en el propio juicio del Tema 698. La ADPF 45 aparece en él, pero no en el voto que formuló la tesis prevaleciente.

El voto conductor, del Ministro Barroso, no cita directamente a ADPF 45. La decisión está presente en otros dos votos. El ponente, Ministro Lewandowski, la invoca directamente, en el punto en que trata de la financiación de la salud y de la reserva del posible: afirma que este "fue el sentido del análisis realizado por el ministro Celso de Mello en el examen de la ADPF- MC 45/DF, en la cual afirmó que no cabía la manipulación de la actividad financiera

[25] WANG, Escassez de recursos, custos dos direitos y reserva do possível na jurisprudência do STF (2008).

[26] LEAL, Fuerza autoritativa, influencia persuasiva o cualquier cosa: ¿qué es un precedente para el Supremo Tribunal Federal? (2020). El número es del autor, a partir de la plataforma "Supremo en Números". La tesis de Leal, de que ADPF 45 no debería contar como precedente, es compatible con la descripción aquí propuesta: la sedimentación puede ser, al mismo tiempo, mecanismo observable y defecto de una práctica.

del Estado", y transcribe los pasajes sobre la gradualidad de los derechos sociales, la prohibición de "obstáculo artificial" y la reserva del posible. El ministro Alexandre de Moraes la menciona de modo mediado: registra que el ponente la citó y transcribe voto anterior de la Ministra Ellen Gracie, en el AI 734.487-AgR, según el cual "el Plenario de esta Corte reconoció en la ADPF 45/DF" la dimensión política del derecho a la salud; añade decisión del Ministro Ayres Britto, en el RE 590.664, que afirma haber sido "también anclada" en la ADPF 45.[27]

Es necesario distinguir lo que estos datos muestran. Como hecho de cita, la ADPF 45 es invocada en votos de posiciones opuestas: directamente por Lewandowski, que desestimaba el recurso al recurso, a propósito de la reserva del posible; indirectamente por Moraes, que le estimaba el recurso, por transcripción de voto ajeno. La proposición de la excepcionalidad, a su vez, aparece sin citación de la fuente en la tesis propuesta por Moraes, que estimaba el recurso al recurso para restablecer la sentencia de improcedencia: "Es legítima y válida la actuación excepcional del Poder Judicial en materia de políticas públicas cuando se pone bien evidenciada la desidía del administrador en dar cumplimiento a los derechos fundamentales".[28] Y aparece, también sin citación de la fuente, en el voto conductor (§ 6.2). Que las tres posiciones converjan en esa proposición es reconstrucción del autor, a partir de la semejanza de los enunciados en los votos examinados, y no hecho de citación; con esa salvedad, ninguno de los votos examinados propuso negar la autorización excepcional enunciada, entre otras decisiones, en la ADPF 45.

Dos otros indicadores de sedimentación son observables. El primero es el estatuto que la proposición adquirió. En el voto transcrito por Moraes, la Ministra Ellen Gracie afirma que "el Plenario de esta Corte reconoció" en la ADPF 45 lo que, en 2004, era argumentación lateral de una decisión monocrática en acción perjudicada; Leal registró una afirmación similar de la misma ministra en otro juzgado.[29] La atribución es imprecisa, y esa imprecisión es, en la reconstrucción aquí propuesta, indicio de sedimentación: la proposición pasó a circular con una autoridad que su origen no le daba. El segundo es que la fundamentación que prevaleció pudo prescindir de la fuente. El origen es nombrado, en el mismo juicio, por Lewandowski y Moraes; el voto conductor no necesitó volver a ella.

---

[27] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 684.612/RJ, votos de los ministros Ricardo Lewandowski y Alexandre de Moraes. En el voto del Ministro Moraes, la referencia a ADPF 45 aparece en transcripción de voto anterior, que Moraes informa haber transcrito también en el ARE 947.270-AgR.

[28] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 684.612/RJ, voto del Min. Alexandre de Moraes, tesis propuesta, ítem II. El ítem I de la misma tesis afirmaba no caber al Poder Judicial sustituir el juicio de oportunidad y conveniencia del Ejecutivo determinando concurso público y otras medidas de orden administrativo.

[29] LEAL (2020) transcribe, del RE 559.646-AgR, afirmación de la misma ministra de que "el pleno del STF había reconocido, en la ADPF 45, la posibilidad de control judicial de políticas públicas".

La ADPF 45 llega al voto conductor, aún así, por una vía indirecta. El § 25 transcribe el resumen de la sentencia del RE 1.008.166 (Tema 548), que lista entre sus precedentes el ARE 639.337-AgR, juzgado por la Segunda Turma en 2011 bajo ponente del Ministro Celso de Mello. Esta sentencia reproduce, en una decisión colegiada, la estructura de la proposición de 2004 —el resumen de la sentencia afirma ser posible al Poder Judicial, "aunque en bases excepcionales", determinar la implementación de políticas públicas definidas en la Constitución — y, según transcripción en literatura secundaria, invoca a ADPF 45 nominalmente.[30] La cadena es de cita indirecta: la decisión de 2004 está en el texto de 2023 dentro de una resumen de la sentencia transcrita, a dos eslabones de distancia. No se sustenta, a partir de ella, una genealogía lineal; se sustenta apenas que el material de 2004 continuaba presente, por diversos caminos, en el repertorio de que el juzgamiento de 2023 disponía.

6.2 La síntesis

El § 22 del voto conductor es un ejemplo de síntesis en el sentido del § 3.2. Afirma que el Tribunal “tiene admitido la intervención del Poder Judicial para la implementación de políticas públicas, en situaciones excepcionales, cuando comprobada la inercia o morosidad del ente público, como medida de garantía de derechos fundamentales”, y presenta como soporte un conjunto identificado de decisiones — ARE 1.230.668 AgR-EDv-AgR, ARE 1.408.531 AgR y ARE 1.289.323 AgR —, referidas apenas por número, órgano y fecha. Los §§ 23 a 27 añaden precedentes que responden a la misma cuestión en sectores diversos: presidios (Tema 220), educación infantil (Tema 548), camas de UCI (ACO 3.473). El conjunto es presentado como expresión de una misma regla: la intervención es legítima ante omisión que compromete derechos. Están presentes los dos elementos que caracterizan la síntesis: decisiones particulares identificadas y una regla general de ellas extraídas.

Los tres agravios del § 22 pudieron ser identificados en cuanto al objeto. El ARE 1.230.668-AgR-EDv-AgR/AM trató de construcción de nuevas escuelas y formuló expresamente la posibilidad de implementación judicial de políticas públicas, en casos emergenciales, delante de inercia o morosidad administrativa. El ARE 1.289.323-AgR/RJ trató del Programa Nacional de Alimentación Escolar y afirmó que el Poder Judicial puede, en situaciones excepcionales, determinar medidas que garanticen derechos esenciales. El ARE

[30] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ARE 639.337-AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 23 ago. 2011, DJe 15 set. 2011. Ementa disponible en LexML. La invocación nominal de la ADPF 45 en el cuerpo de la sentencia consta de la transcripción en CRUVINEL, la judicialización de políticas públicas en la educación infantil: ARE 639.337 AgR SP.

1.408.531-AgR/RJ trató de la restauración de patrimonio protegido delante de omisión municipal. Los tres son, por lo tanto, material heterogéneo en cuanto al sector, pero convergente en cuanto a la misma cuestión jurídica: la admisibilidad excepcional de la intervención judicial ante la omisión estatal. Esto refuerza, en lugar de debilitar, la clasificación del § 22 como síntesis. La correspondencia entre la fórmula sintetizada y la proposición de 2004 — excepcionalidad, omisión y protección de derechos— permanece reconstrucción analítica del autor, no declaración del voto.

La misma fórmula de atribución a la jurisprudencia aparece antes de 2023. En las decisiones transcritas en el voto del ministro Moraes, la Ministra Ellen Gracie escribió que "la jurisprudencia ha evolucionado y admitido, en casos excepcionales, la actuación del Poder Judicial en tema de políticas públicas", y el Ministro Ayres Britto, en decisión publicada en 2012, que "la jurisprudencia de nuestra Casa de Justicia viene admitiendo, en determinados casos, el control judicial de la omisión del Estado en la implantación de políticas públicas", añadiendo que "esta intervención, sin embargo, ocurre en carácter excepcional".[31] No se ha observado en qué decisiones se apoya cada una de estas pasajes. Lo que se registra es la recurrencia, por ministros diferentes y en momentos diferentes, de una misma fórmula que atribuye a la jurisprudencia la proposición — lo que, sin la identificación de las decisiones sintetizadas, es indicio de sedimentación, y no prueba de síntesis.

La diferencia entre las dos operaciones queda, por lo tanto, apoyada en indicadores distintos. La sedimentación se observa en el estatuto y en la circulación de la proposición: la atribución al Plenario, la presencia en votos de posiciones opuestas, la sustentación sin retorno a la fuente. La síntesis se observa en un acto argumentativo determinado: la presentación de decisiones identificadas como instancias de una regla. Las dos se refuerzan — cada síntesis reitera la proposición—, pero no se confunden.

§ 7 — Tema 698: recombinación

7.1 El caso y el fallo

En 2003, el Ministerio Público del Estado de Río de Janeiro propuso acción civil pública contra el Municipio de Río de Janeiro en razón de las condiciones del Hospital Municipal Salgado Filho. Basándose en un informe del Consejo Regional de Medicina que apuntaba déficit de 283 profesionales, pidió la realización de concurso público, la asignación de los

[31] Los dos pasajes se citan como transcritas en el voto del Min. Alexandre de Moraes en el RE 684.612.

aprobados en ese hospital y el saneamiento de las irregularidades constatadas. La sentencia juzgó el pedido improcedente; el Tribunal de Justicia la reformó y determinó al Municipio el suministro del déficit "por medio de la realización de concurso público de selección de pruebas y títulos" y el saneamiento de las irregularidades en seis meses, bajo pena de multa diaria.[32]

La repercusión general fue reconocida para el tema relativo a los "límites de la competencia del Poder Judicial para determinar obligaciones de hacer al Estado, consistentes en concursos públicos, contratación de servidores y ejecución de obras que atiendan el derecho social de la salud". La cuestión afectada era sectorial, salud y remedial, que especies de orden.

El juicio fue concluido en sesión virtual cerrada el 30 de junio de 2023. Por mayoría, el Tribunal estimó parcialmente al recurso, anuló la sentencia estatal y determinó un nuevo examen de la causa según los parámetros fijados, con arreglo al voto del Ministro Barroso. Se quedaron vencidos los ministros Lewandowski y Fachin, que desestimaban el recurso, y los Ministros Moraes y Mendonça, que estimaban el recurso para restablecer la sentencia. La tesis fijada fue la siguiente:

"1. La intervención del Poder Judicial en políticas públicas dirigidas a la realización de derechos fundamentales, en caso de ausencia o deficiencia grave del servicio, no viola el principio de separación de los poderes. 2. La decisión judicial, como regla, en lugar de determinar medidas puntuales, debe apuntar los fines a ser alcanzados y determinar a la Administración Pública que presente un plan y/o los medios adecuados para alcanzar el resultado. 3. En el caso de los servicios de salud, el déficit de profesionales puede ser suplido por concurso público de selección o, por ejemplo, por la reasignación de recursos humanos y por la contratación de organizaciones sociales (OS) y organizaciones de la sociedad civil de interés público (OSCIP)."

La literatura que examinó el juicio ya registró que la primera tesis se inscribe en la continuidad de la jurisprudencia anterior y que la innovación está en la segunda, relativa a la forma de la intervención.[33] La pregunta comienza después de esta constatación: ¿cómo se han articulado los materiales jurisprudenciales y doctrinarios disponibles para que la formulación remedial de la segunda tesis pudiera aparecer?

---

[32] Los datos del caso concreto son los descritos en el voto del Ministro Barroso, §§ 1 a 4.

[33] SILVA; COSTA, Tema de repercusión general 698: proceso estructural y estrategias adoptadas (2024), p. 342-343 y 358. Los autores sostienen también que la tesis prevaleciente puede haber sido influenciada por la multiplicidad de intereses subyacentes al conflicto concreto e identifican comportamiento estratégico de los ministros, por medio de señalizaciones y control de agenda — explicación que no se contesta aquí y que es retomada en el § 8.

RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar O
Saber. ISSN: 2675-9128. São Paulo - SP.
Ano VII, v.1 2026 | submissão: 01/10/2026 | aceito: 08/10/2026 | publicação: 13/10/2026

7.2 Los materiales y las cuestiones a las que responden

El voto conductor moviliza como fundamento ocho resoluciones del Supremo Tribunal Federal, todos pronunciados entre 2015 y 2023 e identificados en cuanto al objeto y a la tesis o resumen de la sentencia, y seis obras doctrinarias publicadas entre 2008 y 2021.[34] La tabla agrupa estos materiales por la cuestión que decidieron o se enfrentaron en el origen (§ 3.3). La descripción del uso es hecho documental; la cuestión en el origen se apoya en las tesis y resúmenes de las sentencias; la función es reconstrucción analítica del autor.

Material (año)	**Uso en 2023**	**Pregunta del origen**	**Función en la argumentación**
ARE 1.230.668 AgR-EDv- AgR (escuelas); ARE 1.289.323 AgR (alimentación escolar); ARE 1.408.531 AgR (patrimonio protegido) (2021–2023); RE 592.581, Tema 220 (2015, presidios); RE 1.008.166, Tema 548 (2022, guardería); ACO 3.473 MC-Ref (2021, camas de UCI)	§§ 22–27: el Tribunal “ha admitido” la intervención “en situaciones excepcionales, cuando comprobada la inercia”; tesis y ejemplos sectoriales	Si el Poder Judicial puede ordenar prestaciones a la Administración omisa; los Temas 220 y 548 responden también de qué forma (orden puntual de obras; exigibilidad individual)	Legitimidad, en forma de síntesis (§ 6.2); la respuesta sobre la forma se aleja (§ 7.4)
ADPF 347 MC (2015, sistema penitenciario)	§ 30: intervención para "retirar a las autoridades públicas del estado de letargia", al lado del mínimo existencial (§ 29)	Estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y medidas cautelares cabibles	Refuerzo del gatillo (omisión grave), ya enunciado en los §§ 22 y 29
ADI 1.923 (2015, organizaciones sociales)	§ 35: validación de la colaboración público-privada en la prestación de servicios	Validez de la prestación de servicios públicos por organizaciones sociales	Medios: licitud de alternativas al concurso; fundamenta la tesis 3

[34] Las obras doctrinarias citadas en las notas del voto conductor son: SARMENTO (2010); TUSHNET, Weak courts, strong rights (2008), p. 247-258; FONTE (2015); PORFIRO (2018); DIDIER JR.; ZANETI JR. (2020); y ARENHART; OSNA; JOBIM (2021). El capítulo 8 del Curso de proceso estructural ya asocia un plan de acción a la participación del propio reo en la definición de forma, plazo y medios. Porfiro (2018) es citada conforme FRANÇA (2021, p. 134), que registra el modelo deferente como delegación del plan de reestructuración a las partes o a la institución involucrada, preservando espacio de toma de decisiones de los órganos competentes. Por eso no se reivindica novedad de la combinación abstracta entre plan y medios administrativos; el § 7.3 limita la hipótesis de recombinación a la articulación específica entre la gramática estructural del plan y medios concretos como reasignación y contratación de OS/OSCIP, apoyados en la ADI 1.923.

RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar O
Saber. ISSN: 2675-9128. São Paulo - SP.
Ano VII, v.1 2026 | submissão: 01/10/2026 | aceito: 08/10/2026 | publicação: 13/10/2026

Material (año)	**Uso en 2023**	**Pregunta del origen**	**Función en la argumentación**
Doctrina: Tushnet (2008); literatura de proceso estructural (2018-2021)	§ 34 (nota 2): modelo “débil”; § 36 (notas 3 y 4): medidas estructurales, plan y cronograma	Ninguna decisión; modelos de forma de intervención judicial	Forma: fijar la finalidad y exigir un plan

7.3 Los cinco requisitos

Ahora se puede probar el caso contra los requisitos del § 3.3, con el rigor que se ha anunciado allí: el material que no cumple un requisito queda fuera de la recombinación.

(i) Pluralidad de materiales. Cumplido. El voto moviliza ocho resoluciones y seis obras; para la recombinación, sin embargo, las unidades relevantes no son las decisiones consideradas una a una, sino los conjuntos que cumplen funciones diferentes —el bloque sintetizado de la legitimidad, la ADPF 347, la ADI 1.923 y la doctrina de la forma.

(ii) Cuestiones distintas. Satisfecho, con la cuestión identificada en el origen. El bloque sintetizado responde si el Poder Judicial puede ordenar prestaciones a la Administración omisa; la ADPF 347, en cautelar, respondió a un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario; la ADI 1.923 decidió la validez de la prestación de servicios públicos por organizaciones sociales; la doctrina no decide, pero propone una forma para la intervención judicial. El rasgo más nítido está en el interior del bloque sintetizado: los Temas 220 y 548 responden también a la cuestión de la forma —el primero autorizando la orden puntual de obras, el segundo afirmando la exigibilidad individual—, y el voto aprovecha de ellos sólo la respuesta sobre la legitimidad (§ 7.4).

(iii) Funciones complementarias. Por la prueba de supresión, dos conjuntos pasan y dos no pasan. Suprimida a ADI 1.923, la tesis 3 — la licitud de la reasignación y de la contratación de organizaciones sociales— queda sin el apoyo específico que le atribuye el voto. Suprimida la doctrina, la tesis 2 pierde su contenido positivo: la deferencia en cuanto a los medios autoriza la conclusión negativa de que el juez no debe elegir el medio, pero no la conclusión positiva de que debe fijar finalidades y exigir un plan, paso que el voto apoya en la doctrina estructural. La ADPF 347 no pasa: suprimida, el gatillo de la omisión sigue apoyado en los §§ 22 y 29. Tampoco pasa el bloque sintetizado: suprimido, la legitimidad de la intervención pierde su presentación como jurisprudencia del Tribunal, pero sigue apoyada en el argumento constitucional del § 21. Por el criterio adoptado, este bloque es premisa recibida, y no componente de la recombinación.

(iv) Integración. Cumplido para la articulación entre la forma estructural de la intervención y medios administrativos específicos. Después de invocar a ADI 1.923, el voto concluye: “Por lo tanto, no puede el Poder Judicial sustituir la voluntad del administrador público y privilegiar determinada forma de contratación de personal o de gestión de los servicios públicos de salud” (§ 35). Y, como resultado: “En este sentido, el órgano juzgador debe privilegiar las medidas estructurales de resolución del conflicto” (§ 36). El conector hace la exigencia de medidas estructurales depender de la deferencia en cuanto a los medios. La doctrina estructural ya ofrecía, en abstracto, una gramática en que plan, forma, plazo y medios pueden ser construidos con participación del propio reo; el paso específico del voto es conectar esa gramática a la licitud, en el servicio de salud, de alternativas al concurso como reasignación y contratación de organizaciones sociales, sustentadas por la ADI 1.923. La conexión entre estos parámetros y el bloque de legitimidad es de otra naturaleza: después de los precedentes sectoriales, el voto afirma que, “en este escenario, es importante la construcción de parámetros” (§ 28). La expresión sitúa los parámetros después de la autorización, pero no hace la aplicación de un material depender de la de otro; por el criterio del § 3.3, es coocurrencia y no integración.

(v) Formulación no contenida en los materiales movilizados. La tesis reúne cuatro componentes identificables: (a) la autorización —la intervención no viola la separación de los poderes; b) la condición — ausencia o deficiencia grave del servicio; c) la forma — finalidades y plan, en lugar de medidas puntuales; y (d) los medios — concurso, reasignación o contratación de organizaciones sociales. Los dos primeros llegan ya articulados en el bloque sintetizado, cuya fórmula (§ 22) une la autorización a la condición de inercia o morosidad. La recombinación, si hay, debe ser localizada de modo más estrecho en la articulación concreta de (c) con los medios específicos de (d), y no en la combinación abstracta entre plan y medios administrativos. La verificación adicional de la doctrina citada en el voto muestra por qué. El capítulo sobre implementación del Curso de Proceso Estructural ya recomienda plan de acción y registra que el propio reo puede participar del diseño de la solución, inclusive en cuanto a la forma, al plazo y a los medios de implementación. Porfiro (2018), en pasaje reproducida por França (2021), ya describía el modelo deferente como aquel en que el plan de reestructuración se remite a las partes o a las instituciones implicadas, preservando espacio decisorio de los órganos competentes. Estos antecedentes alejan cualquier reivindicación de novedad de la fórmula general plan + medios. Ninguno de los juzgados movilizados, sin embargo, contiene (c): el Tema 220 enuncia lo contrario, autorizando la orden puntual de obras; el Tema 548 afirma la exigibilidad individual; la cautelar de la ADPF 347 no ordenó plan; y la ADI 1.923 no trata de control judicial estructural. El punto que permanece distintivo en el voto de 2023 es

la unión de la gramática estructural de finalidades y plan con la validación, extraída de la ADI 1.923, de medios administrativos determinados — especialmente reasignación y contratación de OS/OSCIP— para el cumplimiento en el sector de salud. La clasificación sería refutada si las obras doctrinarias citadas contuviesen, antes del Tema 698, esa combinación específica, y no apenas la deferencia genérica a la elección administrativa de los medios.

Tres cualificaciones reducen aún el alcance de esta conclusión. La primera: el requisito (v) está satisfecho con los materiales que el voto movilizó y el contenido que pudo ser verificado, no con respecto a la práctica del Tribunal o a toda la literatura de proceso estructural. Antes de 2023, el Supremo Tribunal Federal ya había determinado a la Administración la elaboración de planes en acciones estructurales —en ADPF 709, en 2020, de que el propio redactor del Tema 698 fuera ponente, y en la ADPF 635, en 2022.[35] La forma del plan fue fundamentada en el voto, por remisión doctrinaria, y no por remisión a esas decisiones; no se sabe, y no se afirma, por qué camino la idea llegó al voto. La segunda: la recombinación observada es mixta, porque uno de sus componentes — la gramática estructural de la forma— viene de fuente externa a la jurisprudencia, mientras que la especificación de los medios administrativos proviene de la ADI 1.923. La tercera: un componente de la proposición de 2004 no pasó a la tesis. La tesis 1 no reproduce el calificativo “excepcional”, presente en el § 22 del voto: el enunciado vinculante sustituye la excepcionalidad por la gravedad de la omisión.

Con estas cualificaciones, la clasificación del tema 698 como recombinación es plausible y restringida. No se recombinan, en abstracto, “plan” y “medios”, combinación ya presente en la doctrina estructural. Lo que el voto articula de modo documentalmente identificable es la gramática estructural de finalidades y plan con medios administrativos específicos cuya licitud viene de otra línea jurisprudencial —ADI 1.923—, sobre una autorización recibida por síntesis, después de descompuestos los precedentes sectoriales que también respondían a la cuestión de la forma. Es hipótesis teórica del autor, apoyada en hechos documentales y en reconstrucción analítica identificados como tales.

7.4 Descomposición: lo que el voto aprovecha y lo que descarta

El requisito (ii) encuentra su apoyo más nítido en un rasgo del voto que, a primera vista, parece simplemente acomodarse. La tesis del tema 220 afirma que la reserva de lo posible “no”

[35] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 709-MC-Ref/DF, rel. Min. Luis Roberto Barroso, j. 5 ago. 2020 (plan de enfrentamiento de la Covid-19 para los pueblos indígenas); ADPF 635/RJ, rel. Min. Edson Fachin (plan de reducción de la letalidad policial, 2022). Las decisiones se mencionan sólo para registrar que la gramática del plan ya estaba presente en la práctica del Tribunal; no integran el análisis.

es oponible a la decisión que determina obras en presidios. El voto a transcribe y, en la siguiente frase, describe el precedente como examen en que el Tribunal tuvo en vista, “de un lado, las precarias condiciones materiales en las prisiones brasileñas, y de otro, la delicada situación presupuestaria de la Unión y demás entes federados” (§ 23). Más adelante, los parámetros reintroducen la consideración de los recursos por otra vía: la decisión debe considerar la posibilidad de universalizar la providencia, “considerados los recursos efectivamente existentes” (§§ 32–33).

En el RE 592.581, el Plenario declaró lícito que el Poder Judicial impusiera a la Administración medidas o obras emergenciales en establecimientos penitenciarios para garantizar la dignidad y la integridad de los detenidos, declarando inoponibles, en ese contexto, la reserva del posible y la separación de los poderes. El voto del tema 698 incorpora esa tesis sin superarla expresamente, pero no la incorpora entera. De ella aprovecha la respuesta a la cuestión de la legitimidad, que pasa al bloque sintetizado; aleja la respuesta a la cuestión de la forma — la orden puntual de obras —, que la tesis 2 sustituye, como regla, por la fijación de finalidades y por la exigencia de plan; y reintroduce, por los parámetros, la consideración de los recursos que la tesis declaraba inoponible. El tema 548, cuya tesis afirma que la oferta de educación infantil puede ser exigida individualmente, es tratado del mismo modo: su respuesta sobre la legitimidad es aprovechada, y su respuesta sobre el remedio no pasa a la tesis.

Es este rasgo que distingue la operación de síntesis por elementos y de la justificación ordinaria de premisas múltiples (§ 3.3). En ellas, cada decisión es usada por lo que decidió. Aquí, los precedentes son descompuestos por las preguntas a las que responden, solo parte de cada respuesta es retenida, y lo que falta es suplido por materiales de otro origen. No se afirma que el voto haya releído el tema 220 o de él se distinguido. Se afirma apenas lo que el texto del voto y de las tesis permite: la autorización permanece, y la técnica de intervención es recalibrada.

§ 8 — Lo que cambió y lo que no cambió

8.1 El contrafactual

Supongamos que el caso del Hospital Salgado Filho hubiese llegado al Supremo Tribunal Federal en 2004, y que el Tribunal dispusiera apenas del material jurisprudencial entonces existente. ¿Qué componentes de la formulación de 2023 ya podrían sostenerse, y con qué apoyo? La pregunta no es si el resultado sería imposible en 2004 -no sería-, sino que el

repertorio estaba disponible en cada momento. Tres ejes permiten responderla: la formulación de cada componente, en sentido lógico y doctrinal amplio; su disponibilidad como material jurisprudencial del propio Tribunal; y su estatuto institucional.

Componente de la tesis de 2023	**¿Formulable en 2004?**	**Material jurisprudencial del STF disponible en 2004**	**Estatuto en 2004 → 2023**
(a) Autorización: la intervención no viola la separación de los poderes	Sí.	Sí: el obiter de ADPF 45 y decisiones análogas del mismo ponente	Razón lateral de decisión monocrática → tesis de repercusión general
(b) Condición: ausencia o deficiencia grave del servicio	Sí.	Sí, en forma de la excepcionalidad ante omisión que comprometa derechos	Idem
(c) Forma: finalidades y plan, en lugar de medidas puntuales	Sí (la distinción entre fines y medios y las decisiones estructurales estadounidenses eran conocidas)	No	Inexistente → tesis de repercusión general
(d) Medios: licitud de la reasignación y de la contratación de organizaciones sociales	Sí.	No: la validación de las organizaciones sociales es de 2015	Inexistente → tesis de repercusión general, restringida a la salud

La tabla sugiere tres conclusiones. La primera: en cuanto a la autorización y a su condición, lo que cambió entre 2004 y 2023 fue sobre todo el estatuto —y ese cambio no fue producido solamente por la jurisprudencia. El régimen de la repercusión general, creado en diciembre de 2004 y exigido a partir de 2007, y el deber de observancia de las tesis fijadas en ese régimen, explicitado por el Código de Proceso Civil de 2015, son reformas institucionales. También ha cambiado el número de decisiones del Tribunal a las que se podía atribuir la autorización. La segunda: en cuanto a los medios, la tesis de 2023 depende de una decisión que no existía en 2004. La tercera: en cuanto a la forma, ni el Tribunal de 2004 ni el de 2023 la extrajeron de material jurisprudencial propio —el de 2023 se basó en la doctrina, aunque ya tenía en acciones estructurales practicando la exigencia de planes.

El contrafactual muestra, así, una transformación del repertorio, y no un determinismo. El Tribunal de 2004 podría haber dicho lo que dijo 2023. En cuanto a la autorización, tendría que disponer de menos decisiones a que atribuirla y de ningún mecanismo que la hiciera vinculante; en cuanto a la forma y a los medios, tendría que apoyarlos directamente en el texto y en la doctrina.

8.2 Una decisión, varias dimensiones

La pregunta "¿El tema 698 expandió o contuvo la intervención judicial?" es mal formulada, porque la decisión hace cosas diferentes en aspectos diferentes. Descompuesta, ella:

- estabiliza y generaliza una autorización: la intervención en políticas públicas dirigidas a derechos fundamentales, en caso de ausencia o deficiencia grave del servicio, no viola la separación de los poderes — enunciado formulado para todas las políticas públicas de ese tipo, aunque la cuestión afectada fuese sectorial;
- establece condiciones para esa intervención: prueba de la ausencia o grave deficiencia del servicio proveniente de inercia o morosidad (§ 29), consideración de la posibilidad de universalizar la providencia (§§ 32–33), apoyo en manifestaciones técnicas (§ 38), apertura a la participación (§ 39);
- restringe la elección judicial directa de los medios: como regla, el juez no determina medidas puntuales, y cabe a la Administración elegir cómo alcanzar la finalidad (§§ 34–35);
- privilegia la determinación de finalidades y la exigencia de planes, cuya ejecución puede ser fiscalizada “directamente por el Poder Judicial o por órgano delegado” (§ 36).

La primera y cuarta operaciones amplían lo que la decisión judicial puede alcanzar o exigir; la segunda y la tercera lo restringen. En el caso concreto, la orden obtenida por el Ministerio Público fue anulado y la causa devuelta para nuevo examen según los parámetros fijados. La decisión, tomada como un todo, no se deja clasificar en cualquiera de los polos de la oposición entre activismo y autocontención.

La descomposición permite también precisar, sin ampliar, la observación de la montaña de que volver es posible. El juicio tuvo tres posiciones. La del ponente reproduce, hasta la sintaxis, la forma de la tesis del tema 220 — “Es lícito al Poder Judicial imponer a la Administración Pública obligación de hacer [...]”— y autorizaba la orden puntual.[36] La mayoría restringió la orden puntual sin superar expresamente el Tema 220 (§ 7.4). La de los ministros que estimaban el recurso al recurso negaba la intervención en el caso, pero mantenía, en tesis, la autorización excepcional. En los votos examinados, por lo tanto, el retroceso fue practicado en la intensidad de la intervención y no fue propuesto en cuanto a la autorización. Es lo que el

[36] La tesis propuesta por el ponente, transcrita en el § 8 del voto de Min. Barroso y constante de la minuta del voto del Min. Lewandowski, era: “Es lícito al Poder Judicial imponer a la Administración Pública obligación de hacer consistente en la realización de un concurso público de pruebas y títulos para provimiento de los cargos de médico y funcionarios técnicos, seguido del nombramiento y posesión de los profesionales aprobados, así como determinar la corrección de procedimientos y el saneamiento de irregularidades apuntadas en informe del Consejo Regional de Medicina”.

caso permite afirmar. No se midió la dificultad argumentativa del retorno, ni se demostró que ella crezca con el tiempo, y no se sustenta que la asimetría observada sea regla.

8.3 La formulación como unidad reutilizable

Queda por verificar si la formulación producida en 2023 ha pasado, ella misma, a funcionar como unidad jurisprudencial, a ser invocada como tal, sin que los materiales que la formaron necesiten ser reconstruidos.

Un ejemplo verificado en fuente oficial basta para ilustrar el fenómeno, sin pretensión de medirlo. En acción civil pública contra el Municipio de Niterói y su empresa municipal de vivienda, urbanización y saneamiento, relativa al riesgo de desabamiento de ladera en el Morro do Preventorio, la cámara juzgada del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro ejerció juicio de conformidad "vis a vis al decidido por el STF en el Tema no 698" y mantuvo la sentencia, por entender que, "configurada la omisión del poder público en lo que concierne a políticas públicas constitucionalmente establecidas para asegurar a los habitantes el acceso a una vivienda digna y segura, correspondió al Poder Judicial determinar su adopción". En 2025, la VicePresidencia negó seguimiento al recurso extraordinario "a la luz del tema 698 del STF".[37] La materia —vivienda y riesgo ambiental— es extraña al caso hospitalario de origen, y el resumen de la sentencia reproducida invoca el Tema 698 sin mencionar los precedentes sobre presidios, guarderías o camas, ni la ADPF 45.

El ejemplo muestra que las decisiones posteriores han pasado a invocar directamente el Tema 698 sin necesariamente reconstruir los materiales movilizados en su formación. No muestra que esto se deba a la recombinación. La fuerza institucional de la repercusión general, que obliga a los tribunales a ejercer juicio de conformidad, explica buena parte de esta reutilización por sí sola.

8.4 Explicaciones alternativas

Ninguna de las operaciones descritas excluye explicaciones de otra naturaleza, y tres de ellas deben ser registradas. La importación: la forma remedial de la tesis 2 es fundamentada, en el voto, en doctrina extranjera y en una literatura brasileña de proceso estructural que declara su afiliación a modelos externos. El comportamiento estratégico: Silva y Costa sostienen que

[37] RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justicia, 3a VicePresidencia, asunto 0077041-18.2012.8.19.0002, decisión de 25 jun. 2025, que reproduce el resumen de la sentencia de la sentencia dictada en juicio de conformidad. El ejemplo es ilustrativo y no integra ningún muestreo.

la tesis prevaleciente puede haber sido influenciada por los intereses subyacentes al conflicto concreto y por la actuación estratégica de los ministros, por medio de señalizaciones y control de agenda. La reforma institucional: la conversión de la autorización en tesis vinculante depende de la repercusión general y del sistema de precedentes del Código de Proceso Civil. El análisis no sustituye esas explicaciones; describe las operaciones argumentativas por las cuales, cualquiera que hayan sido sus causas, la formulación fue construida.

8.5 De vuelta a Dworkin

La pregunta dirigida a Dworkin en el § 2.1 ahora puede recibir una respuesta limitada al caso. En el tema 698, la historia institucional operó como condicionamiento, en el sentido que Dworkin describe. Ninguno de los tres votos examinados argumentó a partir del texto constitucional como si fuese leído por primera vez; todos se presentaron como continuación de algo. El voto conductor presenta su tesis como ajustado a la jurisprudencia del Tribunal.

El material recibido, sin embargo, fue trabajado de modos distinguibles. Se ha sintetizado — decisiones particulares presentadas como lo que el Tribunal "ha admitido". Precedentes fueron descompuestos, y de ellos se retuvo la respuesta sobre la legitimidad y se alejó la respuesta sobre el remedio. Y la forma y los medios fueron articulados a partir de materiales de otro origen, en una formulación nueva. La formulación resultante pasó a integrar la historia institucional recibida por los intérpretes siguientes, que la invocan directamente.

Un dworkiniano tendría dos respuestas. La primera: las formulaciones sedimentadas — un obiter atribuido al Plenario, una síntesis que no enumera sus fuentes— no integran el material relevante para el ajuste; sólo las decisiones y los principios que las justifican lo integran. Esa respuesta es normativa y compatible con la descripción aquí ofrecida; es, en sustancia, la crítica de Leal al uso de la ADPF 45 como precedente. La segunda: la recombinación no es más que una interpretación constructiva; la búsqueda de un principio que se ajuste a materiales dispares y los justifique. Esa respuesta es correcta. Lo que se ofrece no es alternativa a la interpretación constructiva, sino una tipología observacional de algunas de sus operaciones, aplicable a documentos.

La distinción de MacCormick entre consistencia y coherencia permite decir lo que esa interpretación produjo en el caso. Consistencia es no contradicción; coherencia es la propiedad de un conjunto de proposiciones que, tomadas en conjunto, “hace sentido” en su totalidad, y admite grado: un conjunto puede ser coherente “aunque contenga algunas inconsistencias

internas", y es el sentido del todo que decide cuáles de ellas tratar como anomalías.[38] La tesis de 2023 no es plenamente consistente con la del Tema 220, que declaraba la reserva del posible inoponible, y pretende ser coherente con ella. La descomposición es el modo por el cual esta pretensión se realiza: se retiene la parte del precedente que se ajusta al todo, y la otra pasa a ser tratada como anomalía sin ser declarada error.

Conclusión

El terreno cambió. El Tribunal que juzgó el tema 698 movilizó ocho decisiones suyas, todas posteriores a 2014, y obras doctrinarias publicadas después de 2004. Y encontró una proposición —la legitimidad excepcional de la intervención judicial ante omisión que compromete derechos— que un ministro del Tribunal había formulado como argumentación lateral de una decisión que no juzgaba el mérito, y que en 2023 era premisa, expresa o reconstruible, de los votos examinados de cada una de las tres posiciones en disputa.

En ese cambio pueden distinguirse un proceso y dos operaciones. Por sedimentación, esa proposición adquirió estabilidad y un estatuto que su origen no le daba, a punto de la fundamentación que prevaleció poder mantenerla sin regresar a la fuente. Por síntesis, decisiones que respondían a la misma cuestión en sectores diferentes fueron presentadas como aquello que el Tribunal "ha admitido". Por recombinación — clasificación plausible y restringida, con los límites declarados en el § 7.3 —, el voto conductor, tomando esa autorización como premisa recibida y después de descomponer precedentes que también respondían a la cuestión del remedio, articuló la gramática estructural de finalidades y plan, buscada en la doctrina, con medios administrativos específicos cuya licitud fue apoyada en precedente sobre organizaciones sociales. Lo que cambió entre 2004 y 2023, en cuanto a la autorización, fue sobre todo su estatuto —por reforma institucional— y el número de decisiones a las que podía atribuirse. En cuanto a la forma, el voto introdujo como tesis de repercusión general una gramática remedial que el Tribunal ya empleara en acciones estructurales, pero que fundamentó en la doctrina. En los votos examinados, el retroceso fue practicado en la intensidad de la intervención, y no fue propuesto en cuanto a la autorización.

Nada de eso exige suponer que alguien haya planeado el resultado, y nada de eso decide si el resultado es constitucionalmente correcto. El resultado es más modesto: que las operaciones por las que se trabaja el pasado jurisprudencial pueden distinguirse y observarse en los documentos, y que los requisitos propuestos para la recombinación discriminan: en el

[38] MACCORMICK (2008), cap. 10, p. 249.

caso examinado, excluyeron dos de los cuatro conjuntos de materiales que el voto movilizó y dejaron de pie una articulación más estrecha que la lectura inicial sugería.

El Tribunal de 2023 podía decidir de otro modo; cuatro de sus ministros propusieron hacerlo. Sin embargo, cualquiera de las tres posiciones se presentó como continuación de materiales producidos en los años anteriores.

Referencias

ACKERMAN, Bruce. De-schooling constitutional law. Yale Law Journal, v. 123, n. 8, p. 3104 e ss., 2014.

ACKERMAN, Bruce. We the people: foundations. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Traducción de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de processo estrutural. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.

BRASIL. Lei n. 10.707/2003. Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2004.

BRASIL. Lei n. 10.777/2003.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.923/DF. Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, j. 16 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347-MC/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 9 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão monocrática de 29 abr. 2004. Informativo STF, n. 345, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 635/RJ. Rel. Min. Edson Fachin.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 709-MC-Ref/DF. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno, j. 5 ago. 2020. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 3.473-MC-Ref/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Tribunal Pleno, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 734.487-AgR. Rel. Min. Ellen Gracie (citado conforme transcrição no voto do Min. Alexandre de Moraes no RE 684.612).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1.230.668-AgR-EDv-AgR. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno, j. 16 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1.289.323-AgR. Rel. Min. Edson Fachin. Segunda Turma, j. 4 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1.408.531-AgR. Rel. Min. Cármen Lúcia. Primeira Turma, j. 7 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639.337-AgR/SP. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma, j. 23 ago. 2011, DJe 15 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.008.166/SC (Tema 548). Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, j. 22 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 590.664. Rel. Min. Ayres Britto. Decisão publicada no DJe de 1º fev. 2012 (citada conforme transcrição no voto do Min. Alexandre de Moraes no RE 684.612).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581/RS (Tema 220). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, j. 13 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 684.612/RJ (Tema 698). Rel. Min. Ricardo Lewandowski; red. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno, sessão virtual encerrada em 30 jun. 2023. Voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2023/10/RE-684.612.pdf. Minutas dos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Alexandre de Moraes divulgadas em: https://www.migalhas.com.br/quentes/389732/stf-fixa-regras-para-decisoes-judiciais-acerca-de-politicas-publicas. Acórdão e ementa reproduzidos em: Revista Carioca de Direito, Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro. Disponible en: https://rcd.pgm.rio/index.php/rcd/article/download/122/109/537.

CLARK, Tom S.; LAUDERDALE, Benjamin E. The genealogy of law. Political Analysis, v. 20, p. 329-350, 2012.

COENEN, Dan T. Reconceptualizing hybrid rights. Boston College Law Review, v. 61, p. 2355 e ss., 2020.

CRUVINEL, Gustavo Warzocha Fernandes. A judicialização de políticas públicas na educação infantil: ARE 639.337 AgR SP. Caderno Virtual (IDP). Disponible en: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/download/6262/2617/20924.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 303, p. 45-81, 2020.

DWORKIN, Ronald. Hard cases. Harvard Law Review, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, 1975.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIGLEY, Paul. Teaching rule synthesis with real cases. Journal of Legal Education, v. 61, n. 2, p. 245 e ss., 2011.

FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Entre o diálogo e o monólogo institucional nos processos estruturais: limites e possibilidades para a proteção dos direitos socioeconômicos e culturais na perspectiva comparada no Sul Global. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2021.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system. Iowa Law Review, v. 86, p. 601 e ss., 2001.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 1999.

KENNEDY, Duncan. Freedom and constraint in adjudication: a critical phenomenology. Journal of Legal Education, v. 36, n. 4, p. 518-562, 1986.

KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Fernando. Força autoritativa, influência persuasiva ou qualquer coisa: o que é um precedente para o Supremo Tribunal Federal? Revista de Investigações Constitucionais, v. 7, n. 1, p. 205-236, 2020.

LEVI, Edward H. An introduction to legal reasoning. University of Chicago Law Review, v. 15, n. 3, p. 501-574, 1948.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Empirically testing Dworkin’s chain novel theory: studying the path of precedent. New York University Law Review, v. 80, n. 4, p. 1156-1206, 2005.

LLEWELLYN, Karl N. The bramble bush: some lectures on law and its study. New York: [s.n.], 1930.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Trad. Cláudio Michelon, Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MCCONNELL, Michael W. The forgotten constitutional moment. Constitutional Commentary, v. 11, p. 115 e ss., 1994.

MURRAY, Michael D. Explanatory synthesis and rule synthesis: a comparative civil law and common law analysis. Kazancı Hukuk Dergisi, n. 83-84, p. 139 e ss., 2011.

PIERSON, Paul. Increasing returns, path dependence, and the study of politics. American Political Science Review, v. 94, n. 2, p. 251-267, 2000.

PORFIRO, Camila Almeida. Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RICOEUR, Paul. The model of the text: meaningful action considered as a text. Social Research, v. 38, n. 3, p. 529-562, 1971.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 3ª Vice-Presidência. Processo 0077041-18.2012.8.19.0002. Decisão de 25 jun. 2025.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticojurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHAUER, Frederick. Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Clarendon Press, 1991.

SCHAUER, Frederick. Precedent. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, p. 571 e ss., 1987.

SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

SILVA, Marcos Rolim da; COSTA, Susana Henriques da. Tema de repercussão geral 698: processo estrutural e estratégias adotadas. Suprema: Revista de Estudos Constitucionais, v. 4, n. 1, 2024. DOI: 10.53798/suprema.2024.v4.n1.a338.

TARUFFO, Michele. A motivação da sentença civil. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. Constitutional borrowing. Michigan Law Review, v. 108, p. 459 e ss., 2010.

TOULMIN, Stephen. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decision. Rechtstheorie, v. 5, n. 1, p. 33-46, 1974.