

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

FELIPE AUGUSTO VIÉGAS ALVES E SANTANA

REFORMAS ESTRUTURAIS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

BRASÍLIA/DF

2019

FELIPE AUGUSTO VIÉGAS ALVES E SANTANA

REFORMAS ESTRUTURAIS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Dissertação de Mestrado, exigida como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, apresentada ao Curso de Pós-Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público, sob a orientação do Professor Dr. Ilton Norberto Robl Filho.

BRASÍLIA/DF

2019

REFORMAS ESTRUTURAIS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Brasília, ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho
(Orientador)

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
(Examinador)

Prof.^a Dr.^a Paula Pessoa Pereira
(Examinador externo)

AGRADECIMENTOS

A conclusão do mestrado em direito constitucional, para mim, significa uma coroação divina por todos os anos de sacrifícios e renúncias. Os sonhos, que alguns acreditavam ser utópicos (e realmente pareciam), pouco a pouco, madrugada a madrugada, livro após livro, foram se concretizando em minha vida. Em que pese ter sido agraciado com tantas vitórias profissionais ao longo de todos esses anos, algo me faltava: ter a oportunidade de imergir no mundo acadêmico, aprofundando o meu conhecimento em temas que sempre tive enorme interesse de pesquisar.

Nesse momento, ultrapassados dois anos de aulas, debates, exposições e produções acadêmicas, finalizo a minha dissertação de mestrado. Três sentimentos reinam em meu coração: felicidade, alívio e gratidão. Logo, nada mais oportuno que aproveitar esse espaço para externalizar o meu imenso agradecer aos legítimos co-responsáveis pela obra.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Aristéia Viégas e João Roberto. A vocês devo a vida, os ensinamentos e as conquistas que tive. Obrigado por todas as renúncias feitas por mim e por Guta, amamos vocês. À minha irmã Maria Augusta, pelo amor e pela amizade que nutrimos um pelo outro.

Agradeço também à Nathali Costa, minha companheira de vida, pelo amor, carinho, compreensão e apoio ao longo dessa caminhada. Obrigado por estar comigo em absolutamente todos os momentos. Serei eternamente grato a Deus por ter colocado uma pessoa tão especial em minha vida. Te amo.

Agradeço à minha família: Lindóia, Jandira, Etelvina, Mércia, Celso, Lucidalva, Conceição, Mana, Carminha, Adelmá e Wilson, assim como todos os membros das famílias Viégas, Santana, Eskinazi, Batista, Ferreira e Costa.

Ao amigo João Henrique Camelo, meu irmão de vida. Com você fique certo que jamais falhei, pois ganhei muita força tornando maior. Obrigado, sempre.

Ao amigo Ivo Dantas Filho, meu brother, pela amizade, cumplicidade e lealdade recíproca ao longo de nossas trajetórias de vida.

Agradeço fortemente pela amizade sincera e incentivo dos “amigos do Arsenal”: Victor Vale, David Gomes, João Pedro, Leonardo Araújo e Raniere Lins.

Aos amigos que a Advocacia-Geral da União me proporcionou: Gabriel Carneiro, Eliziane Chagas, Raphael Valença, Rafael Formolo, Lucas Dias, Luiz Moura, Paula Nunes e Kelwya Bruna. Igualmente, agradeço ao apoio dos “amigos pra mais” do MPOG: Dayany Teixeira, Erick Magalhães, André Macagnan, Tiago César, Paula Siqueira, Luana Regazone e Daniel Paes.

Faço um especial agradecimento ao amigo Marcos Guilhen Esteves. Além da parceria na condução da coordenação de atos normativos do Ministério da Economia, seu apoio foi fundamental para a tempestiva finalização desse trabalho.

Aos compadres Daniel Oliveira e Leidianny Costa, amigos leais, que vibram a cada vitória por mim conquistada, sempre ao meu lado. Meu muito obrigado.

Agradeço a todos os professores pela educação e ensinamentos transmitidos, especialmente à Rosalina Freitas, incentivadora contumaz do meu crescimento profissional e acadêmico. Muito obrigado, Rosa.

Agradeço também aos colegas da Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Pernambuco por terem sido molas propuloras na minha vida profissional.

À Paula Pessoa, pelos preciosos ensinamentos repassados nas minhas bancas de qualificação e de defesa da dissertação. Agradeço também ao professor Paulo Gonet, por aceitar prestigiar a minha dissertação e por tanto contribuir para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Aos amigos que fiz no IDP, pela parceria nos estudos de pós-graduação.

E, por fim, agradeço ao professor Ilton Norberto Robl Filho, meu orientador, pela paciência, compreensão e auxílio na condução deste trabalho acadêmico.

RESUMO

Pretende-se neste trabalho analisar o modo de atuação das Cortes Constitucionais no enfrentamento de problemas estruturais. Nesse contexto, a partir dos resultados práticos obtidos na jurisprudência comparada (Estados Unidos, Argentina, Colômbia e Peru), é examinado o grau de efetividade do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional - ECI pelo STF, tanto na ADPF nº 347/DF (que trata do sistema carcerário brasileiro), quanto nos vindouros processos estruturais que baterão à porta do Supremo. Como forma de subsidiar a crítica sobre a aplicabilidade do ECI no sistema jurídico brasileiro, traz-se um estudo analítico da *structural reform* (norte-americana) e do desenvolvimento do ECI na Corte Constitucional colombiana. Por se relacionar à cogente necessidade de remoção de estruturas burocráticas (que impedem a concretização de direitos fundamentais), o trabalho submerge em temas vitais dos processos estruturais, os quais possibilitam ao STF lançar mão do reconhecimento do ECI no Brasil: a constitucionalização de direitos fundamentais na CF/88, a aplicabilidade dos direitos fundamentais, as omissões inconstitucionais e a imperiosa necessidade de correção das falhas estruturais. Não obstante, para fins de garantir a extrapolação de competências institucionais, busca-se igualmente enfrentar os limites da jurisdição constitucional, o que se faz despido de pré-conceitos sobre o ativismo judicial e a separação dos poderes. Em adição, as discussões sobre o papel contramajoritário do Poder Judiciário e salvaguarda da legitimidade democrática trazem importantes balizas metodológicas para a definição do escopo de atuação de cada Poder quando da implementação dos remédios estruturais. Levando-se em consideração os pontos favoráveis e desfavoráveis ao reconhecimento do estado de coisas - demonstrados a partir dos resultados materiais obtidos no direito comparado-, faz-se uma projeção das possíveis implicações do reconhecimento do ECI pelo STF, com a concomitante sugestão de métodos e procedimentos que, se utilizados nas decisões estruturais, podem conferir maior efetividade à concretização de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Processos estruturais. Estado de coisas inconstitucional. Jurisdição constitucional. Direitos fundamentais. Omissões inconstitucionais. ADPF nº 347/DF.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the way the Constitutional Courts act in facing structural problems. In this context, from the practical results obtained in the comparative case law (United States, Argentina, Colombia and Peru), the degree of effectiveness of the recognition of the unconstitutional state of affairs - ECI by the STF is examined, both in ADPF 347/DF (which the Brazilian prison system), as well as the coming structural processes that will knock on the door of the Supreme. In order to support the critique of the applicability of the ECI in the Brazilian legal system, we present an analytical study of the structural reform (North American) and the development of the ECI in the Colombian Constitutional Court. As it relates to the cogent need to remove bureaucratic structures (which hinder the realization of fundamental rights), the work submerges in essential themes of structural processes, which enable the Supreme Court to make use of the recognition of the ECI in Brazil: the constitutionalization of fundamental rights in CF/88, the applicability of fundamental rights, unconstitutional omissions and the imperative need to correct structural failures. However, in order to ensure the extrapolation of institutional competences, the aim is also to face the limits of constitutional jurisdiction, which makes no preconceptions about judicial activism and the separation of powers. In addition, discussions about the counter-legal role of the judiciary and safeguarding democratic legitimacy provide important methodological guidelines for defining the scope of action of each power when implementing structural remedies. Taking into account the favorable and unfavorable points for the recognition of the state of affairs - demonstrated from the material results obtained in comparative law - we project the possible implications of the recognition of the ECI by the STF, with the concomitant suggestion of methods and procedures that, if used in structural decisions, can give greater effectiveness in the realization of fundamental rights.

Keywords: Structural processes. Unconstitutional state of affairs. Constitutional Jurisdiction. Fundamental rights. Unconstitutional omissions. ADPF nº 347/DF.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. PROCESSOS ESTRUTURAIS NO DIREITO COMPARADO.....	23
1.1 Origem da Structural Injunction no direito norte-americano.....	26
1.2 Evolução das reformas estruturais no direito comparado.....	40
1.3 A incipiente denominação “Estado de Coisas Inconstitucional” - ECI, promovida pela Corte Constitucional Colombiana.....	51
2. ASPECTOS QUE OPORTUNIZAM A RECEPÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....	58
2.1 A constitucionalização de direitos fundamentais.....	66
2.2 A profusão dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	70
2.3 Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais.....	79
2.4 O enfrentamento das omissões inconstitucionais	84
2.5 As falhas estruturais violadoras de direitos fundamentais.....	91
3. REFLEXÕES SOBRE OS LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	95
3.1 A indevida generalização do termo “ativismo judicial” à luz da nova concepção de separação dos poderes.....	95
3.2 O fortalecimento do protagonismo judicial no direito comparado.....	108
3.3 Legitimidade democrática da jurisdição constitucional contramajoritária.....	116
4. O PARADÍGMA DA ADPF Nº 347/DF E A EFETIVIDADE DO ECI NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	131
4.1 Protótipos das lides estruturais no Brasil.....	132
4.2 O transplante do ECI para o sistema carcerário brasileiro (ADPF nº 347/DF)...	140
4.3 Riscos e limites à adoção do ECI pelo Poder Judiciário.....	152
4.4 Efetividade das sentenças estruturais: a participação social e o debate dialógico enquanto instrumentos legitimadores da <i>structural reform</i>	157
CONCLUSÃO.....	175
REFERÊNCIAS.....	181

INTRODUÇÃO

Os litígios estruturais são desafiadores. Eles distinguem-se das consagradas lides tradicionais, de arranjo bipolar, por gerar decisões eminentemente prospectivas e em cascata.¹ Exatamente em consequência deles, gargalos burocráticos maléficos ao correto desempenho do papel do Estado são gradualmente escoados.

A transformação estrutural em voga - convém anotar - tem conexão direta com o aperfeiçoamento da teoria do processo, que evolui de um mero instrumento destinado à pacificação social para se tornar um mecanismo dialógico de correção de problemas estruturais, provenientes da famigerada burocratização da atuação estatal.²

Aqui, a despeito da salutar atuação proativa dos juízes, não há falar, pejorativamente, em ativismo judicial. Isso porque as decisões estruturais não perquirem - ou ao menos não deveriam - ismiscuir-se na independência funcional dos demais Poderes, até porque a atuação do Judiciário ocorre legitimada por uma disfunção política e não por uma atividade política, onde todos os atores envolvidos na concretização de direitos fazem indispensáveis ao planejamento, à execução e ao controle das ações estruturantes.³

Ademais, como se demonstrará, a adoção de decisões estruturais (“*injunctions*”⁴) pelas Cortes judiciais alienígenas não é novidade. O caso mais representativo, iterativamente citado na doutrina, é o *Brow v. Board of Education of*

¹ Essa metodologia de decisões progressivas (em cadeia) foi apelidada por Owen Fiss de “técnica da tentativa-erro-acerto”. Ou seja, a partir de demandas estruturais, o Judiciário proferirá múltiplas decisões concatenadas, voltadas à aferição, em cada caso, da tutela mais efetiva para a resolução do desiderato estrutural. In: FISS, Owen. “*The forms of justice*”. Harvard law review, vol. 93, n. 1, 1979, p. 50.

² TUSHNET, Mark. *Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century*. Nujs law review. June, 2011, p.182. Disponível em: <<http://nujlawreview.org/wp-content/uploads/2016/12/mark-tushnet.pdf>>. Acesso em: 12. Set. 2019.

³ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Notas sobre as decisões estruturantes*. Civil Procedure Review, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017.

⁴ O termo “*injunction*”, multicitado por Owen Fiss na obra “*The Forms Of Justice*”, não contempla tradução exata no direito pátrio. Já na ordem jurídica estadunidense, a *injunction* denota a ordem judicial que impõe ao destinatário uma obrigação específica de fazer ou de não fazer. Esta última, relevante ao estudo em comento, são as decisões judiciais que impõem medidas de cunho estrutural.

*Topeka (Brown II)*⁵, julgado em 1955 nos Estados Unidos. Conquanto tenha a Suprema Corte norte-americana declarado no caso *Brown I* (1954) a inconstitucionalidade das políticas discriminatórias que consentiam com a segregação racial existente nas escolas públicas do município de Topeka, no Kansas, vários Estados estadunidenses se negavam reiteradamente a observar o mandamento judicial, em flagrante violação à 14ª emenda constitucional.⁶

Não por outra razão, logo em seguida, foi proferida nova decisão, o “caso *Brown II*”, na qual a Suprema Corte realizou um planejamento adequado (com objetivos, metas e prazos) para a implementação perene de medidas estruturais que conferissem exequibilidade ao julgado, de modo a extirpar a abjeta teoria do “*separated but equal*” (“separados mas iguais”), então vigente nos Estados Unidos, especialmente nos Estados localizados ao sul do país.⁷

A Suprema Corte norte-americana é, sem dúvidas, a baluarte no desenvolvimento e aperfeiçoamento das *structural injunctions*⁸, a exemplo do que se viu nos casos *Dred Scott v. Sandford* (1857), *Plessy v. Ferguson* (1896) e *Holt v. Sarver* (1969). Pela diversidade temática dos casos, percebe-se que o nascedouro dos litígios estruturais foi multifacetário: desidratou o modelo de segregação racial, reformou o sistema carcerário estadunidense, aperfeiçoou o atendimento nos hospitais públicos, etc.

Não obstante o pioneirismo estadunidense na resolução de litígios globais, a fixação de remédios estruturais não ficou, absolutamente, adstrita ao sistema

⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Suprema Corte. Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294, 1955. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/>>. Acesso em 17 jun. 2019.

⁶ A primeira decisão do caso (*Brown I*), ao tentar resolver o problema da segregação racial nas escolas, se viu diante de problemas práticos de aplicabilidade. Foi proferida uma decisão como se todas as medidas indicadas fossem ser resolvidas naturalmente – o que evidentemente não se viu na prática. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Suprema Corte. Brown vs. Board of Education of Topeka*. 347, U.S. 483, 1954. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Acesso em 14 jun. 2019.

⁷ É a partir do caso *Brown II* que se observa o efetivo desenvolvimento teórico sobre as decisões estruturais da jurisdição. Neste caso, houve, dentre outras ações, (i) o diálogo entre as instituições, (ii) a delegação de competências para outras jurisdições, principalmente quanto aos estados; e (iii) a fiscalização do cumprimento das metas e prazos determinados.

⁸ Jobim faz aprofundada análise acerca do pioneirismo norte-americano na utilização das *structural injunctions* ou *structural reforms*. In: JOBIM, Marco Félix. *Brown v. Board of Education: A origem das medidas estruturantes*. In: Janaina Machado Sturza; Nina Trícia Disconzi Rodrigues (org.) *Processo e Constituição: interfaces possíveis*. 1ed. Santa Cruz: Essere nel mundo, 2014, v. 1, p.65-85.

common law de jurisdição. Na Argentina, por exemplo, os episódios de “*litígios de reforma estrutural*” são progressivamente encontrados nas decisões da Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina – CSJN.

Os casos “*Mendoza*” (2008) – relacionado à recomposição de danos ambientais gerados à bacia hidrográfica de *Matanza-Riachuelo*-, e “*Verbitsky*” (2005) – atinente às precárias condições humanas oferecidas aos custodiados no presídio de Buenos Aires-, são os litígios estruturais mais debatidos na literatura argentina, como bem descreve Verbic:

(...) los casos constitucionales discutidos em “Mendoza y Verbitsky” eran relativamente fáciles. Lo difícil era (aun hoy lo es) como remediar el problema estructural, el estado de situación inconstitucional que disparo la discusión de dichos asuntos em sede judicial. (...) Em ambos casos era necesario establecer uma suerte de diálogo com la administración publica para avanzar progressivamente en el cumplimiento de la decisión (...)⁹

Nesta mesma toada, o Tribunal Constitucional do Peru também adotou o caminho das decisões de índole estrutural, como se observou dos *Expedientes 2579-2003HD/TC (2004), 3149-2004-AC/TC (2005) e 03426-2008-PHC/TC(2006)*¹⁰, nos quais foram dirimidas variadas questões estruturais do país, concernentes ao descumprimento de direitos à informação pública, à saúde e à dignidade laboral dos professores peruanos.¹¹

Em outra proporção, quando os litígios estruturais bateram à porta da Corte constitucional da Colômbia (CCC), nasceu o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), sendo este o reconhecimento judicial conferido à determinada situação fática que espelha um quadro de violação generalizada e sistêmica a direitos fundamentais, em consequência direta - o mais das vezes - da omissão ou da incompetência dos governantes de concretizar o conteúdo mínimo de direitos

⁹ VERBIC, Francisco. Ejecución de sentenças em litígios de reforma estrutural em la República Argentina. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019, p. 73.

¹⁰ Sobre a experiência peruana com os remédios estruturais, indispensável a leitura da avaliação feita em: LANDA ARROYO. César. *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional. La experiencia del Perú*. Revista IPSO JURE Nº. 9. Mayo 2010.

¹¹ Esse trabalho não desconhece a contribuição de outros sistemas jurídicos para a evolução jurisprudencial dos processos estruturais (cf. *South Africa v. Grootboom* - África do Sul, e *People’s Union for Civil Liberties v. Union of India & Other* – Índia). Contudo, com o fito de delimitar o escopo de pesquisa, o estudo comparado restringir-se-á aos casos de relevo ocorridos na América.

constitucionais. Trata-se o ECI, portanto, de espécie da qual o processo estrutural é gênero.

Pelo raciocínio pioneiramente desenvolvido na Colômbia, da subsunção do quadro de inconstitucionalidade ao processo estrutural firmado como ECI, caberá ao Poder Judiciário diagnosticar a existência de litígio estrutural e determinar a criação de políticas públicas atípicas aplicáveis (remédios estruturais), para cuja implementação serão exigidos esforços concatenados e constantes de uma multiplicidade de agentes e instituições, públicas e privadas.¹²

Em resumo, o conflito tido como fato gerador do estado de coisas inconstitucional leva a jurisdição ao dever institucional de fixar, emergencialmente, remédios estruturais, elencados sob a forma de sentenças estruturantes. Este é o fluxo natural da atuação processual policêntrica, típica dos litígios estruturais¹³, que será desenvolvida na presente dissertação.

Lado outro, no âmbito jurisprudencial, o primeiro reconhecimento formal do estado de coisas inconstitucional ocorreu em 06 de novembro de 1997, quando a CCC - alicerçada na ideia estadunidense de *structural remedies*-, proferiu a incipiente “*Sentencia de Unificación (SU) – 559/1997*”, salvaguardando direitos à saúde e à previdência de professores dos municípios de *María La Baja* e *Zambrano*.¹⁴

Com suporte na positiva experiência da *Sentencia de Unificación*, a Corte colombiana exarou em 1998 a “*Sentencia de Tutela (ST) – 153/1998*”, por intermédio da qual reconheceu categoricamente o quadro generalizado de violação aos direitos

¹² Veja-se que o reconhecimento de litígios estruturais se dará em qualquer grau de jurisdição, a exemplo das diversas ações ajuizadas nas Justiças Federal e Estadual para fins de reparação dos danos materiais e imateriais gerados com as tragédias de Mariana (2017) e Brumadinho (2018).

¹³ Em endosso à relação umbilical entre as medidas estruturais e as chamadas demandas policêntricas, Fletcher esclarece: “*The concept of polycentricity may help to clarify the problems involved in trial court remedial discretion in institutional suits. Polycentricity is the property of a complex problem with a number of subsidiary problem "centers," each of which is related to the others, such that the solution to each depends on the solution to all the others*”. FLECHTER, William A. *The Discretionary Constitution : Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*. The Yale law journal, vol. 91, n. 4, Yale, 1982, p. 635.

¹⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia SU-559 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 10 fev. 2019.

fundamentais de presos custodiados nas Penitenciárias Nacionais de *Bogotá* e de *Bellavista de Medellín*.¹⁵

Malgrado, a despeito desta inovação jurisprudencial para sanar a situação de violação a direitos fundamentais dos presos colombianos, parte da doutrina entendeu que os oito remédios estruturais fixados na *Sentença de Tutela* revelaram-se inócuos, sem efetividade. Para Campos “*na prática, a decisão não se revelou útil para remediar o problema do sistema carcerário*”.¹⁶

Outra importante decisão da Corte colombiana foi tomada na “*Sentença de Tutela (ST) – 025/2004*”.¹⁷ Neste julgado, o reconhecimento do ECI deu-se a partir de ações de tutela deflagradas por famílias deslocadas, que buscavam, em meio ao ambiente de terror gerado pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – FARC, um efetivo acolhimento estatal.

No Brasil, especificamente com o ingresso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), após representação da Clínica de Direitos Humanos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, o Supremo Tribunal Federal (STF) deparou-se com um contexto de violações a direitos (sistema carcerário) que possibilitou a invocação da jurisprudência do estado de coisas inconstitucional.

A despeito de não haver previsão expressa deste instrumento judicial de correções de inconstitucionalidades na Constituição cidadã de 1988, tampouco nos normativos infraconstitucionais que compõem a ordem jurídica pátria, a encampação do estado de coisas inconstitucional na referida ADPF é fato inconteste e fomenta calorosa discussão no âmbito doutrinário quanto a sua efetividade, especialmente quando nos reportamos aos limites da jurisdição.

Mutatis mutandis, infere-se que o reconhecimento do ECI na ADPF nº 347/DF perquiriu, em certa medida, outorgar ao Supremo um empoderamento na sua

¹⁵ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-153 de 1998*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em 11 fev. 2019.

¹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 128 et seq.

¹⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-025 de 2004*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em 14 fev. 2019.

atuação institucional, maior, inclusive, daquele já exercido nas ações coletivas e nas causas de judicialização de políticas públicas. Isso porque, a partir do vindouro reconhecimento de litígios estruturais, o Judiciário imiscuir-se-á mais ativamente no planejamento operacional de outras instituições democráticas. O objetivo, contudo, não é usurpar competências, mas fomentar o debate dialógico, de modo que as soluções aplicáveis a cada caso possam ser construídas consensualmente pelos atores envolvidos.

Depreende-se, então, a notória importância da ADPF nº 347/DF para que se deixe de lado discussões meramente conceituais (p. ex. o debate teórico sobre a divisão estática de funções entre Poderes), que pouco contribuem para a desejável consecução da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Noticie-se ainda que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional não se confunde com a “judicialização da política” ou com o “ativismo judicial”.¹⁸ A uma, porque a judicialização da política refere-se à pretensão levada à juízo por um indivíduo que tem, na via difusa, um direito fundamental violado, razão pela qual suscita o exame de determinada pretensão, com lastro na Constituição Federal de 1988 (CF/88).¹⁹

A esse respeito, convém recordar os termos pelos quais Barroso definiu a “Judicialização da Política”:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa.²⁰

¹⁸ Em sentido contrário ao que é defendido neste trabalho, Streck, ao tempo que afirma ser o ECI um mero “Ativismo judicial camuflado”, justifica o porquê da importação desta tese de julgamento no Brasil: “*Em um país continental, presidencialista, em que os poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte, nada melhor do que uma tese que ponha “a cereja no bolo”, vitaminando o ativismo*”. STRECK, L. L. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Conjur. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 18. Abr. 2018.

¹⁹ LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Da judicialização da Política no Brasil após a Constituição de 1988: Linhas gerais sobre o debate*; in: Estudantes Caderno Acadêmico. Edição comemorativa. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009, p. 6.

A duas, porque os remédios estruturais contidos na decisão judicial que reconhece o estado de coisas inconstitucional somente resultarão em ativismo judicial se o seu conteúdo, de fato, ultrapassar desarrazoadamente o âmbito de competência do Poder Judiciário. O ativismo judicial é a ação do juiz como legislador positivo, o que não é, propriamente, o que acontece com o ECI, que pode chegar a ser um ativismo, mas não necessariamente o é.

Caso, por exemplo, a decisão estrutural seja feita sem diálogo e fiscalização, é sim possível que haja um ativismo judicial, mas essa não é a regra. Dialogando a esse respeito com a doutrina brasileira, enquanto que para Dirley só existirá ativismo se houver judicialização da política, pois andam de mãos dadas²¹, no sentir de Barroso os dois “*são primos, vem da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens*”.²²

Latente, pois, a diferenciação entre os supramencionados institutos, que reforça o aspecto peculiar das reformas estruturais no direito brasileiro. E é justamente do suporte fático que ensaja o estado de coisas inconstitucional que reside uma problemática: as falhas estruturais derivadas das omissões legislativas e administrativas que mitigam a concretização dos direitos fundamentais exigem a atuação conjunta dos atores destinatários da decisão de reconhecimento do ECI.

Essa forma de atuação, pautada no diálogo, na execução coordenada e na fiscalização conjunta das medidas exaradas, logrará êxito no Brasil? A aplicação do instituto à ordem jurídica brasileira será efetiva ou incorrerá nas mesmas falhas de execução e de controle evidenciadas nas sentenças colombianas de *Unificación (SU) – 559/1997* e de *Tutela (T) – 153/1998*?

Tem-se, no Brasil, sincronismo e harmonia suficientes para a atuação cooperativa de órgãos e das entidades no saneamento das falhas estruturais e na concretização de direitos fundamentais? Não obstante, o ECI, inicialmente aceito pelo STF na defesa da dignidade dos custodiados, deve ser também aplicável à concretização de outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, a exemplo do direito à moradia, à saúde, à educação, à segurança e ao trabalho?

²¹ JUNIOR, Dirley da Cunha. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Artigo publicado in: <http://brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 03.11.2018.

²² Cf. BARROSO, 2009.

Quais as consequências do reconhecimento de um estado de coisas no pacto federativo? Existem riscos substanciais à cláusula pétrea de separação dos Poderes?

Fato é que de há muito cresce a tensão entre os Poderes da República. Sem embargo, os interesses dos entes destinatários das sentenças estruturais, em muitos dos casos, podem divergir, o que torna a implementação dos remédios assaz dificultosa. Apresentando preocupações com a internalização do instituto do ECI, pontuou Streck:

Imaginemos os Estados da federação demandados por uma enxurrada de ações. Sim, o STF poderá dizer que só a ele compete julgar o ECI. Mas, até lá, como segurar os demais atores jurídicos? Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao Judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza-em um país periférico. Uma espécie de realismo moral.²³

Um fato é insofismável: o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da existência de ECI em determinadas violações a direitos fundamentais no Brasil, já confere um protagonismo do Judiciário (nunca antes visto) diante dos Poderes Legislativo e Executivo. Embora a decisão estrutural possa determinar expressamente a edição de atos normativos (ao Legislativo) e a implementação/planejamento de políticas públicas (ao Executivo), o reconhecimento do estado de inconstitucionalidade mitiga a automática adjetivação de decisão ativista, como reiteradamente defendido por Streck.

Ato contínuo, ver-se-á, neste trabalho, a importância da ampliação do debate acerca do estado de coisas inconstitucional, até porque a origem de seu desígnio (concretização dos direitos fundamentais e valores públicos) traz a reboque a necessidade de análise do processo constitucional brasileiro. A partir de uma premissa inicial de que o Direito (como processo/ordenamento) é, em essência, a ciência criada e desenvolvida para concretizar a ideologia social e dar ordem à vida em sociedade, a gênese central do estado de coisas inconstitucional, qual seja, a concretização de direitos, pressupõe uma análise do fato social da necessidade.

²³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Quer-se identificar, para além da efetividade da internalização do ECI no caso dos presídios brasileiros, se o referido instituto também será instrumento para concretização dos demais direitos fundamentais assegurados na Carta Magna de 1988. Caso positivo, será primordial o estudo sobre os limites das decisões estruturais e o debate acerca da atual existência - em decorrência do aumento desta “jurisprudencialização”-, de uma equivocada aplicação de preceitos oriundos do sistema *common law*.

Essa hipótese, acaso endossada, conduzirá o reconhecimento do ECI a um sistema fechado e auto-referencial do papel do Poder Judiciário, por apresentar nítida feição quantitativa na resolução das omissões legislativas e administrativas relacionadas a questões jurídicas, históricas, sociológicas, axiológicas e teleológicas, todas relevantes à resolução de causas e a efetivação daquilo que o constitucionalista Ivo Dantas designou de fato social da necessidade.²⁴

Outro objetivo importante deste trabalho será delinear o modo de se preservar a separação dos Poderes quando da execução das medidas estruturantes. É dizer, de que forma as determinações do Judiciário para que sejam emanados atos administrativos ou normativos serão fiscalizados? Se no tradicional estudo doutrinário sobre o ativismo judicial já se indicava a possibilidade de tensão entre os Poderes, maior será a complexidade na análise do estado de coisas inconstitucional, que permite ao Judiciário uma interferência institucional em todas as esferas de Poder, estados, órgãos e autoridades públicas.

A fixação desses limites, desafio de extrema relevância atual, será, inclusive, enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões estruturais vindouras em que expressamente se reconhecer a aplicabilidade da tese do estado de coisas inconstitucional. Forçosa, pois, no contexto apresentado, que o escopo de aplicação da tese seja delimitado, porquanto a utilização do ECI para a correção generalizada de todas as hipóteses de lesão à direito fundamental subverte a própria razão de existir do instituto, tornando-o, ao fim e ao cabo, um mecanismo sem eficácia.

Há considerável divergência na visão da doutrina sobre os elementos fundantes do estado de coisas inconstitucional. Uma parcela dos constitucionalistas

²⁴ DANTAS, IVO. *Constituição & processo*. 2ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2011.

posiciona-se inteiramente favorável ao reconhecimento do ECI no direito pátrio, inclusive com a formalização do instituto na ordem jurídica; outra parcela, ao revés, conquanto indique pontos positivos do ECI, sugere graves entraves na materialização da atuação judicial estrutural; Entrementes, alguns doutrinadores mais céticos ao instituto - a exemplo de Streck-, mostraram-se categoricamente contrários à adoção do estado de coisas inconstitucional no Brasil.

Campos, em seu artigo “*O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*”, ratifica o acerto da decisão do STF que reconheceu O ECI, afirmando que este instituto trabalharia como uma “senha de acesso” da corte à tutela estrutural, segundo o qual: “reconhecido o ECI, a corte não desenhará as políticas públicas, e sim afirmará a necessidade urgente que Congresso e Executivo estabeleçam essas políticas, inclusive de natureza orçamentária.”²⁵ O autor demonstra as nuances da internalização do estado de coisas inconstitucional no direito colombiano, de forma a examinar, comparativamente, o grau de efetividade dos remédios estruturais no Brasil, face à complexidade dos litígios estruturais.

De outra banda, Vieira e Bezerra²⁶, no artigo intitulado de “*estado de coisas fora do lugar*”, conquanto se mostrem simpáticos ao reconhecimento do ECI pelo STF, tecem duras críticas à decisão liminar proferida na ADPF nº 347/DF, por entenderem que a decisão foi “mandatória e monológica” e fez refletir um “profundo alheamento” em relação à necessária construção de uma jurisdição supervisora e de sentenças estruturantes.

Neste sentido, salutar a rememoração, ao longo deste trabalho, dos temas que embasam o debate sobre a aplicabilidade do estado de coisas inconstitucional no direito brasileiro, a exemplo da separação dos Poderes, inserto no art. 2º da CF/88 e com força de cláusula pétrea constitucional (art. 60, § 4º, III, da CF/88), colocando em voga a independência e a harmonia entre os Poderes como base inafastável do Estado democrático de direito.

²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁶ DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Estado de Coisas Inconstitucional*. In: Estadão em 19.09.2015:<<http://opinioao.estadao.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 08. Nov. 2018.

Ressurge-se, assim, a discussão sobre a função típica do Poder Judiciário, a quem não teria sido dado, pelo constituinte, uma interferência tão profunda nos demais Poderes e Estados-membros. Isso porque O ECI, ao ingressar na ordem jurídica brasileira, trouxe consigo a controvérsia sobre a possível violação ao princípio da separação dos poderes. A despeito da indubitosa urgência de se corrigir o de há muito degradado sistema carcerário brasileiro, o reconhecimento de ECI para resolver reformas estruturais permanece sendo alvo, pois, de aclamados questionamentos quanto a sua aplicabilidade no Brasil.

Para corroborar com uma melhor compreensão dos motivos ensejadores do processo estrutural - tão presente nas Cortes internacionais – estarão insertos ao longo do trabalho algumas das ideias do professor Ivo Dantas no livro “*Constituição e Processo*”, onde são debatidas questões relacionadas às omissões e aos hiatos constitucionais na consecução da ideologia constitucional. Nesse toar, apresenta-se o ECI como novo instrumento do processo constitucional para a concretização dos direitos fundamentais contidos na Carta Magna de 1988.

Quanto ao estudo dos direitos fundamentais, mormente no que cinge as suas dimensões, revela-se imprescindível delimitar o suporte fático abarcado pelo estado de coisas, por ser este um exímio instrumento de concretização do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Mais que isso, abrir-se-á uma reflexão acerca de quais direitos estariam protegidos pelas normas de direitos fundamentais. Seria possível restringir o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais afetados? Quais os reflexos dessa questão na eficácia das normas constitucionais? Todos os direitos fundamentais presentes na CF/88 são passíveis de reconhecimento do ECI? ²⁷

A razão que traz à tona a importação de teorias como a do ECI, nitidamente identificável como uma atuação de largo espectro do Judiciário, é a não concretização dos direitos fundamentais insertos no texto constitucional, seja pela ausência formal da norma (omissão legislativa inconstitucional) ou pela incapacidade

²⁷ O trabalho jurídico-compreensivo desenvolvido por Canotilho, Alexy e Virgílio da Silva serão essenciais ao desenvolvimento das respostas. No livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy objetivamente indicou que: “*O direito fundamental completo é algo bastante complexo, mas em hipótese alguma um objeto inescrutável.* In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

governamental de dar efetividade às normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais (omissão política).

E foi neste segundo cenário (da omissão política) que o ECI foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na multicitada ADPF nº 347/DF. O objetivo foi corrigir as péssimas estruturas fornecidas aos custodiados no Brasil, resultado de uma histórica e reiterada abnegação dos governantes (e da própria sociedade) de cessar a ocorrência do suporte fático descrito, qual seja, a violação a direitos fundamentais dos presos.

Nestas dobras, diante da altiva repercussão das críticas doutrinárias, forçoso será o enfrentamento da questão: o estado de coisas inconstitucional deve ser visto como um inimigo do estado democrático? Para parte da doutrina²⁸, na hipótese de o estado de coisas inconstitucional adquirir toda a sua potencialidade negativa, de forma a provocar a ubiquidade das declarações de inconstitucionalidade, haverá razões para buscar a delimitação de sua aplicabilidade.

Em verdade, a doutrina ainda é reticente quanto aos limites dessa utilização (quem sabe desmedida) do estado de coisas inconstitucional²⁹. Questiona-se se o STF, a despeito de sua contramajoritária função de julgar, vai tomar conta da discricionariedade dos atos administrativos do Executivo e retirar a legitimidade dos atos normativos do Legislativo. Estar-se-ia, nessa trilha, caracterizadas as decisões argumentativas? Essa tese será adiante refutada.

No desenvolvimento da pesquisa acadêmica sobre as reformas estruturais e a aplicabilidade do ECI na ordem jurídica brasileira, será utilizado o método fenomenológico-hermenêutico. Assim, pautar-se-á o estudo no cotejo das posições doutrinárias aplicáveis a cada tema desenvolvido, direcionando-se, ao final, a ilação dedutiva a partir dos resultados obtidos na experiência jurisprudencial.

No primeiro capítulo, a partir do exame das obras de Abram James e Owen M. Fiss (ambos expoentes na análise das reformas estruturais estadunidenses), serão apresentados os núcleos elementares para o desenvolvimento da teoria do

²⁸ Cf. STRECK, 2011.

²⁹ Ibid.

processo estrutural. Em seguida, serão demonstradas experiências jurisprudenciais internacionais que envolvem litígios globais, bem como a evolução da produção doutrinária correlata, com destaque para a teoria da microconstitucionalidade, desenvolvida na Argentina por Ricardo Lorenzetti.

Após transitar-se pela jurisprudência alienígena, com foco nas nuances do processo estrutural em países Americanos (Estados Unidos, Argentina e Peru), serão analisadas as decisões proferidas pela Corte Constitucional colombiana (Sentenças SU-559/1997, T-153/1998 e T-025/2004), responsáveis por conduzir e aperfeiçoar os processos estruturais sob a pioneira nomenclatura “Estado de Coisas Inconstitucional”.

O segundo capítulo, a seu turno, terá a incumbência de introduzir os elementos fáticos e jurídicos que permitiram a adoção do ECI na ordem jurídica brasileira. O primeiro deles, de importância ímpar no desdobramento deste trabalho, são os direitos fundamentais consagrados na CF/88. Estes princípios fundantes da ordem jurídica brasileira serão examinados de forma pormenorizada, transcorrendo pelo seu conteúdo essencial e possibilidade de restrição, até o exame de teorias que analisam a eficácia de suas normas. Outrossim, ainda serão abordadas no capítulo segundo as questões que tangenciam a omissão inconstitucional do legislador, um dos fatos geradores das falhas estruturais violadoras de direitos fundamentais.

No terceiro capítulo, serão demonstrados os desafios do “*structural litigation*”. Com o fito de melhor desenvolver essas ideias, serão abordados diversos temas que tangenciam a problemática, como a remodelagem da separação dos poderes, a autocontenção do Judiciário, a atuação contramajoritária dos Tribunais e os pressupostos mínimos exigíveis para a aplicação das sentenças estruturais.

Por derradeiro, no quarto e último capítulo, serão noticiados os protótipos de lides estruturais do Brasil, a exemplo dos casos do ACP o Carvão, de Brumadinho, de Mariana e da fila de cirurgia para colocação de próteses ortopédicas no Estado do Ceará. Após debatidos os elementos fáticos e jurídicos que circundam os litígios estruturais no Brasil, a ADPF nº 347/DF será examinada, notadamente quanto ao modo de internalização pelo Supremo Tribunal Federal dos *structural injunctions* no sistema jurídico pátrio.

Demonstrar-se-á qual a técnica decisória do ECI no caso do sistema carcerário brasileiro, sopesando-se o *modus operandi* utilizado pelo STF, neste caso, que o diferencia de outras decisões ativistas do Tribunal. Destarte, para além da análise esmiuçada deste processo, será ponderado se as medidas estruturantes fixadas no julgamento possuem, de fato, aplicabilidade.

De forma a subsidiar a reflexão, serão utilizados como reforço as críticas realizadas às sentenças estruturantes proferidas pela jurisprudência alienígena estudada no capítulo 1, bem como a percepção da doutrina sobre a efetividade da tese. Adicionalmente, serão pontuados os possíveis riscos de inefetividade do ECI no Brasil, notadamente em razão da latente complexidade na adoção de medidas que envolvem uma atuação coordenada de múltiplos agentes, órgãos e entidades.

Ponto essencial da dissertação - como forma de colaboração à importação de processos estruturais no Brasil - será demonstrado que a fiscalização, o diálogo institucional, a participação popular e os atos concertados previstos no Código de Processo Civil de 2015 representam instrumentos valiosos para conferir legitimidade e efetividade às decisões tomadas com azo no reconhecimento de estado de coisas inconstitucional.

1. PROCESSOS ESTRUTURAIS NO DIREITO COMPARADO

Como é consabido, a jurisdição presta-se essencialmente ao enfrentamento de problemas político-sociais que reclamam soluções jurídicas eficazes. É o que se denota das ações judiciais individuais ou coletivas, marcadas por pretensões resistidas e relacionadas mormente a fatos passados entre sujeitos processuais.

As faculdades de direito ensinaram, por décadas, que o litígio entre partes processuais demanda soluções objetivas do Poder Judiciário, conforme o brocardo da *“mihi factum, dabo tibi ius”* (“dá-me o fato, dar-te-ei o direito”), sendo-lhe constitucionalmente conferida a incumbência de indicar o vencedor e o perdedor do caso concreto. Esta, resumidamente, é a clássica visão do que se entendia até então por tutela jurisdicional.

Dissemelhantemente ao referido modelo bipolarizado de jurisdição, o processo estrutural se apresenta como uma nova concepção de litígio. Vitorelli inclui essa nova espécie de processo coletivo como parte daquilo que cunhou de “litígios irradiados”³⁰, assim classificados em razão de a violação a direitos fundamentais e valores públicos afetar, de modo desigual e variável, tanto em intensidade, quanto em natureza, uma sociedade que se subdivide em vários subgrupos, *in verbis*:

De todos os tipos de litígios coletivos, certamente os que representam o maior desafio ao desenvolvimento de um modelo processual são os irradiados. A raiz do problema, em termos simples, reside no fato de que esses litígios não são apropriados para a resolução pela via do processo. Eles envolvem um vasto grupo de pessoas afetadas de modos distintos pela controvérsia, com visões diferentes sobre como ela deveria terminar e, por isso mesmo, com interesses diversos a serem representados no processo. Esses litígios estão de tal modo entranhados na vida da sociedade que é difícil elaborar um corte que permita simplificar a realidade para fazer com que ela caiba nos estreitos limites de um processo judicial que, espera-se, chegará ao fim um dia. Em razão dessas características, os litígios irradiados têm o mais elevado grau de complexidade e conflituosidade de todos os tipos propostos. (...) A construção de uma usina hidrelétrica em região habitada, a interrupção de uma conduta ambientalmente lesiva, mas importante para o desenvolvimento da economia local são exemplos rotineiramente verificados no Brasil.³¹

³⁰ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019, p. 274.

³¹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Aqui, delinea-se a atuação contemporânea do Poder Judiciário, voltada à resolução de problemas estruturais, complexos e burocráticos, que tratam da falta de efetividade de direitos fundamentais ou valores públicos. Os processos estruturais, na classificação proposta por Vitorelli, são espécie do gênero litígios irradiados, na medida em que o seu objetivo específico reside em modificar o *modus operandi* de instituições estatais complexas, “como o sistema de saúde, ou o funcionamento de escolas e creches”.³²

Aliás, cumpre-se destacar estar de há muito ultrapassada a visão de Poder Judiciário com azo em concepções estáticas, amarradas à premissa clássica de separação dos poderes - que não mais se justifica³³. Exige-se, ao revés, que a prestação jurisdicional tenha igual serventia na resolução de problemas estruturais, avultados na transgressão a valores públicos em litígios irradiados. Esta é a nova concepção de *adjudication*, consentâneo dos litígios estruturais e canalizado ao desembaraço de arquétipos burocráticos obstadores de direitos essenciais.

Ao juiz de hoje não mais se espera o simples olhar para trás, que visa remediar fatos pretéritos com o exercício da subsunção, mas defronte, apresentando soluções perenes para solver litígios irradiados, que se protraem no tempo. Examinando a difusão desta nova estrutura processual - que não mais se limita ao litígio entre dois adversários (um afirmativo e outro negativo) -, Chayes conclui:

The litigation is often extraordinarily complex and extended in time, with a continuous and intricate interplay between factual and legal elements. It is hardly feasible and, absent a jury, unnecessary to set aside a contiguous block of time for a "trial stage" at which all significant factual issues will be presented. The scope of the fact investigation and the sheer volume of factual material that can be exhumed by the discovery process pose enormous problems of organization and assimilation. All these factors thrust the trial judge into an active role in shaping, organizing and facilitating the litigation.⁷⁷ We may not yet have reached the investigative judge of the continental systems⁷⁸ but we have left the passive arbiter of the traditional model a long way behind.³⁴

³² Cf. VITORELLI, 2016.

³³ A revisitação do princípio da independência dos poderes é brilhantemente realizada por Pasquale Pasquino em: FERREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale (2003). Rule of democracy and rule of law. In: Maravall, José María e Przeworski, Adam (ed.). *Democracy and the rule of law*, Cambridge University Press.

³⁴ CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harvard Law Review. 1281 (1976), p. 298.

Evolui-se, como propõe Chayes, da visão adversarial de lide – a partir da qual o magistrado, em prestígio aos princípios da demanda e da congruência, se vincula ao raciocínio binário de construção processual (inércia, causa de pedir, pedidos, coisa julgada, destinatários, etc.) -, para um modelo processual contemporâneo, aberto, cooperativo e dialógico.³⁵ Veja-se que o autor traz os elementos processuais de mudança e conclui que a complexidade dos bloqueios institucionais existentes acaba por conferir ao juiz *“um papel ativo que modela, organiza e facilita o litígio”*.³⁶

Está evidente, pois, que o direito processual somente apresentará resultados de larga legitimidade quando buscar o seu fundamento de validade nos direitos e garantias fundamentais da Carta constitucional.³⁷ Não por outra razão que o art. 1º do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) consagrou o princípio da supremacia da Constituição, ou, princípio da constitucionalização do código adjetivo civil.³⁸

Nesta sonda, as decisões judiciais de cunho estrutural (*“structural injunction”*) mostram-se consentâneas com a reforma estrutural do Estado (*“structural reform”*), sendo a solução encontrada pelo Judiciário de chamar à ordem as instituições e os agentes competentes para solucionar disfunções de estruturas burocráticas, reconstruindo, colaborativamente, o modo e o âmbito de atuação de cada um no arranjo político-constitucional.

Sobre o tema, Jobim defende que o processo estrutural, embora tenha a faculdade de utilizar institutos criados para reger processos bipolares e coletivos, provavelmente deverá ganhar num futuro próximo uma base teórica própria,

³⁵ Observe-se, neste sentido, que enquanto o CPC/1973 consagrava categoricamente as ideias carneluttianas de ser *“(...) defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida(...)”* (art. 460), o CPC/2015 espelha uma flexibilização ao princípio da adstrição/congruência, *ex vi* do que consta no art. 322, § 2º do novo diploma adjetivo civil: *“A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.”*

³⁶ CF. CHAYES, 1966, p. 298.

³⁷ Nas lições de Henrique Alves Pinto, *“Ao substituir obrigações por prestações, o caput do art. 497, da codificação adjetiva civil de 2015, primou por privilegiar não apenas o vínculo obrigacional, normalmente contido em uma relação contratual, como também os deveres decorrentes das leis e da Constituição Federal de 1988, sejam eles fungíveis ou infungíveis.”* In: ALVES PINTO, Henrique. A condução de decisões estruturais pelo Código de Processo Civil de 2015. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019, p. 407.

³⁸ Art. 1º do CPC/15: *O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Brasil, observando-se as disposições deste Código.*

indispensável para cessar os perenes questionamentos acerca da possível agressão das medidas estruturantes à teoria da tripartição dos poderes.³⁹

Fato é que o abissal traço diferenciador dos processos estruturais reside na indicação do aperfeiçoamento institucional (desburocratização) de entes públicos e/ou privados como condição *sine qua non* para a concretização de valores públicos. Nestas dobras, conforme preconiza Vitorelli, as lides estruturais exigem do operador do direito uma visão jurídica prospectiva e resolutiva, de sorte que a tradicional disposição do direito obrigação-violação-reparação seja genuinamente rompida, a exemplo do que se viu na *public law litigation* estadunidense.⁴⁰

Bem por isso, a correta análise da aplicabilidade das decisões estruturais no Brasil - notadamente com o hodierno reconhecimento de ECI pelo STF - pressupõe um acurado revolvimento histórico dos litígios estruturais, a partir da compreensão sobre a origem, evolução e resultados obtidos por este modo de atuação irradiado da jurisdição constitucional.

1.1 Origem da *Structural Injunction* no direito norte-americano.

Pode-se afirmar que os processos estruturais, tal como presentemente compreendido, têm nascedouro no sistema jurídico dos Estados Unidos.⁴¹ Os Tribunais norte-americanos foram pioneiros no uso de liminares estruturais, por intermédio das quais eram prescritas regras para a resolução de burocracias governamentais. A implementação dessas regras, acreditavam os juízes, eliminaria as violações constitucionais nos fundamentos dos processos.

³⁹ JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019, p. 647.

⁴⁰ Cf. VITORELLI, 2019, p. 271.

⁴¹ Neste sentido, Mark Tushnet defende que remédios estruturais são típicos das Cortes Judiciais norte-americanas. Imergindo na análise da *structural injunction*, o professor da Harvard Law School defende que as experiências estadunidenses (segregação, presídios, hospitais), bem como o caso dos deslocados na Colômbia, demonstram que os remédios estruturais tendem a ter um início “fraco” na sua implementação, desenvolvendo-se com o tempo. Duas seriam as razões para a aplicabilidade das decisões estruturais iniciarem de forma “fraca”: 1. A resistência política que leva à frustração judicial; e 2. O fato de os tribunais precisarem verificar, na prática, quais os tipos de decisões estruturais estratégicas que possuem efetividade, isto é, que funcionam melhor ou pior. Veja-se que essa segunda resistência descrita por Tushnet é precisamente o fato gerador da “técnica da tentativa-erro-acerto” sugerida por Owen M. Fiss. In: TUSHNET, Mark. *Responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement*. Harvard international law journal. April, 2012, vol. 53, pág.161. Disponível em: <https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf>. Acesso em: 28. jul. 2019.

Neste sentido, copiosas decisões proferidas no século XX pela Suprema Corte estadunidense são adotadas pela doutrina para explicar a concepção e a evolução da *Structural Injunction*, tendo como baluarte as decisões exaradas no caso “*Brown v. Board of Education of Topeka*”⁴², que tinham como plano de fundo a segregação racial no sistema educacional norte-americano.⁴³

Contudo, para além da umbilical conexão do caso Brown com a tomada de decisões estruturantes, é salutar - em busca de uma melhor percepção acerca da *adjudication* - que se faça um prévio revolvimento cronológico da conjectura na qual a marginalização dos negros norte-americanos esteve inserida.

A escravidão nos Estados Unidos (especialmente de africanos e afro-americanos) foi aceita e defendida, inclusive institucionalmente, desde o período colonial (1520), até os anos de seu apogeu, nos séculos XVIII e XIX. Sem dúvida, hoje é possível inferir que a base da utilização de pessoas como propriedade foi reflexo direto da ambição humana pela prospecção e acumulação de riquezas.

Veja-se que, já em meados da década de 1850, havia uma clarividente divergência federativa acerca da continuidade da escravidão no país: de um lado, o Estados do norte, economicamente voltados ao comércio, apoiavam a abolição da escravatura como forma de alargamento do nicho consumidor; de outro, os Estados do sul, ainda apoiados na produção agrícola (sobretudo de algodão), defendiam fervorosamente a escravidão, dada a necessidade de força de trabalho para produzir insumos com baixo custo.⁴⁴

⁴² Caso “Brown 1”: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Suprema Corte*. 347, 1995. Caso “Brown 2”: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Suprema Corte*. 349, 1995.

⁴³ Embora concorde com a usual indicação dos casos Brown para categorizar o *public interest litigation*, Jordão Violin faz interessante crítica, na qual destaca outros casos de igual relevância - a exemplo de Holt v. Sarver-, para explicar o desenvolvimento do structural litigation. Segundo o autor, “Especialmente durante as décadas de 1950 e 1960, quando a Suprema Corte norte-americana esteve sob a presidência de Earl Warren, o Judiciário engajou-se na reconstrução da realidade Social. Esses casos constituem um acervo riquíssimo para a compreensão dos limites e possibilidades do processo estrutural”. VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019, p. 502.

⁴⁴ Para se ter uma ideia, as treze Colônias norte-americanas tinham respaldo legal, quando da Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776, para fomentar a prática de discriminação racial entre seus nacionais. Não foi por outra razão que a deflagração da décima terceira emenda da Constituição, que “aboluiu” a escravidão nos Estados Unidos, em 1865, sofreu forte resistência de praticamente metade dos Estados estadunidenses.

Neste mesmo período – mas já no âmbito judicial, a Suprema Corte amiudadas vezes referendou atos discriminatórios praticados pelos Estados federados, pautando-se no silogismo de que a escravidão seria um instituto protegido pela própria Constituição, a exemplo do que se viu no paradigmático caso *Dred Scott v. Stanford (1857)*.⁴⁵

Dred Scott era um cidadão norte-americano, conhecido por ter guerreado, junto ao Poder Judiciário, pela fruição do direito constitucional à liberdade e à igualdade. A ideia desenvolvida na ação ajuizada por Scott era clara e objetiva: o autor reconhecia a sua antecedente condição de escravo no Estado de Missouri, mas defendia que a ulterior modificação de sua residência para Estados que proibiam a escravidão teria a aptidão de abolir em definitivo a inicial qualidade de propriedade, isto é, o autor deveria ser considerado homem livre, ainda que do seu retorno a Estados escravicionistas.

Bem por isso, ao regressar para o sul dos Estados Unidos e ter a sua liberdade de logo contestada, Scott litigou contra a viúva de seu antigo proprietário, saindo vencedor em primeira instância, no ano de 1850. Contudo, no segundo grau de jurisdição, a decisão vestibular foi reformada e a Corte estadual decidiu que Scott permaneceria escravo (tese da propriedade familiar), já que teria retornado a Estados do sul por ato voluntário, com deliberada consciência dos riscos envolvidos.

Em seguida, o caso é levado à Corte Federal (1854) e, em grau de recurso, a Suprema Corte norte-americana (1857) exarou, por maioria de votos, a infeliz decisão segundo a qual a Constituição não conferia aos negros (livres ou não) a condição de cidadãos, os quais sequer detinham capacidade de ser parte na jurisdição norte-americana. Nessa perspectiva, ao afirmar expressamente que Scott seria um “*negro slave*”, e deveria permanecer “*lawful property of the defendant*”, a Corte ainda extirpou o acesso do autor à tutela jurisdicional.⁴⁶

⁴⁵ TANEY, Roger B.; Cornell University. *Dred Scott v. Sandford* - 60 U.S. 393. *Opinion of the Court - Supreme Court of the United States*. Law School: Legal Information Institute. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/60/393>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

⁴⁶ Curial destacar que a tese da Suprema Corte foi alicerçada pela observância do devido processo legal substantivo. Segundo a maioria da Corte (conduzida pelo Justice James Wayne) não seria razoável que o proprietário de Scott perdesse a sua qualidade de dono sem que se respeitasse o “*due process of law*”. Os fundamentos da Suprema Corte, bem como os efeitos da decisão podem ser encontrados em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/>>. Acesso em: 10 set. 2019.

Neste período de legitimação social e judicial da escravidão, o reclamo social da abolição da escravatura nos Estados Unidos ecoou como nunca.⁴⁷ Em 1860, com o aval dos Estados do norte (não escravicionistas), o republicano Abraham Lincoln, igualmente avesso ao modelo esclavagista, foi eleito presidente norte-americano, dividindo o país em dois grupos: os Estados escravicionistas e os abolicionistas.

Após a eleição de Lincoln, e em manifesta rejeição aos seus ideais de igualdade racial, onze Estados firmaram secessão em face da União com a criação dos Estados Confederados da América.⁴⁸ A consequência não poderia ser outra: em 1861 iniciou-se nos Estados Unidos a trágica guerra de secessão, que perdurou até o ano de 1865, quando Lincoln se aproveitou-se da derrota dos Estados do sul (escravicionistas) para reformar a Constituição (emendas 13^a, 14^a e 15^a) e abolir expressamente a escravidão no texto constitucional.

O período compreendido entre 1865 (término da guerra de Secessão) e 1877 (compromisso de 1877) foi denominado pela doutrina de “primeira reconstrução”, caracterizado pelas profundas mudanças nas relações raciais, com a inserção dos negros em nível social, legal e judicial. Diversos direitos civis (propriedade, liberdade de contratar, elegibilidade, etc.) foram estendidos àqueles que antes viviam à margem da sociedade norte-americana.

Todavia, inúmeros episódios futuros mostraram que a abolição de 1865 não era medida suficiente para gerar igualdade de direitos entre os cidadãos americanos. O interregno da primeira reconstrução, pois, representou tão somente num efêmero sopro de igualdade.

Isso porque, quando finalmente se conseguiu extinguir a prática da escravidão (13^a emenda), adveio a criação de regulamentos jurídicos que

⁴⁷ Bruno Dantas endossa que a decisão do caso Dred Scott desencadeou veementes reações nos estados do norte não escravagista. Segundo o jurista, “A eloquência do voto dissidente — e a posterior renúncia ao cargo na Suprema Corte — do justice Benjamin Curtis se transformaram em mote da campanha abolicionista e circulou em panfletos país afora, servindo de inspiração para discursos ácidos de Abraham Lincoln, o que lhe deu visibilidade nacional e viabilizou que em 1860 fosse eleito presidente da República”. In: DANTAS, Bruno. *Política, Constituição e a Suprema Corte dos Estados Unidos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/bruno-dantas-politica-constituicao-suprema-corte-eua>. Acesso em: 02 mar. 2019.

⁴⁸ Em 1861, 15 dos 23 Estados norte-americanos eram favoráveis à escravidão. A guerra de secessão, que dizimou mais de 2% da população americana, foi deflagrada por 11 dos 15 Estados defensores das práticas escravicionistas.

possibilitavam a adoção de interpretações constitucionais adeptas à divisão racial. Mesmo com a abolição da escravatura, houve resistência. Os Estados (sobretudo os localizados na parte sul dos Estados Unidos) se negavam a cumprir o comando constitucional abolicionista. Em síntese, a escravidão saiu de cena para a entrada de uma nova forma de discriminação racial: a segregação.

Ao examinar esse arquétipo de “*aparthaied*” norte-americano, Mariela Puga apontou, em detalhes, as razões de fato e de direito que alicerçaram o retrocesso social racial nos Estados Unidos.⁴⁹ A autora destaca, dentre outros, dois fatores vitais para a segregação racial estadunidense: (i) A regulação segregacionista das leis Jim Crow; e (ii) A desagregação racial como estratégia política.

A alcunha “*Leis Jim Crow*” foi a denominação conferida ao conjunto de leis locais e estaduais que fomentaram a segregação racial nos Estados Unidos no período de 1876 a 1965.⁵⁰ Foram leis que tinham por escopo salvaguardar os interesses ainda escravicionistas de parte da sociedade norte-americana, mas de forma velada, “adequada” à 13ª emenda constitucional.

A gênese dessas leis era separar negros e brancos, difundindo a máxima do “*Separate but equal*” (“separados mas iguais”) em nome da “supremacia branca” e para evitar a famigerada ideologia do perigo da dominação negra. Não havendo mais amparo constitucional para a escravização, a solução adotada pelos Estados (sobretudo os do sul) foi promulgar leis que mantivessem os negros marginalizados da sociedade, privando-os de direitos civis e políticos.

Puga chamou tais leis *Jim Crow* de “regulações jurídicas”. O objetivo destes normativos (locais e estaduais) foi implementar políticas públicas de diferenciação racial sem ferir a 13ª emenda. Logo, para que a divisão da sociedade em castas

⁴⁹ PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown v, Board of education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019, p. 94.

⁵⁰ O termo “Jim Crow” advém da canção “Jump Jim Crow”, cantada e dançada pelo ator Thomas Dartmouth Rice, na qual personagens negros eram pejorativamente caricaturados. A partir da década de 1830 o nome “Jim Crow” resultou numa forma negativa de se referir aos negros. Daí porque as leis dos Estados do sul que difundiam a segregação racial nos Estados Unidos ganharam a popular denominação de Jim Crow laws (“leis Jim Crow”). In: BARNES, Catherine A. *Journey from Jim Crow: The Desegregation of Southern Transit.*, New York: Columbia University Press. 1983. p. 313. Disponível em: < <https://conservancy.umn.edu/handle/11299/164518>.> Acesso em: 04 out. 2018.

lograsse êxito, os governantes segregacionistas necessitavam ainda da chancela judicial, já que as leis teriam de passar pelo crivo do controle de constitucionalidade.

Infelizmente, os regramentos segregacionistas foram reiteradas vezes respaldadas pelas Cortes. Evidenciando tal legitimação judicial, Puga destaca:

Las cortes de justicia, por su parte, jugaron um rol clave em la construcción de la racionalidade jurídica que legitimó las regulaciones segregacionistas. Sistemáticamente acomodaron éstas y las demás reglas Jim Crow a los estándares constitucionales vigentes de las enmiendas 13 (prohibición de esclavitud), 14 (ciudadanía e igualdad ante la ley) y 15 (derecho al voto sin distinción de raza), así como a la recientemente sancionada Ley de Derechos Civiles.⁵¹

O caso *Plessy v. Ferguson* ilustra bem a forma pela qual o Poder Judiciário norte-americano corroborou com o retrocesso da matéria racial no país.⁵² Cuidou-se de processo judicial em que a Suprema Corte decidiu que a lei do Estado de Lusiana, ao determinar a separação por raça em locais e serviços públicos não confrontaria a 14ª emenda (igualdade perante a lei). Segundo decidiu a Corte, na utilização do serviço público de trem, a separação de passageiros brancos e negros em vagões distintos não denotaria a discriminação racial, é dizer, não seria uma forma de tratamento desigual.

Como se vê, os juízes estadunidenses, ao se utilizarem de técnicas hermenêuticas para legitimar a constitucionalidade das leis Jim Crow, contribuíram com a construção de uma racionalidade judicial segregacionista, tratando desigual os iguais, com distinções na esfera política, econômica e das garantias processuais.

Aliás, o caso *Plessy v. Ferguson* é iterativamente citado na doutrina para demonstrar o conluio interpretativo que se fixou entre o Legislativo e o Judiciário para amordaçar a igualdade substancial entre os cidadãos norte-americanos. Noutras palavras, a efetiva concretização dos direitos positivados no texto constitucional foi arrefecida pela atuação simultânea do Legislativo e do Judiciário, o que prolongou sobremaneira a duração do estado de coisas inconstitucional (por violação ao postulado máximo da isonomia) nos Estados Unidos.

⁵¹ PUGA, op., cit., p.96.

⁵² *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537), de 1964.

Ademais, consoante acima mencionado, para além das leis *Jim Crow*, interesses políticos da elite dominante norte-americana constituíram fatores preponderantes para a manutenção da divisão por castas. Bem por isso, defende Puga que o maior problema da comunidade negra não era o grupamento normativo segregacionistas (regulações jurídicas), mas notadamente a cultura estadunidense de administrar socialmente uma comunidade radicalmente desigual.⁵³

Fincada nessa premissa, expõe a autora três significativos problemas que verdadeiramente restringiam o exercício de direitos constitucionais pelos negros: (i) limitações ao direito de voto (“*Grandfather clause*”)⁵⁴; (ii) a exploração econômica⁵⁵; e (iii) as práticas de violência privada⁵⁶. A junção de todos esses fatores, somados às leis *Jim Crow* e à legitimação do Poder Judiciário, portanto, compuseram os motivos pelos quais a segregação racial enraizou-se nos Estados Unidos.

A maior barreira enfrentada pelos negros norte-americanos não foi a edição das segregacionistas leis *Jim Crow*, tampouco o descaso do Judiciário. A imediata concretização da sonhada igualdade material (pós abolição da escravatura de 1865) foi dificultada, em verdade, pelo contaminado sistema político-social do país. Isso porque os negros não gozavam de representatividade política, não detinham a riqueza econômica necessária para influenciar nas decisões do Estado, eram reiteradas vezes alijados das garantias processuais e, não obstante todos esses fatores, ainda experimentavam reiteradas práticas de violência privada.

Tão somente em 1933, após a adoção do “*New Deal*” pelo presidente Franklin D. Roosevelt, as práticas segregacionistas começaram a, de fato, sucumbir. Implementada a nova política econômica do país e superada a crise de 1929, os

⁵³ PUGA, Mariela. *Litigio Estructural*. Tese de Doutorado. 329 p. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.

⁵⁴ A “grandfather clause” (“cláusula do avô”) condicionava, para o exercício da capacidade eleitoral ativa, a comprovação da alfabetização e da aquisição de propriedade nos Estados Unidos. A cláusula só excluía de tais exigências àqueles que tiverem tido parentes ascendentes (avôs) com capacidade de votar antes da Guerra Civil. Nesse contexto, a massiva população negra era analfabeta, não dispunha de propriedades e seus ascendentes eram escravos. Por evidente, tais regramentos tinham o condão de mitigar, por via transversa, a representatividade política dos negros nos Estados Unidos.

⁵⁵ Os negros norte-americanos enfrentavam sérias dificuldades para ascensão econômica. Sofriam com os contratos de dívida (equiparáveis a uma perene servidão), eram economicamente explorados pelos burgueses e, em sua maioria, viviam na linha da pobreza, sem perspectiva de melhoria.

⁵⁶ Não eram raros os casos de violência privada neste período de segregação racial. A comunidade negra vivia amedrontada com os atos perseguição, violência e opressão dos extremistas.

negros começavam a demonstrar, mormente nos Estados do norte, um crescente empoderamento político-econômico.

Protestos e boicotes pela igualdade de tratamento cada vez mais ganhavam a empatia da sociedade e dos governantes dos Estados Federados. Os ideais civilizatórios eram outros e os movimentos sociais negros clamavam pela igualdade substancial perante a lei, deixando a situação política das autoridades públicas insustentável.⁵⁷ Com efeito, sem embargo da resistência que ainda persistia nos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário cuidou de pôr fim à crônica segregação racial institucional norte-americana. E o episódio escolhido para tal mudança de paradigma não poderia ser outro que não o multicitado precedente *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954 (casos Brown I e Brown II).

Brown v. Board of Education é denominação conferida à junção de cinco processos judiciais que objetivavam pôr fim à segregação racial em escolas públicas dos Estados Unidos. Na década de 1950, Depois do caso Plessy, vários Estados estadunidenses reconheciam que negros e brancos não deveriam receber a mesma oferta de serviços públicos. No caso da educação escolar básica, além da institucionalização de escolas separadas, a dessemelhança na qualidade do ensino ofertado era claro reflexo da marginalização dos negros no país.⁵⁸

É nesse contexto que, em 1951, ganha ampla repercussão social o evento da criança Linda Brown, à época com oito anos de idade, que foi proibida de frequentar escolas públicas em Topeka, Estado do Kansas, porque era negra. A única opção oferecida para Linda era locomover-se para as longínquas escolas que aceitavam estudantes negros (a exemplo da *Monroe School*), situadas a dezenas de quarteirões de sua residência.

⁵⁷ A *National Association for the Advance of Colored People (NAACP)* consagrou-se, na década de 1950, como a instituição responsável pelas maiores lutas raciais dos Estados Unidos. A Associação deflagrava campanhas contra as regras segregacionistas então vigentes, em consentâneo com as políticas democráticas do *New Deal*. Sem dúvidas, a maior vitória da NAACP ocorreu em 1954 com a decisão do Caso Brown I pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

⁵⁸ Ensina Chemerinsky que as escolas para brancos tinham um professor para cada vinte alunos, enquanto que as escolas para negros dispunham de um professor para cada quarenta e sete alunos. A estrutura das escolas também era destoante: nas escolas para brancos, as paredes eram de tijolo e estuque, já nas escolas de negros, as paredes eram formadas de madeiras podres. In: CHEMERINSKY, Erwin. *The case against the Supreme Court*. New York: Viking, 2014. p. 39.

Diante dessa caótica situação, Oliver Brown, pai de Linda, tentou matricular a filha numa escola mais próxima, a *Sumner School*, não tendo logrado êxito por se tratar de escola exclusiva para crianças brancas. O inconformismo pela recusa fez com que Oliver Brown procurasse a NAACP, organização civil que levou o caso ao Poder Judiciário no Estado do Kansas. A decisão judicial de primeiro grau, porém, foi defensiva e tão somente aplicou ao processo a jurisprudência segregacionista firmada no caso *Plessy v. Ferguson*.⁵⁹

Daí então, no ano de 1952, bate à porta da Suprema Corte norte-americana o mais enigmático caso sobre a segregação racial nas escolas públicas dos Estados Unidos: *Brown v. Board of Education of Topeka* (caso Brown). O processo é distribuído ao *Chief Justice* Frederick Vinson, que decidiu apensar o caso Brown, por pertinência temática, ao caso *Briggs v. Elliott* (relacionado à aferição da juridicidade de determinada lei segregacionista em escolas públicas localizadas no Estado da Carolina do Sul).⁶⁰

Em 1953 Frederick Vinson falece e quem assume como *Chief Justice* é o político Earl Warren, indicado pelo então Presidente Dwight Eisenhower. O papel de Warren no caso Brown é determinante.⁶¹ Em meio a um colegiado dividido, Warren profere um voto condutor, por meio do qual destacou que a segregação racial nos Estados Unidos violava a própria essência da 14ª Emenda, já que o espírito do parlamento seria o de firmar a igualdade dos seres - e não a separação das raças, *in verbis*:

Apesar de poderem ser iguais os fatores tangíveis, a segregação de crianças nas escolas públicas apenas por motivo racial priva grupos minoritários destas iguais oportunidades educacionais [...]. Separá-las [as crianças negras] das outras crianças de idade e de qualificações similares somente por causa da raça cria um sentimento de inferioridade em sua posição na comunidade que pode afetar seus corações e mentes em uma maneira que pode jamais ser desfeita. Os efeitos dessa separação nas oportunidades educacionais foram bem demonstrados no julgamento de um

⁵⁹ KLINKNER, Philip A.; SMITH, Rogers M. *The unsteady march: The rise and decline of racial equality in America*. Chicago: University of Chicago Press, 1999, p. 236.

⁶⁰ Para além do litígio envolvendo Linda Brown, outros processos sobre segregação racial nas escolas norte-americanas foram deflagrados, a exemplo daqueles que envolviam os Estados de Virgínia, Kansas, Delaware e Carolina do Sul.

⁶¹ COMPSTON, Christine L. *Earl Warren: Justice for all*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 13.

caso pela Corte de Kansas, a qual, no entanto, sentiu-se compelida a decidir contra o pedido dos negros⁶².

Dai porque, em 1954, por unanimidade dos votos, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu pela procedência dos pedidos contidos na ação do “caso Brown I”, determinando o fim da segregação racial nas escolas públicas⁶³ e pondo fim, ao menos no âmbito do dever ser (produto da vontade Kelseniana), à tormentosa doutrina até então vigente dos “separados mas iguais”.

Malgrado, a decisão do caso Brown I, conquanto digna de aplausos por modificar erros antigos nos decisórios da Suprema Corte, não dispunha de determinações específicas para o cumprimento do seu fim. Isto é, viu-se que a efetividade do caso Brown I exigiria dos *Justices* a implementação de mudanças estruturais, suficientes para desfazer a secular cultura escravocrata e segregacionista dos Estados Unidos.

Aliás, afora a questão cultural, os plexos de interação social, político e econômico não seriam, por certo, decompostos automaticamente após o mandamento dos *Justices*. É a partir dessa percepção fática que a Corte deliberou, já no caso Brown I, acerca da provável necessidade de implementação de decisões estruturantes, as *structural injunctions*, para fins de conferir concretude a decisões de complexa exequibilidade.

Fato é que os Tribunais estadunidenses receberam uma missão árdua a partir do caso Brown I: consolidar valores públicos e reverter a visão ainda segregacionista de sociedade e governo preconceituosos, o que demandou a criação de arranjos processuais aptos a mitigar problemas estruturais. Para tanto, vários compromissos deveriam ser assumidos e as organizações precisariam avocar tarefas complexas.

⁶² KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. cit., p. 161; SOUTO, João Carlos. Op. cit., p. 124. O voto original: KUTLER, Stanley I. Op. cit., p. 549-552.

⁶³ “Today, education is perhaps the most important function of state and local governments. Compulsory school attendance laws and the great expenditures for education both demonstrate our recognition of the importance of education to our democratic society. It is required in the performance of our most basic public responsibilities, even service in the armed forces. It is the very foundation of good citizenship. Today it is a principal instrument in awakening the child to cultural values, in preparing him for later professional training, and in helping him to adjust normally to his environment. In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education. Such an opportunity, where the state has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms”. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. 347, 1954.

Projeta-se, a partir de então, a implementação dos processos estruturais, que responsáveis pela emanção de decisões judiciais em cascata, acompanhadas de planos de ação e metas de cumprimento. O escopo das decisões judiciais em processos estruturais, a partir de então, é ampliado para atingir difusamente múltiplos atores.

Com o uso da *structural injunction*, o Poder Judiciário norte-americano deixa de ser um mero executor de ordens e passa a integrar, ainda que casuisticamente, a estrutura de governo⁶⁴. Segundo aponta Jobim “O rompimento com o passado no caso Brown foi tamanho que a Suprema Corte dos Estados Unidos, no corpo da opinião do caso, consignou que o tribunal novamente se reuniria para ver a real evolução do que ficou decidido”.⁶⁵

Nessa toada, Owen Fiss leciona que a consecução da efetividade substancial do caso Brown I demandou um enorme esforço da Suprema Corte, que precisou encontrar alternativas para modificar uma realidade social dominante até então. Segundo o autor, vários empecilhos inerentes ao cumprimento da decisão deveriam ser considerados, a exemplo das novas exigências para a escolha de professores, dos critérios necessários para a construção de escolas e do desafio de implementação de um sistema de transporte público não discriminatório.⁶⁶

Não por outra razão que Fiss propõe a divisão da *adjudication* em dois grupos: o “*dispute resolution*” e o “*structural litigation*”. Este segundo, relaciona-se a atuação conjunta dos Poderes para dizimar problemas burocráticos do Estado, de forma que a utilização da *structural reform* seja efetiva para a consecução dos valores públicos almejados.

Ao examinar especificamente os anseios dos *Justices* para atribuir substancial aplicabilidade a decisão Brown I, de forma a não torná-la puramente simbólica, Fiss afirma que, nos Estados Unidos, a clássica *adjudication* tornou-se

⁶⁴ FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2007.

⁶⁵ JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2013. p. 84.

⁶⁶ Em reflexão, Fiss aponta: “This effort required the courts to radically transform the status quo, in effect to reconstruct social reality. The courts had to overcome the most intense resistance, and, even more problematically, they had to penetrate to restructure large-scale organizations, public school systems”. In: FISS, Owen. “*The forms of justice*”. Harvard law review, vol. 93, n. 1, 1979, p. 3.

inócua em determinadas situações complexas⁶⁷, como a necessária transformação de "sistemas escolares duplos" em "sistemas escolares unitários e não-raciais". Não por outra razão que é proferida em 31 de maio de 1955 (um ano após a decisão do caso Brown I), também pela Suprema Corte, a decisão judicial cunhada de "caso Brown II"⁶⁸, sendo este o mais citado *leading case* sobre os processos estruturais no direito comparado.

Ato contínuo, os processos estruturais nos Estados Unidos não se limitaram aos casos de segregação racial. O processo judicial de maior relevo sobre mudanças estruturais no sistema carcerário norte-americano trata das prisões do Arkansas, a partir do julgamento do caso *Holt v. Sarver* (caso Holt), em 1969.⁶⁹ Como ensina Volin⁷⁰, o caso Holt não tratou de um litígio unitário, mas de um conjunto formado por pelo menos seis causas, entre ações e recursos (*Holt v. Sarver, Holt v. Sarver II, Holt v. Hutto, Finney v. Arkansas Board of Corrections, Finney v. Hutto e Finney v. Mabry*).

No final da década de 60, inúmeras foram as violações a direitos de pessoas mantidas sob a custódia do Estado do Arkansas, mais especificamente nos estabelecimentos penais de *Cummins* e *Tucker*: superlotação, trabalho forçado na agricultura (seis vezes por semana e dez horas por dia), precariedade de vestimentas, abusos sexuais, mortes, falta de assistência médica, tortura (*ex vi* do "Tucker Telephone"), etc.

Em resumo, os presidiários de Arkansas (i) denunciavam que as autoridades estatais adotavam práticas inconstitucionais e que medidas deviam ser impostas para impedir que essas práticas perdurassem; (ii) exigiam a criação de uma agência para fiscalizar o comportamento dos guardas, sobretudo nos interrogatórios; (iii) pleiteavam novos procedimentos para averiguar se os prisioneiros, de fato, fizeram

⁶⁷ FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure*. New York: Foundation Press, 2003. p. 289.

⁶⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Suprema Corte*. 349, 1995.

⁶⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital de Arkansas. 309 *F. Supp.* 362 (E.D. Ark. 1970) February 18, 1970. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/309/362/2096340/>>. Acesso em: 22.set. 2019.

⁷⁰ Volin também esclarece que, diferentemente do caso *Brown, Holt v. Sarver* não tratou de episódio inédito no país. Antes mesmo do caso Holt, inúmeras outras ações judiciais perquiriram o reconhecimento de direitos de presos. Todavia, é esclarecido que, de fato, o caso Holt é paradigmático, porquanto fora o primeiro caso em que todo o sistema prisional de um Estado teve a sua constitucionalidade levada à juízo. Cf. VIOLIN, 2019.

algo de errado para se submeter ao confinamento solitário e, caso positivo, qual o tempo máximo de duração; (iv) suscitavam pelo aumento da capacidade dos presídios, de forma a evitar a superlotação dos dormitórios.

Diante das reiteradas acusações dos custodiados, o problema dos maus tratos nos presídios norte-americanos ganhou repercussão em todas as esferas de Poder. Forte nesses motivos, três detentos (Lawrence Holt, Travis Fields e George Overton) ajuizaram coletivamente uma ação contra Robert Sarver, então chefe da Comissão de correções, questionando sobre a constitucionalidade dos maus tratos cometidos aos presos em Arkansas. Surge então o emblemático *Holt v. Sarver*.

Neste caso, afeto à reforma dos presídios, a atuação proativa do juiz J. Smith Henley ganhou elevado destaque. O magistrado de primeiro grau decidiu que o sistema prisional do Estado de Arkansas seria inconstitucional, razão pela qual foram fixadas diversas diretrizes para obrigar o Poder público a adotar medidas imediatas para salvaguardar a dignidade dos presos. A cada caso julgado por Henley, novas questões envolvendo o sistema prisional do Arkansas eram solucionadas, suporte fático que provavelmente deu causa à ideia de “*decisão em cascata*” desenvolvida por Owen Fiss na consagrada obra “*The forms of justice*”.

Para Fiss, o caso Arkansas pretendeu resolver, basicamente, três problemas na operação dos presídios estadunidenses: a tortura, a solitária e o próprio sistema prisional. Segundo relata, a curial relevância do caso deve-se à abrangência do decisório, que beneficiou inúmeros outros prisioneiros custodiados nos Estados Unidos.⁷¹ O elemento diferenciativo das decisões de Henley no caso Holt é a delegação de atribuições. O magistrado, embora tenha apontado violações ao texto constitucional, se preocupou basicamente em indicar quais as soluções mais indicadas para resolver cada um dos bloqueios institucionais apresentados no caso.

Como bem destaque Violin, ao invés de determinar ações, o juiz oportunizou ao Estado o prazo para a apresentação de um plano de ação, de forma que fossem demonstradas as medidas que estariam ao alcance do Poder público naquele momento para mitigar a situação de inconstitucionalidade apresentada. Nos dias

⁷¹ FISS, Owen. To make the Constitution a living truth. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix(Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 32.

atuais, o fundamento levantado por Henley lembra a tese da reserva do possível, usualmente alegada nas peças de defesa dos Estados Federados. A respeito das medidas estruturais indicadas na decisão de Henley, Arenhart:

A partir da inovadora decisão do juiz J. Smith Henley, e reconhecida a inconstitucionalidade do sistema prisional existente naquele Estado, estabeleceu-se várias diretrizes para a humanização dessas prisões, com a obrigação de se apresentar relatórios periódicos a respeito da implementação de tais medidas. Um ano mais tarde, o mesmo magistrado impôs ao comitê prisional do Arkansas a criação de um plano de ação (Holtv. v, Sarver II, 309 F. Supp. 362), seguindo-se ainda outras ordens, na tentativa de evitar o emprego de medidas inumanas ou penas desmesuradas. Essa discussão sobre as condições dos presídios naquele Estado norte-americano ainda perdurou por aproximadamente doze anos, mas o tratamento dado à questão desde o início demonstra exatamente o cerne da preocupação das decisões estruturais.⁷²

Após a apresentação pelo Poder Executivo dos relatórios exigidos na decisão do caso Holt I (sobre os melhoramentos das condições de custódia dos presos no Estado do Arkansas) Henley se pronunciou negativamente, no sentido de que as medidas adotadas não atenderiam minimamente as expectativas do Poder Judiciário. Por este motivo, o magistrado optou por reunir oito ações judiciais sobre os presídios estadunidenses (caso *Holt II*), de forma a instruir um novo processo, de cunho estrutural, abrangendo todo o sistema prisional de Arkansas.

Em Holt II, a Suprema Corte julgou inconstitucional o sistema prisional estadual do Arkansas:

The evidence is to the effect that the State supplies its convicts with nothing but the bare necessities of life; no niceties are supplied. Granted, that the State may not be required constitutionally to make it possible for a convict to live comfortably, its failure to do so certainly operates to lower inmate morale. A man who gets only one toothbrush and one tube of toothpaste, who is supplied with no towels, and with insufficient socks and underclothing, and who is required to sleep night after night on filthy bedding is certainly not stimulated to take any pride in himself or to try to be a good inmate of the Penitentiary to say nothing of being a good citizen in the free world when he is released. The peril and the degradation to which Arkansas convicts are subjected daily are aggravated by the fact that the treatment which a convict may expect to receive depends not at all upon the gravity of his offense or the length of his term. In point of fact, a man sentenced to life imprisonment for first degree murder and who has a long criminal record may expect to fare better than a country boy with no serious record who is sentenced to a term of two years for stealing a pig. It is one thing for the State to send a man to the Penitentiary as a punishment for crime. It is another thing for the State to delegate the governance of him to other

⁷² ARENHART, op. cit., p. 391.

convicts, and to do nothing meaningful for his safety, well being, and possible rehabilitation.⁷³

Nota-se que os substratos utilizados em *Holt II* são relevantíssimos para o rápido desenvolvimento da teoria dos processos estruturais nos Estados Unidos. Dela, se extrai, por exemplo, a obrigação de se indicar qual o conteúdo de um valor fundamental de assento constitucional. Em verdade, conquanto os efeitos do comando judicial inicial fossem incipientes, Henley cuidou de proferir, logo em seguida, uma decisão suplementar, cobrando ao Estado de Arkansas a rápida adoção de medidas específicas para o cumprimento da primeira ordem judicial.

Como se observa, o formato do processo estrutural nos Estados Unidos evolui sobremaneira nas décadas de 60 e 70, muito, aliás, em razão da conexão de dois fatores: a judicialização de casos paradigmáticos (p. ex. casos *Brown* e *Holt*) e o posicionamento inovador dos *Justices* que compunham a Suprema Corte. A *structural injunction*, enfim, ganhou identidade própria, passando a balizar a criação de novos modelos estruturais nas Cortes Constitucionais do Sul global.⁷⁴

1.2 Evolução das reformas estruturais no direito comparado.

Como se viu, a década de 1970 foi marcada pela afirmação das *structural reforms* no direito norte-americano. A cada caso apresentado à Corte, o conteúdo das decisões era aprimorado, de modo que a execução das ações planejadas e o controle dos resultados esperados ganhavam, paulatinamente, novos contornos. Sem dúvidas, a mola propulsora dos litígios estruturais nos Estados Unidos foi o reiterado descumprimento de obrigações impostas aos órgãos públicos estaduais e municipais. De um lado, o estado de coisas ganha contornos difusos; do outro, as ordens judiciais incorporam traços de estruturalidade.

⁷³ Cf. Corte Distrital do Arkansas, caso *Holt v. Sarver*, 309 F (1970).

⁷⁴ Mais recentemente, em 2011, o famoso caso *Brown v. Plata*, relativo ao sistema carcerário da Califórnia, também foi decidido pela Suprema Corte norte-americana. No caso, a Suprema Corte declarou constitucional a ordem emitida por Corte distrital colegiada da Califórnia (*Three-judge Court*) no sentido de que o Estado limitasse a população prisional a até 137,5% da capacidade dos presídios, o que representaria a soltura de 46 mil detentos, por entender que a medida foi necessária para e mediar as graves violações constitucionais constatadas. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em: 04. Jul. 2019.

Dito isto, é de se convir que, inegavelmente, os problemas estruturais não atingiriam exclusivamente a sociedade estadunidense. Diversos países do mundo oriental e ocidental - sobretudo os de menor índice de desenvolvimento humano (IDH) - toleram copiosas infrações a direitos fundamentais de sua população. Nessa medida, não são poucas as nações que necessitam de métodos resolutivos estruturais, tal como os utilizados pelo sistema anglo-saxão nas últimas décadas.⁷⁵

Bem por isso, o exame acurado sobre a evolução dos processos estruturais, notadamente quanto à efetividade das medidas aplicadas frente às burocracias governamentais, pressupõe a prévia observação das experiências do direito comparado. Como bem destaca Zanetti Jr.⁷⁶, os exemplos estão relacionados a temas diversos, como a extinção da política de separação racial (caso Brown), o combate à poluição ambiental (casos “Mendoza”, Rio Doce e ACP do Carvão), a reforma dos presídios e do tratamento dado aos custodiados (casos Arkansas, Verbitsky e FUNPEM), e a garantia à educação pré-escolar⁷⁷ (caso da falta de vagas nas Creches de São Paulo).

É de se ver, portanto, que vários países do Sul global são empáticos à utilização das *structural injunctions* (criadas e desenvolvidas nos Estados Unidos) para sanar multifárias violações a direitos fundamentais e valores públicos. As Cortes constitucionais da Colômbia, da Argentina, do Peru, da África do Sul, da Índia e do Brasil são notáveis exemplos dessa contumaz importação⁷⁸.

Na Argentina, as sentenças judiciais exaradas nos casos *Verbitsky*⁷⁹ e *Mendonza*⁸⁰ são as decisões mais aclamadas pela doutrina quando se trata de

⁷⁵ Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Suprema Corte*. 349, 1995.

⁷⁶ ZANETTI JR. Hermes. *Processo coletivo no Brasil: sucesso ou decepção? Coletivização e Unidade do Direito*. Org. Luís Alberto Reichelt e MARCO Félix Jobim. Londrina, PR: Thoth, 2019, p. 267.

⁷⁷ Sobre o caso da dificuldade de vagas em creches de São Paulo, indica-se a leitura dos estudos de casos produzidos por Helena Refosco. *In*: REFOSCO, Helena Campos; GOUVÊA, Carlos Portugal. *Ação coletiva e acesso à justiça: uma análise da reforma do judiciário à luz de estudos de caso*. 2017. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

⁷⁸ Como já exposto, esse trabalho restringir-se-á, por questões meramente metodológicas, ao exame das sentenças estruturais proferidas no âmbito da América do Sul. Todavia, não se desconhece a importância de *casos* provenientes de Cortes judiciais de outros continentes, a exemplo do notável caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Other*, julgado em 2001 pela Corte da Índia.

⁷⁹ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Verbitsky, Horacio S/ Habeas Corpus*. Julgado em 03.05.2005. Disponível em: <<http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonomabuenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corpus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-0otseupmocsollaf>>. Acesso em 04. out. 2019.

reformas estruturais no país. Em ambos os casos, como afirma Verbic, a efetividade do decisório condicionou-se à superação de duas dificuldades de ordem fática: a eventual interferência do Judiciário em outros Poderes de governo (dificuldade política) e a inexistência de regulação adequada para apurar o trabalho dos juízes (dificuldade procedimental).⁸¹

Ao examinar a recepção dos processos estruturais na Argentina, Puga expôs:

Tanto la causa Verbitsky como la causa Mendoza se inscriben en lo que calificaré de una tendencia reciente de la jurisprudencia argentina –y aun más incipiente de la Corte Suprema-, la que podría definirse por dos rasgos sobresalientes. El primero se manifiesta desde hace más tiempo y algunos suelen calificarlo con el mote de activismo jurídico en casos estructurales. Consiste en que los tribunales intervienen en causas de derecho público en las que se reivindican intereses colectivos o derechos subjetivos contra políticas o prácticas institucionales injustas.⁸²

O caso *Verbitsky* tratou dos problemas derivados da superlotação dos presídios na cidade de Buenos Aires. A origem da lide ocorreu em novembro de 2001, quando o Centro de Estudos Jurídico e Social (CELS) ajuizou *habeas corpus* no Tribunal de Cassação Criminal de Buenos Aires, pugnando pela mudança estrutural do sistema prisional, notadamente quanto à garantia dos direitos básicos dos custodiados. A superlotação dos alojamentos, a falta de ventilação e luminosidade das celas, os riscos de violência física e sexual e as péssimas condições de higiene pessoal foram os aspectos mais enfatizados na petição da CELS, que dispunha de aproximadamente 115 páginas.

A ação cobrava do Tribunal de Cassação uma postura emergente, no sentido de declarar o estado de inconstitucionalidade dos presídios e, logo em seguida, fixar uma instância de execução da sentença para que todos os responsáveis pela mudança do sistema prisional dialogassem sobre as medidas a serem executadas e a forma de controle dos resultados. O Tribunal, contudo, julgou-se incompetente

⁸⁰ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. *Mendoza, Beatriz Silvy y Otros, C/ Estado Nacional y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños Derivados de La Contaminación Ambiental del Río Matanza - Riachuelo nº M. 1569*. XL. ORI. Buenos Aires, 2008. Disponível em: <<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=647639>> Acesso em: 05 out. 2019.

⁸¹ Cf. VERBIC, 2019.

⁸² PUGA, Mariela. *La realización de derechos en casos estructurales: Las causas 'Verbitsky' y 'Mendoza'*. Borrador 5 de Mayo. Faculdade de direito da Universidade de Palermo, 2008, p. 4. Disponível em: <<https://www.palermo.edu/derecho/noticias/pdf/Realizacion%20de%20derechos%20-Mayo-2.pdf>>. Acesso em 22. Set. 2019.

para decidir a causa e indicou, quanto à forma, que casos plurais não deveriam ser decididos por meio de um único julgado.

A decisão foi de logo impugnada, sendo arguido pelo causídico da CELS que as Cortes judiciais possuíam plenos poderes para emanar decisões em prol de interesses coletivos, de forma a beneficiar não somente o autor da lide. A Suprema Corte de Justiça de Buenos Aires manteve a primeira decisão e negou provimento aos pedidos insertos no *habeas corpus*.

O direito subjacente ao mérito, em verdade, sequer foi examinado mais profundamente. As Cortes *a quo* preferiram negar o direito do autor com azo em questões processuais, segundo as quais a entidade autora não gozaria de legitimidade ativa para agir coletivamente, para fins de proteger terceiros indeterminados.

Em razão das negativas, o caso é levado para a jurisdição da CSJN. Após diversos debates, pareceres e audiências que duraram aproximadamente 15 meses, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina proferiu em maio de 2005 a decisão definitiva do caso, repercutindo na vida de mais de 6.000 pessoas até então custodiadas nos presídios de Buenos Aires.

Por maioria dos votos, entendeu a Suprema Corte que o recurso era admissível e que os presos não poderiam permanecer alojados em locais com condições subumanas de sobrevivência, o que seria cristalinamente inconstitucional. Então, a maioria do Tribunal considerou comprovados os fatos alegados na exordial, no sentido de que a situação apresentada nos presídios constituía uma violação das regras constitucionais e internacionais sobre instrumentos de direitos humanos.

Relata Courtis⁸³ que a sentença da CSJN demonstrou categoricamente o inovador escopo estrutural da decisão. Pela importância dos remédios ordenados pela Corte, extrai-se que o conteúdo resolutivo do julgado:

- (i) declarou o dever de fiel observância e adequação, pelo governo argentino, das regras mínimas para o tratamento de reclusos das Nações

⁸³ COURTIS, Christian, "El caso "Verbitsky": Nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos? In: CELS, *Temas para pensar la crisis: Colapso del Sistema carcelario, Siglo XXI*, Argentina, 2005, p. 12.

Unidas; (ii) dispôs que os juízes do Supremo Tribunal de Buenos Aires deveriam limitar em 60 dias a detenção de menores e doentes nas delegacias de polícia da província; (iii) determinou ao Supremo Tribunal de Justiça da Província de Buenos Aires e aos tribunais de todas as instâncias da província o dever de interromper, com máxima urgência, qualquer eventual situação que importasse tratamento cruel, desumano ou degradante aos presidiários; (iv) ordenou ao Poder Executivo da Província de Buenos Aires, através da autoridade para a execução de detenções, remeter para os respectivos juízes, no prazo de trinta dias, um relatório detalhado, indicando as condições específicas em que todas as detenções eram cumpridas (características das celas, números de leitos, condições de higiene, acesso à saúde, etc); (v) estabeleceu que a cada sessenta dias o Poder Executivo da Província de Buenos Aires informar o Tribunal das medidas tomadas para melhorar a situação dos detidos em todo o território da província; (vi) instou os Poderes Executivo e Legislativo da Província de Buenos Aires a adaptar sua legislação processual penal em relação à detenção preventiva e à libertação e suas legislação penal e penitenciária, de acordo com as normas constitucionais e Internacionais de direitos humanos; e (vii) confiou ao Poder Executivo da Província de Buenos Aires para que, através de seu Ministério da Justiça, organizasse a convocação de uma mesa de diálogo a partir da qual o acionista e outras organizações apresentadas como *amicus curie* participariam, sem prejuízo de sua integração com outros setores da sociedade civil. Não obstante, era dever do Poder Executivo informar à Corte, a cada sessenta dias, quais os progressos realizados.

Lado outro, o caso *Mendoza* tratou do direito à saúde e ao meio ambiente preservado. Relacionou-se, em síntese, com a deterioração ambiental no rio Riachuelo (Matanza-Riachuelo), que perpassa Buenos Aires e cidades adjacentes. Em razão das atividades industriais desenvolvidas no início do século XXI nas margens do rio Riachuelo, somada a criação de milhares de habitações irregulares (leia-se, aqui, sem as condições sanitárias devidas), a região ficou demasiadamente poluída, resultando num dos mais emblemáticos desastres ambientais da América.

A contaminação gradual e perene do rio Riachuelo desencadeou problemas crônicos no bem-estar de milhares de cidadãos argentinos. Para além das disfunções na saúde pública, a degradação ambiental trouxe a reboque severas mazelas sociais, notadamente quando observada a dificuldade de acesso a serviços públicos básicos da população carente que habitava a região.

Os efeitos maléficos deste terrível desastre ambiental, contudo, não foram sanados a contento pela Administração Pública e o caso foi levado ao Poder Judiciário (CSJN) em dezembro de 2004, a partir de ação ajuizada por trabalhadores e moradores dos entornos do rio *Mendoza*, os quais perquiriam indenizações e recomposições dos danos ambientais causados. Compuseram o polo passivo da

ação o Estado (governos federal, local e provincial) e todas as quarenta e quatro empresas privadas situadas no local.

Dois anos após o ajuizamento da ação, em 2006, a CSJN proferiu uma decisão vestibular, determinando que cada empresa ré informasse em juízo o nível de impacto que sua atividade causava ao meio ambiente. Em adição, a Corte obrigou que várias entidades de direito público formassem em conjunto um plano de ação que adequasse a atividade econômica da região com a Lei Geral do Meio Ambiente.

Após a apresentação do plano de recuperação judicial, a Corte analisou os contornos da lide e sentenciou o caso, determinando: (i) a execução do plano ambiental elaborado; (ii) a edição de plano ambiental complementar para a resolução dos impactos ambientais emergenciais; (iii) transparência e relatórios sobre o cumprimento trienal das metas estabelecidas; (iv) aos Juízes de primeiro grau que acompanhassem a execução do plano ambiental e monitorassem de perto os resultados obtidos; (v) a abertura das ações que seriam implementadas para o controle da sociedade civil, observando-se a publicidade de cada ato.

Como afirma Campos, a CSJN, de forma inovadora e criativa, acompanhou as ações dos juízos *a quo*, defendeu suas demandas de produção de dados, realizou visitas de campo, celebrou audiências sucessivas de acompanhamento, ordenou inspeções *in locu*, ordenou despejos, impôs multas, dentre outras medidas. Bem por isso, conclui que em *Mendoza* “os resultados têm sido positivos”.⁸⁴

Elemento característico e que convém destacar no caso *Mendoza* foi a alargada descentralização na execução dos remédios estruturais. A CSJN transferiu aos juízes de primeiro grau a atribuição de acompanhar a realização de cada medida de preservação ambiental, inclusive para fins de impor multa pessoal pelo descumprimento das obrigações pré-determinadas. Em outras palavras, a Corte pretendeu que os agentes responsáveis pela execução soubessem das sanções decorrentes da não observância aos comandos inseridos na sentença estrutural.

⁸⁴ Cf. CAMPOS, 2016, p. 203.

Afirma Verbic que os casos constitucionais discutidos em *Verbitsky* e *Mendonza* eram “relativamente fáceis”. Segundo alerta, a dificuldade prática estava na forma de remediar os problemas estruturais evidenciados, sobretudo pela fusão entre o estado de inconstitucionalidade apresentado com a reiterada elisão dos órgãos públicos responsáveis pela preservação do meio ambiente e pela custódia dos presos.⁸⁵

Não seria suficiente, portanto, que a Corte Constitucional atestasse a existência de direitos violados - fato evidente e incontroverso. Fato comum aos dois casos foi o estabelecimento de uma série de diálogos entre o Judiciário e a Administração Pública, de modo que, gradualmente, o plano de ação progressivo fosse cumprido por cada ator responsável. Não por outra razão os limites na atuação do Poder Judiciário diante da Administração Pública resultou no grande desafio das reformas estruturais do país.⁸⁶

Em interessante estudo sobre o desenvolvimento das demandas estruturais no âmbito da CSJN, Lorenzetti defende que a resolução de casos complexos e estruturais sugere a existência de “microinstitucionalidades”⁸⁷, a partir das quais micro-instituições (micro estruturas) são direcionadas para sanar coordenadamente o problema estrutural apresentado. A ideia do autor origina-se do direito privado, mais especificamente da intermediação de interesses difusos em problemas complexos, com a criação de instituições de propósito específico.⁸⁸

⁸⁵ Cf. VERBIC, 2019.

⁸⁶ VERBIC, Francisco. “*El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación*”. Revista ANALES nº 43. Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la UNLO, p. 274, 2013.

⁸⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2010, p.186.

⁸⁸ No Brasil, por exemplo, existem as Sociedades de Propósito Específico (SPE), modelo de organização empresarial pelo qual se constitui uma nova empresa, limitada ou sociedade anônima, com um objetivo específico, ou seja, cuja atividade é bastante restrita, podendo em alguns casos ter prazo de existência determinado. A SPE é também uma forma de empreendimento coletivo, usualmente utilizada para compartilhar o risco financeiro da atividade desenvolvida. Por se tratar de uma modalidade de joint venture (*equity ou corporate joint venture*), as SPE são utilizadas para grandes projetos de engenharia, com ou sem a participação do Estado, como, na construção de usinas hidroelétricas, redes de transmissão ou nos projetos de Parceria Público-Privada (PPP) ainda recentes no Brasil. Fonte: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/artigosCoperacao/o-que-sao-sociedades-de-propósito-específico,79af438af1c92410VgnVCM100000b272010aRCRD>>. Acesso em: 05 Jul. 2019.

Para Lorenzetti, essa congregação de atores (“microinstitucionalidades”), é essencial para desburocratizar a máquina estatal na consecução de valores públicos. Assim, a reunião dos esforços dos poderes de Estado e da iniciativa privada seria o fator determinante para o fiel cumprimento de cada etapa da reforma estrutural (i) primeiro, com o planejamento de “medidas factíveis”, difusamente executadas, num conluio positivo de empenho institucional. (ii) depois, com a implementação dos remédios estruturais (iii) e, por fim, com a fiscalização do cumprimento das metas e do objetivos fixados.

Acaso perdure a transgressão aos valores públicos, cabe ao Poder Judiciário tomar a rédea da situação e novamente reunir-se com essas microinstitucionalidades, readequando o planejamento inicialmente traçado e delineando em conjunto a nova forma execução e supervisão das medidas, até que se solucione a questão estrutural.⁸⁹

A CSJN, aliás, fomentou nas últimas décadas uma crescente judicialização para supervisionar a implementação de políticas públicas na Argentina, inclusive com a convocação de audiências públicas, como pontua Santiago:

A lo largo de su historia, y más intensamente en las últimas décadas, la Corte Suprema argentina ha tenido que juzgar acerca de la constitucionalidad de leyes que instrumentaban políticas públicas en numerosísimas ocasiones. Baste citar, entre otros muchos, los siguientes casos: Empresa Plaza de Toros, Hileret, Ercolano, Avico, Inchauspe, Cine Callao, Peralta, Cocchia, Montalvo, Arriola, Quisbert Castro, Clarín, etc. En los últimos años, nuestro máximo Tribunal convocó a audiencias públicas en relación a algunos casos con relevancia y repercusión social que tenía a su decisión, en las que se expusieron y debatieron las políticas públicas decididas por los otros poderes.⁹⁰

Em síntese, os remédios estruturais emanados em *Verbitsky e Mendonza* acomodam-se perfeitamente na compleição teórica da *structural injunction* de Owen

⁸⁹ Na ACP do Carvão, ajuizada na Justiça Federal de Santa Catarina em 1993 (processo nº 93.8000533-4), foi possível observar a existência de processo sobre danos ambientais que perdurou aproximadamente 20 anos, com várias fases de planejamento e execução. Consta-se, pois, não ter se tratado exatamente de processo estrutural, mas sim de litígio altamente complexo, que espelha como uma decisão de maior proporção executória deve ser planejada e fiscalizada pelo Poder Judiciário. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE 612.592-AgR/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJe 27.06.14.

⁹⁰ SANTIAGO, Alfonso. *El Alcance del Control Judicial de Razonabilidad de las Políticas Públicas – perspectivas argentina y comparada*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. n.20. Bogotá: Konrad Adenaur Stiftung, 2014. p.6. Disponível em: <http://cesmdfa.tjja.gob.mx/investigaciones/pdf/r22_trabajo-1.pdf>. Acesso em: 12. Ago. 2019.

Fiss.⁹¹ Endossando tal posição, Campos destaca que a CSJN não concentrou esforços na compensação ou na reparação de danos a valores públicos. Para além disso, “adotou medidas de prevenção de danos futuros mediante a transformação das instituições em mau funcionamento”⁹², em clara referencia a ideia de implementação gradual de decisões (tentativa-erro-acerto), desenvolvida no final da década de 50 por Fiss.

Semelhantemente ao que ocorreu na Argentina, o Tribunal Constitucional do Peru - TC tem proferido neste início de século XXI decisões de índole estrutural. Primeiramente, o Expediente nº 2579-2003HD/TC trouxe a lume o caso “*Julia Arellano Serquén*”, no qual a magistrada Julia Serquén lançou mão do remédio constitucional de *habeas data* em face do Conselho Nacional de Magistratura – CNM⁹³. Diante da negativa de acesso a informações sobre o seu processo de avaliação e ratificação (vitalicamento), Julia pugnou que o TC obrigasse que o CNM a prestar as informações requeridas.

Realizada a instrução do feito, o TC decidiu em 2004 que os pedidos da magistrada eram procedentes e que deveriam ter efeitos expansivos, *erga omnes*. O Tribunal disse estar diante de um estado de inconstitucionalidade por violação concreta a direitos constitucionais:

En el caso, si bien el Consejo Nacional de la Magistratura realizó un acto concreto de violación del derecho constitucional de la recurrente, éste se sustentó en una interpretación constitucionalmente incorrecta de una disposición legal que forma parte de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. De ahí que, sin perjuicio de los alcances particulares del acto analizado en el presente caso, a fin de evitar que, fundamentándose en igual criterio interpretativo, puedan violarse derechos constitucionales de otras personas, el Tribunal Constitucional declara que el estado de cosas que originó el hábeas data es incompatible con la Constitución.⁹⁴

⁹¹ BERGALLO, Paola. *Justice and Experimentalism: The Judiciary's Remedial Function in Public Interest Litigation in Argentina* (January 1, 2015). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Paper 44. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=yls_sela>. Acesso em 12. Abr. 2019.

⁹² Cf. CAMPOS, 2016, p. 203.

⁹³ LANDA ARROYO, César. *Dignidad de la Persona Humana. En: Cuestiones Constitucionales*. Revista mexicana de Derecho Constitucional. Número 7. México: julio-diciembre, 2002, p. 127.

⁹⁴ PERU. Tribunal Constitucional Da República do Peru. *Processo nº 2579-2003-H de 2004*. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>>. Acesso em: 13. Set. 2019.

Nesse decisório, o TC fez uma análise de determinação no caso específico do conteúdo constitucional do direito de acesso à informação. A grande questão analisada pelo Tribunal foi elucidar se a entrega das informações solicitadas pela magistrada, via *habeas data*, estaria protegida pelo conteúdo constitucional. Após analisar as circunstâncias do caso e a legislação correspondente, o TC conclui que a entrega das informações requeridas se enquadraria no conteúdo constitucional do direito, de modo que sua não entrega por órgãos públicos seria, por via reflexa, constitucionalmente rejeitável.⁹⁵

Ensinam Falla e Tello que o estado de inconstitucionalidade adotado pelo TC peruano em “*Julia Arellano Serquén*” apresentou quatro pressupostos essenciais: (i) a violação generalizada a direitos fundamentais; (ii) a violação generalizada por ato único ou múltiplo; (iii) a violação ou a ameaça de direitos de pessoas fora do processo (expansão dos efeitos da sentença); e (iv) a determinação, no caso da violação a direito fundamental originário de ato único, que a situação inconstitucional seja originada de incorreta interpretação da Constituição ou de uma lei por parte de instituição pública.⁹⁶

Fato é que, a partir desta decisão, as instituições de direito público no Peru foram compelidas a melhor zelar pelo direito fundamental ao acesso à informação de qualquer cidadão, nos moldes preconizados pelo art. 2º da Constituição peruana, segundo o qual “toda pessoa tem o direito de solicitar, sem expressão de causa, as informações necessárias e de recebê-las de qualquer entidade pública, no prazo legal, com o custo do pedido.”⁹⁷

Tantas outras decisões de índole estrutural foram exarados nos anos seguintes pelo Tribunal Constitucional peruano. Em 2005, o Expediente nº 03149-2004-AC/TC⁹⁸ versou sobre a inadimplência de direitos laborais dos professores

⁹⁵ CASTILLO, L. (2005). *Conflictos entre derechos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista Peruana de Jurisprudencia (51), 2005, págs. 22-23. Disponível em: <https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1900/Conflictos_derechos_constitucionales_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 23. Ago. 2019.

⁹⁶ LY, Miguel Enrique Falla; TELLO, Sergio Enrique Zapata. *Estado de Cosas Inconstitucional en el Perú: Análisis jurisprudencial y Derecho Comparado*. IUS Revista de investigación de la Facultad de Derecho, (ene. – jul.), Ano 4. nº. 7, 2014, p. 221.

⁹⁷ Cf. LY e TELLO, 2014.

⁹⁸ PERU. Tribunal Constitucional Da República do Peru. *Processo nº 03148-2004-AC/TC de 2005*. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03149-2004-AC.pdf>>. Acesso em 12. Set. 2019.

públicos; Em 2010, o Expediente nº 03121-2013-PA/TC⁹⁹ determinou o estado de inconstitucionalidade pela afronta ao direito fundamental à segurança social decorrente dos precedentes da Corte; Ainda em 2010, o Expediente nº 0017-2008-PI/TC¹⁰⁰ salvaguardou o sistema de ensino universitário no país.

Ato contínuo, o caso “Soto”, veiculado no Expediente nº 03426-2008-PHC/TC¹⁰¹, é outro relevante precedente exarado pelo Tribunal Constitucional do Peru, alusivo ao enfrentamento judicial da ausência de políticas de tratamento e reabilitação da saúde mental de pessoas inimputáveis. No caso tratado, o Sr. Pedro Gonzalo Marroquín Soto, portador de esquizofrenia, foi condenado em primeira instância pelo crime de homicídio, sendo que, por entraves eminentemente burocráticos do Poder Executivo, nenhum hospital penal aceitou a sua internação.

Com efeito, diante da impossibilidade fática de se efetuar o cumprimento da pena em local apropriado, Soto iimpetrou *Habeas Corpus* ao Terceiro Juizado Penal de Lima Norte, que acolheu os pedidos formulados em razão da grave violação à incolumidade física do autor, de sorte que os hospitais especializados em pessoas portadoras de doenças mentais seriam, a partir da decisão, terminantemente obrigados a anuir com a internação do paciente.¹⁰²

Dai que, em agosto de 2010, a TC, via recurso, confirmou a posição do juízo ordinário e decidiu o estado de inconstitucionalidade no sistema de hospitalização dos deficientes mentais. Segundo o Tribunal, o próprio governo peruano de há muito reconhecera tacitamente as deficiências de sua atuação na custódia dos deficientes mentais quando criou, após as primeiras decisões do caso “Soto”, uma Comissão Multissetorial para diagnosticar os problemas e indicar soluções para o sistema hospitalar e instituiu o Plano Estratégico do Instituto Nacional Penitenciário, para

⁹⁹ PERU. Tribunal Constitucional Da República do Peru. *Processo nº 03121-2013-PA/TC de 2014*. Disponível em: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03121-2013-AA.pdf>>. Acesso: 13. Set. 2019.

¹⁰⁰ PERU. Tribunal Constitucional Da República do Peru. *Processo nº 00017-2008-PI/TC de 2010*. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00017-2008-AI.html>>. Acesso em: 13. Set. 2019.

¹⁰¹ PERU. Tribunal Constitucional Da República do Peru. *Processo nº 03426-2008-PHC/TC de 2010*. Disponível em: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html>>. Acesso em: 13. Set. 2019.

¹⁰² É de bom alvitre destacar que Soto não suscitou ao Tribunal de segunda instância a reforma da decisão condenatória, mas apenas apontou existir, na hipótese, grave inobservância a mandamentos constitucionais pela falta de estrutura minimamente adequada para o cumprimento de sua pena.

formular as medidas estruturais que deveriam ser executadas pelos órgãos governamentais.¹⁰³

Vê-se, portanto, a existência de vários precedentes judiciais nas Cortes Constitucionais de países latino-americanos que reafirmam a progressiva adoção de remédios estruturais para o enfrentamento de litígios estruturais. O reconhecimento judicial desse “estado de inconstitucionalidade” por violações a valores públicos, todavia, não surgiu em nenhuma das decisões supramencionadas. Na verdade como se verá adiante, o nascedouro da alcunha “Estado de Coisas Inconstitucional” – ECI, tal como reconhecida atualmente no Sul global, ocorreu na Corte Constitucional da Colômbia.

1.3 A incipiente denominação “Estado de Coisas Inconstitucional” - ECI, promovida pela Corte Constitucional Colombiana.

O protagonismo das Cortes judiciais da Colômbia não foi gerado ao acaso. Um composto de fatores convergiu para a inovadora performance dos magistrados colombianos, com destaque particular para o sistema jurídico-constitucional que atualmente vigora no país. A chegada ao país de uma nova carta constitucional, garantista e dirigente, foi, sem dúvida, o alicerce medular do arquétipo estrutural de judicialização de políticas públicas na Colômbia.¹⁰⁴

¹⁰³ Como didaticamente sintetizado por Carlos Ari Sundfeld no artigo “*Violações de direitos no sistema prisional, decisões estruturais e diálogo institucional: análise de precedentes estrangeiros*”, no caso “Soto” a Corte Constitucional peruana (i) Ordenou que o Ministério da Economia e Finanças adotasse medidas para permitir o aumento gradual de recursos destinados ao Ministério da Saúde, em especial aos centros hospitalares de saúde mental do país; (ii) Ordenou ao Poder Judiciário a adoção de medidas corretivas para que todos os juízes do país emitissem pronunciamentos sobre os informes médicos das autoridades de saúde que recomendassem a cessação de medidas de segurança; (iii) Exortou o Congresso da República à aprovação de uma lei que regulasse o tratamento, a supervisão, o procedimento, a execução e a cessação das medidas de segurança; (iv) Exortou o Poder Executivo a adotar as medidas necessárias com o objetivo de superar a situação inconstitucional descrita, num esforço de coordenação com o Ministério da Justiça, o Ministério da Saúde, o Ministério da Economia e Finanças etc.; (v) Dispôs que quaisquer pessoas que se encontrassem em circunstâncias idênticas às descritas na sentença, isto é, que sofressem agravo pelo mesmo ato ou por atos lesivos similares, poderiam valer-se dos efeitos da presente sentença ou da doutrina constitucional assentada pelo Tribunal Constitucional, não sendo necessária a impetração de novo habeas corpus (artigo VI do Título Preliminar do Código de Processo Constitucional peruano); (vi) Dispôs que a Defensoria Pública (Defensoría del Pueblo) cumprisse suas funções constitucionais e fiscalizasse o cumprimento da decisão proferida, devendo entregar um relatório no prazo de 90 dias. Disponível em: < <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/09-contribuicao-sbdp-paraADPF347-01-12-15.pdf>>. Acesso em 15. Set. 2019.

¹⁰⁴ UPRIMNY, Rodrigo e VILLEGAS, Mauricio García. Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. Boaventura Santos y Mauricio García (Org.). *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá: Editora Norma, 2004, p. 12.

Destacada pelos mandamentos de supremacia da constituição e da eficiência na gestão pública, a Constituição colombiana de 1991 foi analítica e anteviu um vultoso (e inovador) rol de direitos fundamentais e sociais. Em adição, a Carta magna contemplou o amplo acesso do cidadão ao Poder Judiciário, com controle misto de constitucionalidade, o que ampliou o escopo de atuação do Judiciário¹⁰⁵. O resultado prático da junção desses fatores foi conectar, quase que umbilicalmente, a Corte Constitucional da Colômbia - CCC à população residente no país.

A atual Constituição colombiana tem diversos dispositivos que protegem direitos fundamentais, com destaque para os artigos 1º, 2º, 13, 113 e 334:

Art. 1º) el modelo de estado social de derecho; Art. 2) los fines del estado que principalmente se traducen en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, Art. 13) la obligación de promover las condiciones de igualdad a favor de los grupos marginados y sancionar los abusos contra éstos, Art. 113) la obligación de los órganos del estado de co- laborar armónicamente para la realización de sus fines, y finalmente, Art. 334) la dirección general de la economía del estado para cumplir con los objetivos del modelo de estado social y democrático de derecho.¹⁰⁶

Guardada as devidas proporções, dessume-se dos eventos ocorridos na década de 90 que o povo colombiano, pela primeira vez na história, passou a ter “vez e voz” nas instituições democráticas, não mais se consentido – ao menos no âmbito da jurisdição constitucional nacional – com a transgressões deliberadas de direitos fundamentais e sociais.

Em alusão ao protagonismo do Judiciário colombiano, Campos realça que a CCC “(...) tem sido bastante ativista, principalmente em dois campos de ação: o controle das práticas políticas e das ações dos Poderes Executivo e Legislativo, e a promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos”.¹⁰⁷ As decisões da CCC na luta contra o estado de exceção (*Sentencias* nº C-0004/1992, nº C-447/1992, nº

¹⁰⁵ A Constituição política da Colômbia de 1991 consta no sítio eletrônico da respectiva Presidência da República. Disponível em :<<http://es.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica>>. Acesso em: 19 set. 2019.

¹⁰⁶ DIAZ, Omar Huertas; CARLI, Ana Alice De; SOARES, Bruno P. *El estado de cosas inconstitucional como un mecanismo de exigibilidad de respeto y garantía de los derechos humanos en Colombia y en Brasil pelo STF*. v.3, n.1. Campo Grande: Revista de Direito da UFMS, 2017, p. 37.

¹⁰⁷ Cf. CAMPOS, 2016, p. 100.

C-300/1994 e nº C-446/1995) já mostravam o perfil proativo de atuação da Corte após a promulgação da atual Constituição.¹⁰⁸

Foi nesta conjuntura jurídico-política que a CCC proferiu em 6 de novembro de 1997 a *Sentencia de Unificación (SU) 559*, decisão que ficou conhecida por ser a pioneira no reconhecimento de problemas estruturais com a intitulação “Estado de Coisas Inconstitucional” – ECI. No caso tratado pela SU – 559, de 1997, 45 professores municipais ajuizaram coletivamente uma ação contra a inobservância de deveres previdenciários por parte de autoridades públicas dos Municípios de María La Baja e Zambrano. Em síntese, questionaram os docentes a razão pela qual contribuíam mensalmente com 5% de suas remunerações para o *Fundo de Prestación Social*, mas não gozavam dos respectivos benefícios relacionados à saúde e à previdência.

No mérito, a Corte concedeu tutela para declarar que os litigantes faziam jus aos benefícios previdenciários indicados na ação, razão porque os Municípios demandados deveriam proceder à filiação dos professores litigantes ao *Fundo de Prestación Social*. Porém, após constatar que (i) a causa de pedir e os pedidos formulados eram de interesse de centenas de outros professores e que (ii) os instrumentos processuais até então utilizados não se mostravam suficientes para trazer resultados satisfatórios às tutelas coletivas, a CCC entendeu por oportuno formular decisões estruturais, aplicáveis a um número extenso e indeterminado de destinatários.

A solução encontrada pela CCC foi reconhecer a existência de um “estado de coisas”, a demandar um “dever de colaboração” entre as instituições governamentais, ou, como descrito na decisão, uma “*Colaboración armónica con órganos del Estado*”.¹⁰⁹ Além do dever de colaboração, a Corte afirmou ser prioritária

¹⁰⁸ Segundo Garavito, “El nuevo activismo judicial, por tanto, parte de la constatación de situaciones recurrentes de bloqueo institucional o político que impiden la realización de los derechos. En estos casos, frecuentes en las democracias contemporáneas, la judi-- catura, aunque no sea la instancia ideal o esté dotada de todas las herramientas para cumplir la tarea, aparece como el único órgano del Estado con la independencia y el poder para sa-- -cudir semejante estancamiento.” In: GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplaza- miento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010. Pág. 39. Disponível em:< https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf>. Acesso em: 12. Out. 2019.

¹⁰⁹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia SU-559, 1997*.

a tutela dos direitos fundamentais contidos na Constituição e nos tratados internacionais. Na decisão da SU - 559, de 1997, a Corte fixou seis requisitos para o reconhecimento do chamado Estado de Coisas Inconstitucional - ECI em casos futuros, quais sejam:

- (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;
- (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;
- (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;
- (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
- (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;
- (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.¹¹⁰

Deste modo, algumas características da lide, segundo a própria CCC, seriam fundamentais para o reconhecimento de um ECI: a violação massiva e generalizada a direitos constitucionais, a omissão estatal, a adoção de práticas inconstitucionais, a omissão legislativa, a existência de um problema estrutural a exigir a adoção de um conjunto de medidas e a possibilidade de resolução da questão num só processo, evitando-se o congestionamento de ações no Judiciário.

Ao falar de “dimensão objetiva da sentença” Campos aponta que a SU - 559, de 1997, além de reconhecer a existência de um ECI, determinou que os demais Municípios corrigissem eventual inconstitucionalidade em prazo razoável e ordenou o envio da sentença, com ordem de cumprimento, aos Ministros da Educação, da Fazenda e do Crédito Público, aos Governadores, às Assembleias, Prefeitos e Conselhos Municipais.

Em verdade, tem razão Marmelstein¹¹¹ quando mitiga a correlação entre o suporte fático do ECI e o caso deliberado na SU - 559, de 1997. A despeito de sua

¹¹⁰ RAQUEL CÁRDENAS, Bianca. *Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 157.

¹¹¹ MARMELSTEIN, George. *O estado de coisas inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional. Direitos Fundamentais*, 2 out. 2015. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apanas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 8. Set. 2019.

importância, o principal corolário da CCC foi uniformizar entendimento para evitar o acúmulo de ações individuais de professores sobre a mesma matéria. Não se discutiu questões relacionadas à dimensão objetiva de direitos fundamentais, tampouco a causa apresentou complexidade necessária a demandar uma atuação coordenada de múltiplos órgãos e entidades para a execução e a supervisão das decisões judiciais. Pode-se afirmar, portanto, que a *Sentencia 559/1997* não dirimiu falha estrutural, mas corrigiu lesão a direitos fundamentais de abrangência coletiva.

O segundo reconhecimento de ECI pela CCC foi na *Sentencia de Tutela* (ST) 068, de 1998.¹¹² Na decisão, a Corte assentou-se no estudo técnico elaborado pela *Universidad de los Andes* para afirmar que a Caixa Nacional de Previdência apresentava demora injustificada na resposta dos pedidos administrativos de verbas previdenciárias de milhares de aposentados e pensionistas, resultando num estado de inconstitucionalidade pela falta de operatividade da Administração.

No dispositivo do decisório, a Corte reconheceu o ECI, ordenou que a Caixa de Previdência resolvesse a questão em 48 horas, comunicou o estado de coisas a vários Ministros de Estado, determinou que o Controlador-Geral da República e ao Procurador Geral da Nação fiscalizassem o cumprimento da decisão e pugnou que o Defensor do Povo acompanhasse a situação de forma perene, informando a Corte se os direitos humanos dos aposentados e pensionistas estavam sendo respeitados.

Sobre os motivos que conduziram a Corte a reconhecer o ECI no *Sentencia T - 068*, de 1998, Campos fez interessante correlação desta com a SU - 559, de 1997:

Diferentemente do caso anterior, que envolveu omissão legislativa quanto à política pública de distribuição nacional de subsídios educacionais, neste último, esteve envolvida apenas deficiência administrativa. Não obstante, ainda assim, a Corte proferiu decisão que alcançou um conjunto de instituições e não apenas a entidade demandada.¹¹³

Ainda em 1998, a CCC proferiu a paradigmática *Sentencia de Tutela* (ST) 153¹¹⁴, decisão na qual foi reconhecido o ECI no sistema carcerário dos presídios de Bellavista de Medellin e Bogotá. À época, estes presídios apresentavam problemas gravíssimos de superlotação, abusos e maus tratos. Segundo a Corte, “*Las cárceles*

¹¹² COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-068*, 1998.

¹¹³ Cf. CAMPOS, 2016, p. 127.

¹¹⁴ Cf. *Sentencia T-153*, 1998.

colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos”. Bem por isso, concluiu a CCC que “Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional.”¹¹⁵

Após proferir a *Sentencia* T – 153, de 1998, a Corte constitucional ainda se deparou com outros casos de violação a direitos fundamentais, para os quais igualmente reconheceu a ocorrência do ECI. Dentre eles está a *Sentencia de Unificación* (SU) nº 250, de 1998, que versou sobre a falta de convocação de notários; a *Sentencia de Tutela* (ST) nº 590, de 1998, relacionada à falta de políticas públicas protetivas aos defensores dos direitos humanos; e a *Sentencia de Tutela* (ST) nº 525, de 1999, atinente à mora no pagamento de aposentadoria e pensões.

No entanto, a decisão da Corte de maior importância doutrinária para o estudo da evolução do ECI, sem dúvidas, é a *Sentencia de Tutela* (ST) nº 025, de 2004.¹¹⁶ Neste decisório, os juízes da CCC foram desafiados a dar fim ao deslocamento forçado de milhões pessoas, que eram obrigadas a abandonar suas casas e empregos em virtude das ameaças advindas dos conflitos armados fomentados pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – FARC. Segundo consta da decisão:

En razón de esta multiplicidad de derechos constitucionales afectados por el desplazamiento, y atendiendo a las aludidas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los desplazados, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que éstos tienen, en términos generales, un derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado.¹¹⁷

Neste caso, a CCC observou a vulnerabilidade das pessoas que sofriam com o deslocamento forçado e migravam para outras regiões, passando a viver em condições de miséria e sem qualquer atenção do Estado. Bem por isso, os juízes integrantes da Corte reconheceram o ECI na situação dos deslocados e ordenaram a execução de medidas estruturais. A grande peculiaridade da *Sentencia* – T nº 025, de 2004, foi adotar métodos dialógicos para definir os métodos de execução,

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Cf. *Sentencia* T-025, 2004.

¹¹⁷ Ibid.

coordenação e monitoramento dos *structural remedies*.¹¹⁸ A Corte Constitucional da Colômbia proferiu diversas outras decisões onde se reconheceu a existência de estado de coisas inconstitucional.

Contudo, metodologicamente, foram escolhidos os casos mais paradigmáticos - idôneos a demonstrar a gradativa evolução procedimental nas decisões da Corte-, mormente no que cinge ao modo de estabelecimento dos diálogos institucionais na fixação de ordens policêntricas.

¹¹⁸ Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. (...) En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas,[141] así como la constatación que se hace en algunos de los documentos de análisis de la política, de haber incorporado la acción de tutela al procedimiento administrativo como paso previo para la obtención de las ayudas.[142]. Además de lo anterior, si bien ha habido una evolución en la política, también se observa que varios de los problemas que han sido abordados por la Corte, son de vieja data y que frente a ellos persiste la omisión de las autoridades para adoptar los correctivos necesarios (ver apartado 6 de esta sentencia). Entre estos se destacan la insuficiencia de recursos destinados efectivamente para la atención de los distintos componentes de la política y los problemas de capacidad institucional que afectan el desarrollo, implementación y seguimiento de la política estatal (ver apartado 6 de la presente sentencia). En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos (ver apartado antecedentes de la presente sentencia). Tal como se señaló en el apartado 6 y en el Anexo 5, las distintas entidades encargadas de atender a la población desplazada han identificado varias de las omisiones y falencias de la política y de los programas desarrollados. Igualmente, las organizaciones de derechos humanos han identificado los problemas de coordinación, la insuficiente apropiación de recursos, los obstáculos administrativos, los trámites y procedimientos innecesarios, el diseño deficiente de algunos de los instrumentos de la política, así como la omisión prolongada de las autoridades para adoptar los correctivos considerados como necesarios. Tal situación ha agravado la condición de vulnerabilidad de esta población y de violación masiva de sus derechos (ver apartado 6 y Anexo 5 de esta sentencia). En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En efecto, como se advirtió anteriormente varios órganos del Estado, por acción u omisión, han permitido que continúe la vulneración de los derechos fundamentales de los desplazados, especialmente las entidades nacionales y locales encargadas de asegurar la disponibilidad de recursos para asegurar que los distintos componentes de la política beneficien en igualdad de condiciones a la población desplazada. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él (ver apartado 6.3.2.). En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada, y adoptará los remedios judiciales correspondientes respetando la órbita de competencia y el expertise de las autoridades responsables de implementar las políticas correspondientes y ejecutar las leyes pertinentes. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas. *In*: Sentencia T-025, 2004.

2. ASPECTOS QUE OPORTUNIZAM A RECEPÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Os direitos fundamentais são garantias mínimas (individuais ou coletivas), elencadas, em regra, nas cartas constitucionais, com o objetivo principal de conferir aos indivíduos submetidos a determinado regime jurídico a fruição de direitos indispensáveis à vida humana digna.¹¹⁹ Na definição de Sarlet:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade em sentido formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.¹²⁰

Estes direitos são verdadeiros princípios produtores de efeitos irradiantes na ordem jurídica, estando consubstanciados de uma dita eficácia extensiva – agrupando os domínios jurídicos. Todos os direitos e garantias à incolumidade da pessoa humana, dispostos nos múltiplos diplomas constitucionais que regem as relações jurídicas na comunidade internacional, direcionam quais os limites do intervencionismo estatal e cominam a este os deveres a serem preservados quando da sua atuação.

Seguindo o pensamento de Bobbio¹²¹, para quem o fundamento dos direitos fundamentais não consistiria na natureza humana, mas nas modificações provindas da evolução na própria concepção secular dos direitos dos indivíduos, a seguir se fará um breve apanhado histórico do surgimento dos direitos fundamentais, com especial destaque para o pensamento de jus-filósofos que bem delinearam o modo de desenvolvimento desses direitos basais.

Parte da doutrina defende que os direitos fundamentais surgiram nos séculos XVII e XVIII, por intermédio das escolas contratualistas e do próprio cristianismo. Outros, associam a origem dos direitos fundamentais à doutrina laica do direito

¹¹⁹ Veja-se, aqui, que o efetivo exercício dos direitos fundamentais é realizado em dupla esfera dimensional: vertical (Estado-indivíduo) e horizontal (entre indivíduos).

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 77.

¹²¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

natural.¹²² A doutrina majoritária interliga os direitos fundamentais aos movimentos da Revolução Americana (1776) e da Revolução Francesa (1789), a partir dos quais várias ordens jurídicas passaram a positivar direitos mínimos dos indivíduos. Contudo, a ideia de que o homem tem direitos anteriores ao Estado é resultado, na verdade, do desenvolvimento da história do pensamento político, mormente dos ideais iluministas.

Em verdade, já no fim do século XVI já havia uma considerável evolução na relação entre Estado e indivíduo. Jean Bodin¹²³, grande teórico do poder absoluto do Rei, defendia que o poder do Estado, embora absoluto, não era ilimitado, mas sim insuscetível de contraste, isto é, imune a disputas de forças políticas ou sociais. Esses limites indicados por Bodin eram a fonte do que atualmente se entende por direitos negativos do indivíduo em face do Estado.

Ultrapassada a assinatura do “*Bill of Rights*” (que devolveu a força do Parlamento inglês - “*King empire*”), Hobbes desenvolveu a teoria segundo a qual os particulares seriam verdadeiros inimigos do Estado. Logo, esse mesmo Estado precisaria intervir energicamente, na forma de poder forte, único e soberano, para garantir a segurança de todos.¹²⁴ Outrossim, defeneu Hobbes que os homens eram sim inimigos dos próprios homens, e que por isso os particulares deveriam abrir mão de todos os seus direitos em proveito do Estado, único capaz de garantir a segurança e a saúde de toda coletividade.

Ainda no desenvolvimento político-filosófico dos direitos fundamentais, John Locke, o “pai do liberalismo”, divergiu de Hobbes, pois acreditava que era necessário preservar as liberdades individuais, longe do sistema autocrático do “*Bill of Righth*”.¹²⁵ Defendia Locke que os homens não eram inimigos dos próprios homens. E que seria necessário, na verdade, a criação de uma coletividade (comunidade jurídica) para resolver os conflitos que pudessem existir entre particulares. Enquanto Hobbes detinha um pensamento pessimista (com medo dos atos dos indivíduos), Locke era

¹²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.10.

¹²³ BODIN, Jean, *Les Six livres de la République* (1593), Livro I, chap. 8. Paris: Fayard, 1986, p. 174.

¹²⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã* (Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner). 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹²⁵ LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 384.

otimista, pois acreditava que os particulares resolveriam seus desideratos no naturalismo, sobrando para o Estado o mero papel de corrigir desvios pontuais.

Nestas dobras, afirmava Locke¹²⁶ que os direitos fundamentais não representavam concessões ou benesses do Estado, mas direitos preexistentes, inatos do ser humano, sendo, pois, obrigação do Estado desenvolvê-los e legislá-los para o bem de toda a coletividade. Segundo ele, o legislador não tem o poder de gerar direitos, mas apenas de proclamar direitos natos dos indivíduos, espelhado a função de “legislador razoável e vinculado”. As ideias do filósofo inglês Locke¹²⁷ influenciou várias as declarações do século XVIII, a exemplo da Revolução Gloriosa (1688), da declaração de Virgínia (1776)¹²⁸ e da Declaração Universal do Direito dos Direitos Humanos – DUDH (1948).

Outro importante filósofo liberal que estudou a relação entre Estado e direitos fundamentais foi Charles-Louis *de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu*, cunhado doravante de Montesquieu.¹²⁹ Assim como Locke, Montesquieu não era propriamente um democrata, entretanto, enaltecia o direito à liberdade – que poderia se desenvolver até mesmo num regime monárquico ou soberano.

Ao pensar na solução institucional e desenvolver as ideias de Locke, Montesquieu defendia que as liberdades proclamadas só seriam preservadas se o poder freasse o próprio poder. Segundo ele, o meio eficiente para preservar a liberdade seria conceber o poder submetido a uma correta disposição das coisas, de tal sorte que o poder fosse autolimitado. Reforça-se, aqui, a ideia de que o poder precisa estar separado, criado sob o signo da separação dos poderes, evitando que quem edita a lei possa também executá-la, o que elevaria os riscos da liberdade.

¹²⁶ Cf. LOCKE, 1998, p. 384.

¹²⁷ Já naquela época, Locke tinha a ideia embrionária de separação de poder. Ele sustentou a tese de que existiriam três Poderes: o Federativo, o Executivo e o Legislativo. Para ele, o poder de julgar era apenas um “departamento” do Poder Executivo. O mais importante seria distanciar a atividade dos Poderes Executivo e Legislativo, sendo desde o mais importante papel dentre os três Poderes.

¹²⁸ Art. 1º da Declaração de Direitos de Virgínia (1776): “*Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.*” (traduzido).

¹²⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Para Montesquieu, é da natureza humana estender a própria vontade até o encontro de um obstáculo. Tão logo, na estrutura do poder, faz-se salutar a criação de órgãos separados, de modo que um sirva de freio contra essa tendência expansionista do outro órgão. É exatamente desse pensamentos de controle mútuo entre poderes que se origina a difundida teoria dos pesos e contrapesos (“*checks and balance*”).¹³⁰

O filósofo viu na Inglaterra um modelo ideal de estrutura de poder, formado por um Rei e por um Parlamento, no qual todos os Poderes deveriam ser controlados reciprocamente. Montesquieu converge com Locke quanto à especial importância do Poder Legislativo na criação das normas, restando, ao Judiciário, se limitar ao papel de “boca da lei”, reproduzindo aquilo que já fora fixado pelo Parlamento.

Dando continuidade, para Jean-Jacques Rousseau¹³¹ o Poder soberano pertence ao povo. Segundo ele, o homem não sabe o que é melhor para si, por isso deveriam se reunir em coletividade para que seus representantes debatessem o que de fato seria relevante para o povo. Existiria, desta maneira, um estado de natureza e seus respectivos problemas que envolve toda uma sociedade, devendo o povo se reunir na comunidade política para criar um estado superior (sociedade civil) onde cada um obedeceria a si mesmo, pelas leis.

É dizer, a lei seria, na visão de Rousseau¹³², a expressão da vontade de todos, razão pela qual deveria ser genérica e não individualizada, porquanto seja, ao fim e ao cabo, a expressão da vontade de todos. Para ele, de modo até utópico, seria plenamente possível que o Parlamento se reunisse (despido de qualquer pré-conceito) e editasse leis que refletissem a vontade e o bem de todos os indivíduos. A ideia do filósofo apoiava-se na concepção de que a liberdade organizada por uma coletividade intelectual é muito mais qualificada que aquela exercida pela consciência de cada um.

¹³⁰ Cf. MONTESQUIEU, 1998.

¹³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo – SP: Editora Martin Claret, 2003, p. 123.

¹³² Ibid.

Rousseau entendia que a Constituição era importante e que as proclamações de direitos fundamentais seriam úteis. Porém, independente dessa constatação, afirmava que o povo não se submeteria nem mesmo aos preceitos constitucionais, dada a possibilidade de alteração do texto normativo a qualquer momento, bastando que as normas não mais refletissem os anseios da sociedade.¹³³ Ele parte dessa ideia de que, no Parlamento, as leis refletiriam a necessidade de se proteger o bem geral de todos: “obedecer a lei é obedecer a si mesmo”. Ninguém estaria desobrigado a desobedecer a lei, sob pena de sanção do Estado. Esse pensamento de Rousseau leva a consequências drásticas, pois as comunidades políticas foram e sempre serão imperfeitas.

Como se vê, a história dos direitos fundamentais tem altos e baixos em termos de sua aceitação no pensamento político. Também o Parlamento (tão enaltecido por Locke) pode ferir os direitos inatos – logo, os direitos fundamentais precisam ser opostos em face do Parlamento. Essas raízes filosóficas leva-nos a entender, pois, que os Poderes do Estado precisam promover e proteger os direitos fundamentais. Não são direitos criados pelo Estado, são direito preexistentes (inatos), que serão apenas proclamados por este. Chega-se então ao momento atual, em que há uma grande influência desses direitos inatos nas ações do Estado.

Ato contínuo, Bulos sinaliza para a compreensão da constitucionalização dos direitos fundamentais a partir da “Teoria dos quatro status” de Jellinek. A concepção desta proposição, desenvolvida no século XIX, tentou demonstrar como se operava a vinculação existente entre Estado e indivíduo, materializando-se como destacado método de classificação dos direitos fundamentais.

Segundo Jellinek, os direitos fundamentais dividem-se em quatro vetores (i) *status negativus*, ligado à liberdade assegurada ao indivíduo; (ii) *status positivus*, que concebia ao indivíduo o poder de exigir prestações positivas do Estado; e (iii) *status passivus*, na perspectiva de que o indivíduo também terá legitimidade para participar, direta ou indiretamente, das decisões políticas centrais do Estado.¹³⁴

¹³³ Cf. ROUSSEAU, 2003.

¹³⁴ JELLINEK, G. *Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi*, trad. ital., Milão, 1912, p. 244.

Embora busque classificar os direitos fundamentais sob a perspectiva das relações jurídicas entre Estado e indivíduo, há nítida fragilidade na fixação dos quatro status de Jellinek, porquanto as múltiplas interações empíricas que envolvem cotidianamente a relação jurídica examinada (Estado vs. Indivíduo) trazem consigo incertezas na aplicabilidade das hipóteses sugeridas pelo autor.

Ainda no que tange à classificação dos direitos fundamentais, temos que, quanto aos elementos de ordem objetiva, a doutrina constitucional encampa a divisão dos direitos fundamentais em “gerações” ou, como parte dos autores preferem, “dimensões”.¹³⁵

Para os que visualizam os direitos fundamentais sob a perspectiva de dimensões, esta nomenclatura emitiria com maior precisão a ideia de que as dimensões vindouras não excluirão da ordem jurídica as conquistas históricas e sociais obtidas nas Cartas pretéritas, pois representariam garantias preferencialmente cumulativas - o que remonta diretamente ao princípio da proibição de retrocesso.¹³⁶ Neste sentido, Tavares ilustrou o porquê da distinção terminológica feita por alguns constitucionalistas:

É preciso anotar que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A ideia de “gerações”, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo “dimensão”.¹³⁷

Logo após as revoluções Francesa e Americana, as mais variadas ordens jurídicas do mundo resolveram proclamar direitos que têm uma linha comum: direitos que visam fixar uma esfera de autonomia pessoal dos indivíduos que seja refratária à expansão dos Poderes. São direitos ligados às preocupações do Montesquieu e Locke, proteger a liberdade do indivíduo contra a expansão do estado. É a gênese da separação dos Poderes.

¹³⁵ Destaque-se, sob o enfoque jurídico-científico, que as nomenclaturas serão aqui trabalhadas como sinônimas, porquanto espelham inequivocamente a interação e evolução dos direitos fundamentais no tempo e no espaço.

¹³⁶ Princípio implícito da CF/88 que “*Impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário*” In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Instituto Brasiliense de Direito Público. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002. 322, p. 127/128.

¹³⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 358.

Dessume-se, portanto, que os direitos fundamentais de primeira geração são reconhecidos pela deferência às liberdades, resultante da aversão dos liberais aos Estados absolutistas, com direcionamento ao chamado “Estado de Direito”, no qual todos, inclusive os governantes, deveriam fiel observância à Lei (*lato sensu*). São instrumentos históricos que consagraram os direitos de primeira geração: (i) a Magna Carta de 1215, (ii) o *Habeas Corpus Act* (1679), (iii) o *Bill of Rights* (1688) e (iv) a declaração de independência americana (1776) e a declaração francesa de direitos do homem e do cidadão (1789).

Em síntese, pode-se afirmar que a primeira geração consagrou o direito às liberdades públicas, bem como aos direitos civis e políticos. Os indivíduos, a partir da publicação dos sobreditos documentos históricos, passaram a gozar de direitos negativos em detrimento do Estado, que ficou juridicamente obrigado a se limitar a interferir na liberdade do homem tão somente nos casos expressamente previstos em lei. O paradigma dos direitos de primeira geração é o homem individualmente considerado, de forma que o indivíduo tenha respeitada a sua liberdade individual ante ao possível abuso estatal.¹³⁸

A história evolui e alguns fatores como (i) o descaso com os direitos fundamentais (ii), o processo de industrialização (iii) e o crescimento demográfico acirram as cisões sociais, gerando angustias sociais diversas, a exemplo dos movimentos europeus do período. Em consequência, o Estado, representado majoritariamente pela sua burguesia, passa a notar que a ausência de prestações positivas a todos (para dar liberdade igual e efetiva), poderia gerar uma pressão popular capaz, inclusive, de prejudicar os privilégios de há muito usufruídos pelos mais abastados.

A partir de então, não houve mais reclamo restrito à atuação negativa do Estado, mas principalmente às prestações positivas, que precisou assumir comportamentos comissivos, mormente quanto à realização de prestações voltadas à promoção de medidas para amenizar as desigualdades sociais apresentadas no período. Chega-se, então, aos direitos de segunda geração, a partir dos quais um novo grupo de direitos fundamentais passa a frequentar as Cartas constitucionais:

¹³⁸ As liberdades sindical e grevista sequer eram admitidas à época porque representavam ameaças à liberdade individual.

os direitos sociais, consubstanciados essencialmente na prestação de serviços de saúde, lazer, assistência social, previdência, etc.

Percebe-se, então, que os direitos de segunda geração aportaram como verdadeiros efeitos colaterais da atuação outrora refreada do Estado, na razão em que os indivíduos passaram a reivindicar uma atuação proativa de seus governantes, especialmente no que tange aos direitos sociais, individuais e coletivos. Sem dúvidas, o grande marco dessa geração é a Revolução Industrial (século XIX), porque a partir desse processo mundial de transformações econômico-sociais, os indivíduos, que muitas das vezes laboravam em terríveis condições, deflagram manifestações populares em busca da concretização da liberdade (1ª dimensão) associada à garantia de direitos sociais mínimos.¹³⁹

Em síntese, na segunda geração, o Estado passa a atuar como agente promotor da igualdade fraternal para todos. Ademais, são direitos sociais não porque seus titulares não sejam indivíduos, mas porque objetiva-se concretizar justiça sociais.

A terceira geração dos direitos fundamentais reflete a preocupação do legislador de acompanhar o desenvolvimento das nações. Fala-se, então, do desenvolvimento tecnológico e científico da chamada “Comunidade Internacional”. São direitos que os indivíduos podem exigir como membros de uma coletividade, de titularidade difusa, a exemplo do direito à paz social, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e à preservação ao patrimônio histórico e artístico.

A proteção da coletividade passa, então, a ser objeto dos direitos fundamentais, onde o ser humano se torna, juridicamente, titular de direitos da solidariedade e fraternidade, dentro de um espectro internacionalmente reconhecido.

Por fim, no que cinge à quarta geração dos direitos fundamentais, existe uma certa heterogeneidade de ideias na doutrina. Enquanto que para Bobbio *“tratam-se*

¹³⁹ Já no início do século XX as mazelas lamentavelmente produzidas pela primeira guerra mundial trouxeram, ao menos, a ampliação dos espaços de luta pelo alargamento dos direitos sociais, econômicos e culturais, com relevante notoriedade para as reivindicações populares que influenciaram a comunidade jurídica internacional na construção da Constituição do México (1917), da Constituição de Weimar (1919), do Tratado de Versalhes (1919) e da Constituição Federal brasileira de 1934.

*dos direitos relacionados à engenharia genética.*¹⁴⁰, para Bonavides o esquadro da quarta dimensão deve ser largamente ampliado, abarcando o direito ao pluralismo, à informação e sobretudo à democracia deverão constituir uma nova visão de globalização política. Para Bonavides, existiria ainda uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, da qual resultaria a luta dos seres pela paz.¹⁴¹

Observa-se, em conclusão ao estudo das gerações, que a proposta de universalização dos direitos fundamentais (sustentada pelos defensores da quarta geração) é consequência lógica de uma revolucionária fase de reconhecimento de direitos mínimos, o qual se alimenta da fonte libertária, social e coletiva das demais gerações, sem, malgrado, deixar de lado o pavilhão da democracia e do pluralismo político e social.

2.1 A constitucionalização de direitos fundamentais.

A positivação dos direitos fundamentais denota, em termos práticos, o ato de introduzir na ordem jurídica vigente os direitos naturais tidos por indispensáveis à consecução da dignidade humana. É a formalização, no ordenamento jurídico, dos anseios e valores capitais da sociedade, fato que, em certa medida, tem escopo de mandamento geral, evitando-se, especialmente no exemplo brasileiro, a retomada de regimes autoritários.¹⁴²

A roupagem dessa positivação, para Robl Filho caracteriza-se por ser, na maior parte das vezes, princípios jurídicos, isto é, normas jurídicas que atribuem direitos e deveres *prima facie* e concretizam valores. Nesta lógica, “os princípios jurídicos concedem direitos, em um primeiro momento, aos seus titulares e, por outro lado, impõem a princípio deveres.”¹⁴³

¹⁴⁰ Cf. BOBBIO, 2004.

¹⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 569.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70.

¹⁴³ ROBL FILHO, I. N.; MARRAFON, M. A. Paradoxos da Hipermodernidade: Reflexões sobre a Análise Econômica do Direito, os Direitos Fundamentais e o Papel da Jurisdição Constitucional no Brasil à Luz da Filosofia de Gilles Lipovetsky.. In: Julio Cesar Marcelino Junior, Julio Keller do Vale, Sergio Ricardo Fernandes de Aquino.. (Org.). *Direitos Fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempos de crise*.. 1ed. Florianópolis: Conceito, 2010, v. 1, p. 265-285.

A constitucionalização de direitos fundamentais ocorre pela inclusão de normas (princípios e regras) no texto constitucional, cujo corolário fundamental se traduz na imposição ao Estado de fiel observância aos predicativos da dignidade da pessoa humana, sendo este elemento medular dos regimes democráticos. Volta-se, noutras palavras, à normatização substancial da complexa relação jurídica que envolve o Estado e seus respectivos cidadãos, os verdadeiros titulares dos direitos fundamentais.¹⁴⁴

As mais variadas transformações na concepção das sociedades acabaram por ampliar a percepção dos direitos fundamentais, pelo que diferentes terminologias são utilizadas pela doutrina para designar os direitos basilares dos indivíduos, tais como: “direitos do homem”, “direitos humanos”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos da pessoa humana”, etc.¹⁴⁵

Para o neoconstitucionalista Eduardo Cambi, independentemente do nome escolhido, os direitos fundamentais representam elementos definidores e legitimadores de todo o ordenamento jurídico positivo, proclamando um concreto e objetivo sistema de valores de aplicação imediata e de vinculação do Poder público.¹⁴⁶ Ao fim e ao cabo, eles caracterizam-se por edificar artefatos essenciais à existência do Estado Democrático de Direito, sendo-lhes indispensáveis ao funcionamento adequado das deliberações democráticas.¹⁴⁷

Destarte, os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional podem ganhar contornos subjetivos e objetivos, com se denota do estudo analítico de lavra de Mendes, em endosso à posição de Hesse:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos

¹⁴⁴ Alexy bem diferencia regras e princípios na célebre “*Theorie der Grundrechte*”. Segundo o autor, princípios são mandamentos de otimização que exigem máxima realização, objetivo que nem sempre é alcançável, dada a observância às condições jurídicas do caso concreto (categoria deontológica). De outro lado, as regras são normas que podem ser cumpridas ou não, caracterizando-se por determinações perfectibilizadas pela técnica de subsunção – e não pela ponderação. In: ALEXY, Robert. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara, 1993, p. 85.

¹⁴⁵ Cf. TAVARES, 2002.

¹⁴⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

¹⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista diálogo jurídico. vol. 15. jan.-mar.2007.

subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.¹⁴⁸

Mais especificamente quanto aos elementos subjetivos, Morais aduz que os direitos fundamentais foram idealizados “Com a finalidade de estabelecimento de limites ao Poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas (...)”.¹⁴⁹

Contudo, de modo a não figurarem apenas nos planos da vontade ou da retórica política, os direitos fundamentais devem pressupor uma positivação jurídico-constitucional, também cunhada por Canotilho de “Constitucionalização”:

Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos atentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”.¹⁵⁰

Estado e sociedade devem comungar desígnios para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, nos moldes preconizados pelo art. 3º, I, da Constituição. Aqui, vê-se o formato de atuação colaborativa, sobejadamente citada no estudo dos processos estruturais por não ser de um único ator político o dever de reverter problemas estruturais.

Nos casos onde são reconhecidos o estado de coisas inconstitucional, por exemplo, a responsabilidade pelas lesões a direitos fundamentais não pode ser imputada a uma única instituição; de igual forma, a implementação de medidas estruturantes pressupõe a ação conjunta de uma multiplicidade de atores públicos e privados.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. In: Revista Diálogos Jurídicos. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2003;2000625765>>. Acesso em 20. Jan. 2019.

¹⁴⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 30.

¹⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 9ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378.

Noutra perspectiva terminológica, Häberle, ao examinar o papel dos direitos fundamentais na ordem jurídica alemã, aduziu com inconfundível propósito a importância da atividade legislativa para efetividade dos direitos fundamentais. Para o autor, há um duplo conteúdo na cláusula geral de tutela dos direitos fundamentais: o primeiro, de caráter negativo, que visa tolher o legislador de qualquer ato contrário aos direitos postos; o segundo, ao revés, é positivo, exigindo do legislador a conformação entre a realidade social e a Constituição formal:

A melhor forma para compreender a importância da função da legislação no âmbito dos direitos fundamentais é fazendo abstração dela. A pergunta seria então o que seriam os direitos fundamentais sem a legislação. Se faltasse aos direitos fundamentais o subnível do ordenamento jurídico, hierarquicamente abaixo da Constituição, estes restariam sem eficácia, figurariam no “papel”.¹⁵¹

Logo, nota-se que, na medida em que o Estado se qualifica como um potencial transgressor de direitos do homem, devem ser positivados, por imprescindível, direitos fundamentais que protejam os indivíduos do livre arbítrio daqueles que compõem os Poderes responsáveis pela execução das normas.¹⁵²

Alexy, ao examinar mais detidamente a classificação negativa dos direitos fundamentais, asseverou que, dentro de um regime democrático, tanto o legislador (diretamente legitimado) quanto o juiz (indiretamente legitimado) devem se submeter aos limites fundamentais estabelecidos, evitando decisões antidemocráticas.¹⁵³

Além da limitação contra os abusos do Estado (competência negativa), a proposital inclusão de direitos fundamentais nas cartas constitucionais (nova acepção do acunhado dirigismo comunitário) representa a persecução dos atuais regimes democráticos de trazer efetividade aos direitos do homem. São as acunhadas “prestações de índole positiva”.¹⁵⁴

O texto constitucional representa, inegavelmente, um aparato normativo dúplice, que limita o Poder do Estado e busca assegurar os direitos individuais e

¹⁵¹ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 169.

¹⁵² No Brasil, onde já se viveu sob a égide de constituições totalitárias e absolutistas, o atual conceito de “Estado Democrático de Direito” conferido pela CF/88, é, por sua própria natureza constitutiva, uma evolução dos direitos reivindicados desde a carta constitucional imperialista de 1824.

¹⁵³ Cf. ALEXY, 2008.

¹⁵⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.16.

coletivos aos indivíduos – como bem reza os adeptos do chamado “constitucionalismo moderno”.¹⁵⁵ A preponderância dos interesses da maioria deve prevalecer em face dos interesses do Estado.

E é exatamente do hiato formado entre direito posto e direito pressuposto¹⁵⁶ que abre-se flanco ao Judiciário para reconhecer estados de inconstitucionalidades, sendo curial a percepção de que a positivação de direitos fundamentais é condição *sine qua non* à própria aplicabilidade do estado de coisas, tal como manejada nos Estados Unidos, na Argentina e na Colômbia. Em todos os *cases* da jurisprudência estrangeira onde se reconheceu o ECI, as Cortes validaram a adoção de remédios estruturais em consequência direta da positivação constitucional de direitos.

2.2 A profusão dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.

Prever, constitucionalmente, direitos e garantias fundamentais, significa nada mais que introduzir salvaguardas naturais na ordem jurídica para impor limites e fixar obrigações ao Estado¹⁵⁷. É, em verdade, uma dupla proteção, ora positiva, quando fixa direitos e garantias a serem concretizados pelos governantes; ora negativa, quando impede o Estado de cometer abusos.

A obediência a esse direitos capitais, é dizer, a adequada proteção aos direitos fundamentais é obrigação de trato sucessivo, exigindo-se uma imersão pendular: adaptar o direito outrora posto conforme os anseios pretéritos da população às novas proteções fundamentais exigidas pelas relações jurídicas contemporâneas.

¹⁵⁵ MAGALHAES, J. L. Q: *O constitucionalismo moderno - origem e crise - reflexões*; Revista Universo Jurídico; 03/04/2007; 2007; 02; 06. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-constitucionalismo-moderno-origem-e-crise-reflex%C3%B5es>>. Acesso em: 04. Jul. 2019.

¹⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁵⁷ Também chamado por “o Príncipe” por Maquiavel. Em certa passagem, afirma o filósofo que “*Os príncipes nunca devem permitir, portanto, que seus pensamentos se afastem dos exercícios bélicos; exercícios que devem praticar na paz mais ainda que na guerra, de duas formas: pela ação física, além de manterem seus homens bem disciplinados e exercitados, devem praticar sempre a caça, que habitua o corpo às agruras. A caça ensina a natureza das regiões, a posição das montanhas, a abertura dos vales, e extensão das planícies; a compreender a natureza dos rios e dos pântanos, o que requer muita atenção*”. In: MAQUIAVEL. *O Príncipe*; Comentado por Napoleão Bonaparte. 6. Ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008, p. 79.

Para tanto, é imperiosa a aproximação entre as “fundamentalidades” (formal e material) dos direitos do indivíduo¹⁵⁸. Tal providência gerará o erguimento jurídico desses direitos à condição superior de essencialidade, acobertados de procedimentos agravados de revisão e com poderes de “vinculatividade imediata”.¹⁵⁹

Como visto, a conscientização popular da existência de direitos basilares (de conteúdo mínimo) - a suscitar especial proteção constitucional-, advém, pois, da própria evolução histórica e social vivida pelas sociedades orientais e ocidentais ao longo dos séculos. A formatação do que hoje se entende por direitos fundamentais é produto direto dos movimentos históricos, mormente os de cunho libertário, político e social.

Robl Filho sustenta que o fim da segunda guerra mundial e o ocaso do regime nazi-fascista impulsionaram a busca pela revalorização dos direitos fundamentais e humanos, assim como do estado de direito. Estes fatores externos - interligados diretamente ao *Welfare State*-, espelham a origem, segundo o autor, da positivação do direitos fundamentais nas cartas constitucionais.¹⁶⁰

Não por outra razão que o marco político-jurídico dos direitos fundamentais foi a expressa conformação das ordens constitucionais à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 - DUDH (adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas – Resolução nº 217 A-III)¹⁶¹, a qual, findada a segunda guerra mundial, se apresentou como vetor de observância universal, o que por si só

¹⁵⁸ Cf. ALEXY, 2008.

¹⁵⁹ Neste sentido, a doutrina constitucional confere aos direitos fundamentais algumas características basilares, de especial observância quando de sua inserção no ordenamento jurídico pátrio. O professor José Afonso da Silva indicou algumas características distintivas dos direitos fundamentais: (i) historicidade (nascer, modificam-se e desaparecem, como qualquer direito); (ii) inalienabilidade (são intransferíveis e inegociáveis); (iii) imprescritibilidade (nunca deixam de ser exigíveis); (iv) irrenunciáveis (não há possibilidade de renúncia a tais direitos pelos destinatários). In: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 181.

¹⁶⁰ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: o desenho institucional do Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no estado democrático de direito brasileiro*. Tese de Doutorado, Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012, p. 58.

¹⁶¹ O preâmbulo da DUDH afirma: “Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.”.

demonstra a vinculação dos direitos fundamentais com movimentos políticos e sociais.¹⁶²

Endossando essa ideia de legado europeu dos direitos fundamentais, no Brasil, adotou-se a expressa constitucionalização do direito à igualdade, à vida, à segurança, à propriedade e à liberdade, todos insertos no art. 5º, *caput* da CF/88. Para demonstrar de que forma esta positivação de direitos fundamentais evoluiu no sistema jurídico nacional, far-se-á, adiante, uma breve incursão nas Cartas pretéritas, desde a outorgada Constituição da Independência até a atual Constituição Cidadã de 1988.

As sete cartas constitucionais brasileiras pós independência (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988), prestigiaram, em diferentes graus, os direitos fundamentais. Inicialmente, a despeito das arbitrariedades cometidas pelo Poder Moderador, a Constituição de 1924 foi a primeira entre os ordenamentos jurídicos a salvaguardar – ainda que simbolicamente¹⁶³ - direitos fundamentais, com a expressa previsão das “Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos brasileiros”.

A seu turno, a Carta Constitucional de 1981, fruto da transição da forma de governo monárquico para o republicano dispunha de uma “Declaração de Direitos”, por meio da qual o constituinte garantiu aos brasileiros e estrangeiros residentes no país que não haveria lesão aos direitos individuais relacionados à liberdade, à segurança e à propriedade. Embora mais específica quanto aos direitos personalíssimos do cidadão, a Constituição de 1981 também foi despiciente de concretude, dada a clarividente antítese entre o ser e o dever ser.

A Constituição Federal de 1934, segunda carta constitucional do período republicano, a despeito de ter sido a de menor duração da história, é reconhecida por seu pioneirismo na utilização do termo “Direitos e Garantias Individuais”, largamente influenciada pelos direitos sociais, cíveis e políticos, ou seja, aqueles descritos pela doutrina como direitos fundamentais de segunda dimensão. Houve, sem dúvida, uma relevante positivação de direitos sociais do cidadão, a exemplo do

¹⁶² No Brasil, a Constituição cidadã de 1988, fincada nos axiomas da dignidade da pessoa humana consagrados na DUDH, utilizou-se do conceito de direitos fundamentais da Lei Fundamental da Alemanha (1949), para instituir na ordem constitucional brasileira direitos e garantias com regime jurídico diferenciado, de maior proteção e poder de imposição.

¹⁶³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

sufrágio universal, da ação popular, do voto feminino, do estabelecimento das Justiças do Trabalho e Eleitoral, do incremento de leis trabalhistas, etc.

Diametralmente contrária, a Constituição de 1937, também denominada de Constituição “Polaca”, apresentou-se como resultado do golpe de Estado produzido pelo então presidente Getúlio Vargas. A ideia obsessiva de Vargas em afastar o Brasil dos ideais comunistas acabou por aproximar o nosso regime constitucional de posicionamentos fascistas, fomentados, à época, na Itália.

Cria-se então o chamado “Estado Novo”, período em que os direitos fundamentais foram absolutamente ignoradas por Vargas, responsável por fazer uso de medidas de enfraquecimento dos Poderes Legislativo e Judiciário para consolidar o seu golpe de estado. Sob a vigência da Constituição de 1937, a Justiça Eleitoral foi extinta, os meios de comunicação sofreram censura prévia, foi proibido o direito de greve, houve previsão de pena de morte para crimes políticos, dentre outras arbitrárias supressões.

Felizmente, no ano de 1945, o Estado Novo foi interrompido, consequência direta da participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial. Isso porque, embora Vargas tenha inicialmente declarado a posição de neutralidade do país no conflito, houve posterior adesão do Brasil com os Estados Unidos e demais países aliados, como a França e a Inglaterra.

A grande questão dessa mudança de postura do Brasil na lide foi o contrassenso de seu chefe de Estado: como um país governado sob o regime ditatorial poderia traçar alianças políticas diretas com países que comungam da ideia de liberalismo? Foi exatamente esta incoerência política que extirpou a continuidade do Estado Novo e antecipou a chegada dos ideais democráticos no país. A era Vargas é deixada pra trás e os novos pensamentos de redemocratização se espalharam pelo país, com repúdio majoritário ao Estado totalitário. É instalada nova Assembleia Constituinte, da qual resultou a criação da Constituição Federal promulgada em 18 de setembro de 1946 (republicana e pautada notadamente na harmonia entre o liberalismo característico da Constituição de 1891 e a valorização dos direitos sociais fizados na Carta de 1934.

Ato contínuo, a Constituição de 1946 conferiu relevo à positivação dos direitos fundamentais. Para além do restabelecimento da ação popular e o mandado de segurança, foi expressamente vedada a pena de morte e a de caráter perpétuo, o direito de greve foi reconhecido e as garantias da ação popular e do mandado de segurança foram restabelecidos.

Após aproximadamente vinte anos de conquistas democráticas, o Brasil sofreu o Golpe Militar de 1964, estabelecido após a retirada de Jânio Quadros da Presidência da República. Daí surge a CF/1967, a qual, nos moldes da Constituição Polaca de 1937, ignorou, mormente após a edição do famigerado AI-5, a importância dos direitos fundamentais anteriormente constitucionalizados.

Houve, durante a vigência deste regime ditatorial (de cunho ufanista), espaço para leis de censura e banimento, restrição do direito de greve, comandos de suspensão de direitos políticos, exclusão do princípio da inafastabilidade da jurisdição e inaplicabilidade (salvo raras exceções) do remédio constitucional do *habeas corpus*.¹⁶⁴

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), designada por Ulysses Guimarães (então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte) de “Constituição Cidadã”, previu expressamente em seu Título II um rol de direitos fundamentais denominados “*Dos Direitos e das Garantias Fundamentais*”, os quais foram subdivididos pelo constituinte em cinco Capítulos, quais sejam: (i) *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos – art. 5º*; (ii) *Dos Direitos Sociais – art. 6º 11º*; (iii) *Da Nacionalidade – art. 12-13*; (iv) *Dos Direitos Políticos – art. 14-16*; e (v) *Dos Partidos Políticos – art. 17*).¹⁶⁵

Percebe-se, dos mencionados artigos, que o legislador positivou – até de forma demasiada – o catálogo expresso dos direitos fundamentais, razão pela qual a CF/88 é classificada pela doutrina como uma constituição analítica. Neste sentido,

¹⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹⁶⁵ A esse respeito, foi levantada eventual imprecisão do texto constitucional quanto à correta amplitude do termo “direitos e deveres individuais e coletivos”, se abarcaria todos os direitos e garantias fundamentais dos artigos 5º a 17 ou estritamente os direitos individuais e coletivos do art. 5º, tendo o STF pacificado entendimento no sentido de que o texto normativo deve ser interpretado em sentido amplo, a exemplo do posicionamento firmado pela Corte na ADI 3510, relacionada à autorização de pesquisa com células tronco.

Robl Filho assenta que “A Constituição Brasileira, felizmente, foi bastante generosa na concessão de direitos fundamentais. Em abstrato, não há nenhum problema na concessão de tantos direitos fundamentais, pois, em linhas gerais, esses direitos são absolutamente compatíveis entre si”.¹⁶⁶

Houve expressa previsão de salvaguarda do direito à vida, a liberdade, a igualdade, à legalidade, à proibição a tortura, à propriedade, à liberdade de expressão, à inviolabilidade domiciliar, ao direito de reunião, à inafastabilidade da jurisdição, à irretroatividade das leis, dentre outros.

Sem dúvidas, a expressiva bandeira hasteada pela CF/88 foi a da liberdade, cujo espectro pode ser dividido em cinco categorias: 1. A liberdade da pessoa física (locomoção e circulação); 2. A liberdade de pensamento (de opinião, artística, religiosa, de informação e comunicação); 3. A liberdade de expressão coletiva (reunião, associação); 4. A liberdade de ação profissional; e 5. A liberdade de conteúdo econômico e Social.¹⁶⁷

Também merece relevo o especial tratamento dado pela ordem jurídica constitucional à dignidade da pessoa humana. A CF/88 proibiu a aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII), coibiu a prática de tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), contemplou a prática de racismo no rol de crimes inafiançáveis e imprescritíveis (art. 5º, XLII), assegurou aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e, dentre outros direitos correlatos, garantiu a todos o direito à cláusula geral do devido processo legal (art. 5º, LIV).¹⁶⁸

Outra característica marcante da CF/88 é a amplitude concedida a seus destinatários/beneficiários. O estrangeiro, inclusive aquele sem domicílio no Brasil, goza dos direitos individuais e coletivos conferidos aos brasileiros (art. 12, § 2º).

¹⁶⁶ ROBL FILHO, I. N.; SARLET, I. W. . *ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COM DESTAQUE PARA O PROBLEMA DA SUA COLISÃO COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS, EM ESPECIAL, COM OS DIREITOS DE PERSONALIDADE*. Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 8, p. 112-142, 2016.

¹⁶⁷ Cf. SILVA, 2010.

¹⁶⁸ Notório arquétipo dessa formatação histórica dos direitos fundamentais é a cláusula geral da dignidade da pessoa humana, resultante não apenas na imposição de deveres negativos e positivos ao Estado, mas sobretudo quanto a sua conformação de base hermenêutica de aplicação do sistema jurídico vigente, constitucional ou infraconstitucional.

A condição jurídica de estrangeiro, portanto, não legitima ações discriminatórias do Estado brasileiro, havendo apenas situações excepcionais, expressamente previstas em lei, que autorizam algumas prerrogativas aos brasileiros natos e naturalizados, a exemplo da prerrogativa do brasileiro nato de exercer o cargo de chefe do Poder Executivo federal (art. 12, § 3º, I).

Existem, destarte, direitos fundamentais disseminados por todo o texto constitucional, os quais, a despeito de não listarem expressamente nos dispositivos abarcados pelo Título II da CF/88, possuem natureza materialmente fundamental. À guisa de exemplo, sempre citados pela doutrina constitucional, estão o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, “b”).

É de se destacar ainda que o elenco de direitos fundamentais positivados na CF/88 tem natureza “*numerus apertus*”, isto é, exemplificativa, a partir da hermenêutica extraída do art. 5º, § 2º, que dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”¹⁶⁹

Outrossim, infere-se pela vedação da Carta de 1988 que os tratados internacionais de direitos humanos serão equiparados a emendas constitucionais quando a aprovação pelos membros do Senado e da Câmara Federal tiver o quórum mínimo para a implantação de uma emenda constitucional: aprovação por três quintos dos membros, nas duas casas, em dois turnos – inteligência do art. 5º, § 3º, da CF/88. De outra banda, os tratados internacionais que não dispõem sobre direitos humanos devem ser considerados, na visão consolidada da maioria dos membros

¹⁶⁹ No que diz respeito à forma pela qual as normas internacionais são aplicadas ao direito interno brasileiro, é assente na legislação e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) que a incorporação de atos normativos internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro não é automática, porquanto necessária a prévia promulgação na ordem interna. Existem etapas a serem cumpridas para que um tratado internacional adquira aplicabilidade no direito pátrio. Essas fases são, respectivamente: a assinatura do tratado internacional, pelo Presidente da República (art. 84, VIII, da CF/88); a aprovação do Congresso Nacional, através do instrumento denominado Decreto Legislativo, quando o tratado de direitos humanos trazer ônus ao país (art. 49, I, da CF/88); a ratificação e o depósito do tratado internacional, por parte do Presidente da República; e, por fim, a promulgação do tratado internacional na ordem interna brasileira, por meio de Decreto Executivo do Presidente da República.

do STF, como “normas supralegais”, ou seja, estariam hierarquicamente abaixo da Constituição Federal, mas acima das legislações infraconstitucionais.¹⁷⁰

Assim, a partir do ordenamento jurídico vigente, temos que, caso um tratado internacional seja aprovado pelo Congresso Nacional em quórum inferior ao previsto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal, terá *status* de norma supralegal, hierarquicamente superior a uma lei ordinária ou complementar, malgrado subordinada aos preceitos constitucionais originários ou derivados.

Ademais, sobreleva pontuar, aqui, que para além da positivação de direitos humanos mínimos, uma Carta constitucional tem o dever sepulcral de trazer instrumentos legais que efetivem os direitos listados, sob o risco de se fomentar o que Karl Loewenstein denominou de Constituições nominais (há validade jurídica sem efetividade existencial).¹⁷¹ Portanto, para que a Constituição não tenha a serventia de uma simples folha de papel, a par da realidade social existente, curial o entendimento real do significado das “garantias constitucionais”.¹⁷²

Veja-se que, enquanto os direitos expressam um conteúdo declaratório da existência de uma pretensão legislativa juridicamente tutelada, a garantia ascende como uma norma assecuratória, com propósito de viabilizar os direitos positivados na ordem jurídica. À guisa de exemplo, quando o Título II da CF/88 afirma que estão juridicamente previstos “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, há clara indicação de que o rol de direitos nele constante será acompanhado de garantias constitucionais (*habeas corpus*, mandado de segurança, devido processo legal, etc.).

¹⁷⁰ O caso paradigma da inovação trazida pelo STF foi o julgamento a respeito da possibilidade de prisão civil do depositário infiel. A efetivação deste imbróglio normativo foi o seguinte: o Brasil passou a não mais admitir a prisão do depositário infiel, pois a norma supralegal (Pacto San José da Costa Rica – internalizado pelo Decreto nº 678/92) proibiu esse tipo de prisão, suspendendo temporariamente a eficácia dos dispositivos presentes no Código Civil (art. 652), e na Lei do depositário infiel (Lei nº 8866/94) – normativos infraconstitucionais que regulamentavam as hipóteses de prisão do depositário infiel. Ressalva seja feita, em que pese a retirada da eficácia da norma pelo STF, o texto Constitucional continua admitindo a prisão do depositário infiel, à luz do art. 5º LXVII, da CF/88¹⁷⁰, porquanto a aprovação do referido Pacto internacional não tem natureza jurídica de emenda constitucional – impedindo, por conseguinte, a revogação expressa do presente inciso acima elencado.

¹⁷¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria da Constituição*. 2ª ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

¹⁷² LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002, p. 68.

Ao visualizar necessidade de concretude dos direitos fundamentais, Almeida preleciona que “A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, com base nos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para concretização da democracia.”¹⁷³

Na mesma toada, Robl Filho, ao importar o termo *accountability* aos direitos fundamentais, corrobora com a ideia de que a inserção de direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal é apenas a primeira etapa necessária à fruição substancial de suas prerrogativas, de sorte que o controle democrático dos atos governamentais apresenta-se como instrumento essencial na efetividade da Constituição material:

O artigo 5º da CF positivou importantes direitos individuais. O caput do referido artigo garante os direitos gerais à liberdade e à igualdade. (...) Ainda, esses direitos fundamentais permitem a aplicação de diversas sanções de *accountability*. A discussão dos cidadãos, das associações e da imprensa pode expor publicamente um agente público (*accountability social*). Ainda, cidadãos, associações e sindicatos podem formular requerimentos administrativos ou ações judiciais, pleiteando que as autoridades competentes sancionem os agentes estatais (*accountability horizontal*). Também, a discussão pública influencia o exercício da *accountability vertical eleitoral* sobre os agentes estatais eleitos.¹⁷⁴

Com efeito, interessante observar a umbilical conexão entre democracia e direitos fundamentais, pois o controle popular das decisões majoritárias, por vezes, tende a gerar conflitos relacionados à legitimidade democrática e à responsabilidade política daqueles que compõem o Estado.

Em suma, os direitos fundamentais não são pré-ordenados ou absolutos, tampouco imutáveis. De toda sorte, por força do art. 60, § 4º da CF/88, estão no rol das chamadas cláusulas pétreas, ou seja, inserem-se dentro do núcleo duro e imutável da Constituição. Bem por isso, Branco¹⁷⁵ posiciona-se no sentido de que “No Brasil, os direitos fundamentais são normas que não admitem o amesquinamento do seu grau de proteção por parte do poder constituinte de reforma”, daí advindo a salutar limitação material à atuação legiferante do Poder

¹⁷³ ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Constituição Federal Comentada*. Guilherme Assis de Moraes... [et al.] [organização equipe forense]. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁷⁴ Cf. ROBL FILHO, 2012 p. 167.

¹⁷⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *O Supremo Tribunal Federal Brasileiro em 2014. Tendências Jurisprudenciais*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, v. 19, 2015, p. 415-444.

constituente derivado, que não poderá mitigar ou excluir tais direitos da ordem constitucional.

2.3 Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais.

Conforme demonstrado, após a fase liberalista do século XIX, houve no Brasil indiscutível incremento de direitos e garantias sociais na ordem constitucional, mormente àqueles dispostos nas Constituições de 1934 e 1988. Estes diplomas induziram sobremaneira a atuação positiva do Estado, porquanto o caráter dirigente do texto constitucional não mais se coadunaria com o mero dever de abstenção. Passou-se a exigir, desde então, atuações comissivas do Estado para a satisfatória concretização dos comandos constitucionais.

No mais das vezes, é a partir da deficiência na atuação institucional do Estado na execução de políticas públicas que ocorrem as graves violações a direitos fundamentais. Neste particular, para melhor examinar a relação das omissões inconstitucionais com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, salutar a prévia análise da eficácia (aplicabilidade) das normas constitucionais.

Primeiramente, impende rememorar que as normas constitucionais gozam de eficácia, seja ela jurídica-social ou apenas jurídica. Não existe dispositivo constitucional que não possua ao menos eficácia jurídica, capaz de revogar as normas anteriores que com elas sejam incompatíveis e impedir a inserção de regulamentos colidentes.

Não obstante, parte considerável da doutrina entende que as regras e princípios esculpidos no texto constitucional não possuem eficácia diametralmente idêntica. Diferenciam-se mormente pela aptidão de cada uma para produção de efeitos jurídicos, ou seja, há divisões quanto à aplicabilidade das regras e princípios constitucionais. Examinando esta peculiaridade, Afonso da Silva apresentou em 1967 uma teoria¹⁷⁶ segundo a qual as normas constitucionais podem ter eficácia

¹⁷⁶ O memorável trabalho monográfico *“Aplicabilidade das normas constitucionais”*, de tão significativo, foi ulteriormente lançado pelo autor no concurso de ingresso da Faculdade de Direito de São Paulo.

plena, contida ou limitada.¹⁷⁷ Para o constitucionalista, as normas constitucionais de eficácia plena representam aquelas imediatamente aptas a produzir todos os seus efeitos, prescindindo a provocação de qualquer norma (constitucional, infraconstitucional ou infralegal) de natureza integrativa.

Denotam as normas que englobam, a partir promulgação da nova ordem constitucional, todos os elementos indispensáveis a sua plena aplicabilidade, sendo, pois, desde logo exigíveis. Pode-se afirmar, em resumo, que esse conjunto de normas constitucionais possuem aplicabilidade direta, imediata e integral.

Exemplos ordeiros de normas de eficácia plena seriam os artigos 5º, III, 17, § 4º e 37, III, todos da CF/88, que versam, respectivamente, sobre a proibição da prática de tortura ou do tratamento desumano ou degradante, a vedação aos partidos políticos de utilizar organização paramilitar e a fixação do prazo máximo para validade do concurso público. Quanto aos direitos e garantias fundamentais, há manifesta disposição constitucional (art. 5º, §1º da CF/88) neste sentido: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*”

Noutro giro, as normas constitucionais de eficácia contida¹⁷⁸, segundo Afonso da Silva, são aquelas que, a despeito da possibilidade de produção de efeitos imediatos (sem lei integrativa), podem sofrer, em razão de determinação constitucional, reduções quanto a sua abrangência. Essa limitação do alcance da norma realizar-se-á por ato normativo constitucional ou infraconstitucional, a depender da autorização dada pela ordem jurídica constitucional. Em regra, as normas constitucionais possuem eficácia plena, e transformando-se em contida tão somente se o texto constitucional assim o permitir, hipótese em que a norma poderá ser reduzida em regulamento integrativo.

O exemplo clássico é o art. 5º, XIII, da CF/88. Em quer pese o mencionado dispositivo assegure o livre exercício de qualquer trabalho, há, no final do texto, expressa menção de que deverão ser “*atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”.

¹⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 262.

¹⁷⁸ Titulado por Maria Helena Diniz como normas constitucionais restringíveis, ou seja, passíveis de mitigação pelo legislador. *In*: DINIZ, Maria Helena. *Normas constitucionais e seus efeitos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Logo, embora a regra estabelecida pelo constituinte seja de que o direito ao exercício profissional no Brasil detém natureza imediata e integral, há, em contrapartida, expressa possibilidade constitucional de mitigação à regra, como evidenciado no caso do estatuto da OAB, de cujo teor se extrai a exigência de prévia aprovação no exame da ordem para o exercício da profissão de advogado.¹⁷⁹

É por estes fundamentos que parte da doutrina defende que as normas constitucionais de aplicabilidade contida (reduzível ou restringível) devem ser classificadas como normas de aplicabilidade direta, imediata e não necessariamente integral, dada a possível autorização constitucional de seu alcance pelo legislador infraconstitucional.¹⁸⁰

Última forma de aplicabilidade delineada por Afonso da Silva, as normas de eficácia limitada denotam aqueles dispositivos que não adquirem vigor imediato, quando 1. Da promulgação da Constituição Federal pelo poder constituinte originário; 2. Das modificações advindas do constituinte derivado (reformador ou revisor); e 3. Dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos internalizados nos moldes do art. 5º, § 3º da CF/88. Certo é que a aplicabilidade mediata e reduzida das normas de eficácia limitada indicam a imperiosa necessidade de integração legislativa do texto constitucional.

A normas constitucionais de eficácia limitada, diferentemente daquelas de aplicabilidade plena e contida, possuem vigência indireta, mediata e reduzida, pois necessitam de norma regulamentadora para a sua plena executoriedade. Há, contudo, quem defenda que existirá sempre uma “eficácia imediata mínima” para as normas de eficácia limitada, relacionada a sua função como vetor teleológico, de forma a direcionar a interpretação constitucional e impedir a prática de atos administrativos ou legislativos contrários ao comando constitucional que dispunha de eficácia diferida.

¹⁷⁹ Cf. Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB): Art. 3º: O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); Art. 8º. Para inscrição como advogado é necessário: (...) IV - aprovação em Exame de Ordem.

¹⁸⁰ TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. 24ª Ed. 4ª triagem. Revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 25.

A eficácia limitada pode ser identificada como as normas de princípio programático ou de princípio institutivo. Este relaciona-se com a estruturação geral de determinado órgão, entidade ou instituição, suscitando a edição de normas infraconstitucionais para sua concretização (p. ex. art. 37, VII e XI da CF/88). De modo diverso, aquela tem por corolário máximo a realização de programas que precisam ser implementados pelo Estado para a efetivação de direitos sociais, a exemplo da saúde e da educação (p. ex. art. 6º, *caput*, da CF/88).

Malgrado válido o teor da enunciação extraído do art. 5º, § 1º da CF/88, a hermenêutica realizada em vultosa parte dos direitos e garantias fundamentais insertos na CF/88 leva-nos à ilação de que o legislador originário, em verdade, conferiu aplicabilidade limitada ou contida a expressiva parcela dos direitos fundamentais. Bulos, em complemento, indica a possibilidade de existirem normas constitucionais de eficácia exaurida, ou seja, aquelas de efeitos já extintos, a exemplo do art. 3º do ADCT, que dispõe sobre a revisão constitucional designada para cinco anos após a promulgação da CF/88.¹⁸¹

A bem da verdade, a teoria sugerida por Afonso da Silva, a despeito de sua relevância acadêmica, apresenta notáveis flancos de aplicação, o que desidrata, em certa medida, a serventia da classificação sobre a eficácia das normas fundamentais para a resolução de problemas práticos do dia a dia.

Neste sentido, Campos afirma que a doutrina não delimitou precisamente os planos de existência e de efetividade da dita norma autoaplicável, incorrendo em nítida confusão terminológica. Para ele, para conferir a devida importância à efetividade dos direitos fundamentais, a doutrina tradicional precisa ser revista:

Ao focar a atenção sobre o texto constitucional em sua dimensão formal, a doutrina tradicional, mesmo sem pretender, coloca os direitos fundamentais em segundo plano e, ao fixar como critério da omissão a eficácia jurídico-formal dos enunciados constitucionais, minimiza os problemas de efetividade dos direitos fundamentais, o que equivale a retirar a realização prática desses direitos do centro do constitucionalismo contemporâneo.¹⁸²

¹⁸¹ Cf. BULOS, 2000.

¹⁸² Cf. CAMPOS, 2016, p. 66.

Ao analisar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, Virgílio da Silva apresenta ressalvas à consagrada classificação proposta por Afonso da Silva.¹⁸³

Primeiramente, baseado na ideia de direitos *prima facie* e direitos definitivos, Virgílio defende que todos os direitos fundamentais são restringíveis em certa medida, de sorte que “não pode ter lugar em um modelo que sustente sua existência de normas de eficácia plena e que sejam irrestringíveis, já que a passagem do direito *prima facie* para o definitivo é justamente a expressão desse processo de restrição”.¹⁸⁴

Outrossim, Virgílio diverge de Afonso quando afirma que as limitações a direitos fundamentais são sempre externas (e não implícitas), de modo que as normas de eficácia plena, contida e limitada são igualmente objeto das mesmas restrições, não havendo razão fática para diferenciá-las. Virgílio, em conclusão, resume sua posição minoritária afirmando que “todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis”.¹⁸⁵

A concepção do autor, como se vê, vai de encontro com a classificação da eficácia das normas fundamentais de José Afonso da Silva. Apoiando-se Virgílio na ideia de que, sendo todas as normas de direitos fundamentais restringíveis, razão não haveria para diferenciar tais normas em grupos diferentes (plena, limitada ou contida). Ademais, sendo todos os direitos fundamentais regulamentáveis, as normas de eficácia plena não seriam distintas daquelas tidas de eficácia limitada.

Isto posto, desenvolvidas, ainda que perfunctoriamente, as diretrizes gerais da eficácia das normas constitucionais, passemos à análise das omissões inconstitucionais, observadas a partir da abordagem tradicional do fenômeno jurídico (das normas de eficácia limitada) em direção à visão moderna das omissões, voltadas à ausência ou insuficiência de políticas públicas (o que abrange, inclusive, a inaplicabilidade fática das normas de eficácia plena).

¹⁸³ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, n°4-23-51, out/dez, 2006, p. 2. Disponível em <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: 04. Set. 2019.

¹⁸⁴ Cf. AFONSO DA SILVA, 2006, p. 46.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p.47.

2.4 O enfrentamento das omissões inconstitucionais.

As chamadas “omissões inconstitucionais” representam consequências jurídicas negativas, espelhos da incapacidade do Estado Social de concretizar os mandamentos constitucionais. Este fenômeno jurídico ganha ainda mais relevo social quando a conduta omissiva tende a prejudicar a concretude dos aclamados direitos fundamentais, insertos expressa ou implicitamente no texto constitucional.

A doutrina tradicional entende que a omissão inconstitucional sobrevém a partir de uma omissão legislativa (pura e simples), hipótese em que a ausência de efetividade de determinado dispositivo constitucional seria reflexo da ausência de lei regulamentadora. Há, neste sentido, posicionamento restritivo quanto ao alcance da omissão inconstitucional, limitando-o aos casos em que, a despeito da expressa obrigação constitucional da edição de norma futura, o legislador assim não o faz.¹⁸⁶

Mendes estabelece interessante panorama sobre a omissão legislativa:

A concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei. Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social.¹⁸⁷

Entrementes, filiando-me à lição de Campos, penso que as omissões inconstitucionais também hão de ser examinadas num viés ampliativo, compreendendo não só a mora na produção normativa típica do legislador, mas igualmente a falta ou insuficiência de políticas públicas. Pela clareza da explanação, convém transcrever os fundamentos desenvolvidos pelo autor para interligar as omissões inconstitucionais decorrentes da precariedade de políticas públicas e a atuação do STF enquanto Corte de jurisdição constitucional:

Significa dizer: a corte precisa de uma nova concepção de omissão inconstitucional, que alcance estágio particular de falhas estruturais e se

¹⁸⁶ Um exemplo clássico de expressa imposição constitucional de regulamentação é a norma de eficácia limitada de princípios constitutivos inserta no art. 18, § 2º da CF/88, assim disposta: “Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.”

¹⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98421&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

manifeste não pura e simplesmente em função do descumprimento de enunciados constitucionais específicos, mas da falta de efetividade dos direitos fundamentais e sociais. A omissão inconstitucional traduzir-se-ia como falta ou insuficiência de políticas públicas voltadas a concretizar esses direitos.¹⁸⁸

A partir desta nova perspectiva aderida pela doutrina, evidencia-se a omissão inconstitucional de índole administrativa, a demandar ato governamental integrativo (política pública). Entrementes, de forma a viabilizar a melhor inteligibilidade da matéria, essa dissertação destrinchará inicialmente a omissão inconstitucional no plano tradicional da omissão parlamentar, para só então examinar as questões inerentes à ampliação do instituto (omissão inconstitucional administrativa).

Num primeiro momento, Karl Loewenstein tratou da omissão inconstitucional normativa a partir de seus efeitos teleológicos. Afirmou o autor que todo o sistema jurídico constitucional, notadamente os de regime democrático, ficam fragilizados com ao descumprimento das normas constitucionais. A responsabilidade por essa crise institucional ficaria a cargo dos governantes, quando estes *“descuidan frecuentemente los deberes que les ha impuesto la constitución da”* e da própria população, que reflexamente tende a se tornar indiferente com a ordem constitucional.¹⁸⁹

De acordo com Mendes, a omissão inconstitucional teve a sua primeira aparição como fenômeno jurídico na Alemanha, a partir de julgamento exarado em 1951 pela “Bundesverfassungsgericht”, caso em que o Tribunal Constitucional Federal alemã admitiu a existência de condutas omissivas do Estado com força de macular direitos veiculados na sua Lei Fundamental, a *“Grundgesetz”*.

Atualmente, o a Corte Constitucional alemã utiliza duas técnicas de decisão para corrigir as omissões inconstitucionais do parlamento: a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (mero juízo de “desvalor”) e o apelo ao legislador (por meio da qual se admite a omissão mas não a inconstitucionalidade da norma, pelo que se devolve o objeto da impugnação ao Legislativo).¹⁹⁰

¹⁸⁸ Cf. CAMPOS, 2016, p.17.

¹⁸⁹ Cf. LOEWENSTEIN, 1983. p. 223.

¹⁹⁰ Cf. MENDES, 2008, p.10.

Todavia, ao estudar as normas constitucionais de eficácia limitada sob o enfoque do controle de constitucionalidade, Barroso afirma que, embora a discussão jurisprudencial sobre a omissão estatal tenha recebido contornos já nas décadas de 50 e 60, o fenômeno jurídico da inconstitucionalidade por omissão só fora expressamente positivado a partir das Constituições da extinta Iugoslávia (1974), de Portugal (1976) e da Espanha (1978).¹⁹¹

Tratando-se do Estado brasileiro, vê-se que a inconstitucionalidade por omissão foi assunto aventado desde a Constituinte de 1987. Tanto é que a maturação do instrumento nas Cartas constitucionais possibilitou que a CF/88 fosse promulgada com uma dupla proteção contra omissões: o mandado de injunção – MI (art. 5º, LXXI da CF/88), remédio constitucional voltado à resolução casuística de direitos subjetivos violados em virtude de falta de norma reguladora; e ação de inconstitucionalidade por omissão - ADO (art. 103, § 2º, da CF/88), instrumento de controle de constitucionalidade que tem por corolário modificar, abstratamente, situações em que evidenciadas omissões normativas.

Demais disso, em vista de que a Lei 9.882/99 regulamentou os artigos 102, §1º e 103, §§1º e 3º da CF/88, tem-se que desde então a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) apresenta relevante papel constitucional de, subsidiariamente, combater as omissões inconstitucionais no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Não obstante, salutar destacar a promulgação da Lei nº 12.063, de 2009, que estabeleceu a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Neste particular, a mera opção de não legislar não é fato jurídico apto a subsumir o fenômeno da omissão inconstitucional. Quero dizer que, é absolutamente salutar que exista comando constitucional ordenando a prática de dever específico de ação por parte do legislador, não sendo suficiente para caracterização da omissão inconstitucional a indicação genérica da obrigação de legislar, conferida pela ordem constitucional positivada como função típica (ordinária) daquelas que exercem mandato no Poder Legislativo. Em endosso, Barroso:

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

Insera-se no âmbito próprio de sua discricionariedade a decisão acerca da edição ou não de uma norma jurídica. De regra, sua inércia não caracterizará um comportamento inconstitucional. Todavia, nos casos em que a Lei Maior impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará um caso de inconstitucionalidade por omissão.¹⁹²

O subscrito pensamento comunga com a visão já delineada por Canotilho, em direção à absoluta indispensabilidade - para a existência da omissão inconstitucional - que o legislador descumpra obrigação constitucional específica. É dizer, não há omissão inconstitucional pelo simples não agir parlamentar, mas sim pelo descumprimento de ato próprio, constitucionalizado e objetivamente denotado como um “não fazer qualificado”.¹⁹³

À toda evidência, a ilação conseqüente é que a omissão qualificada do legislador em não regulamentar o comando constitucional traduzir-se-á na própria inobservância à escolha do constituinte pela supremacia formal da constituição – em abandono à supremacia do Parlamento, hipótese flagrantemente eivada de vício de inconstitucionalidade. Assim, partindo-se da abordagem convencional (normativa) das omissões inconstitucionais, o descumprimento da obrigação qualificada de legislador tem por resultado lógico a inefetividade do dispositivo constitucional de eficácia limitada, a demandar imediata regulamentação parlamentar.

Outrossim, quanto às espécies, a omissão inconstitucional legislativa pode ser classificada em omissão total, parcial ou relativa. Total será aquela omissão de caráter absoluto, da qual se verifica plena inexistência de ato normativo integrador. De outra banda, a omissão parcial é particularidade da ação legisferante deficiente, ou seja, regulamenta todo o dispositivo constitucional vindicado, todavia, de forma insatisfatória. Por fim, a omissão relativa é aquela em que há mácula à isonomia, na razão em que o normativo produzido concretiza o direito de alguns em detrimento de outros.¹⁹⁴

Fato é que a CF/88 dispõe ser obrigatória a edição de leis que confirmem eficácia aos seus comandos nos casos de normas definidoras de direitos e nos

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 81.

¹⁹³ Cf. CANOTILHO, 2003, p. 1.033.

¹⁹⁴ Cf. MENDES, 2008, p. 9.

casos de normas de organização. Em virtude da ausência de regulamentação legal que possibilite a concretização dos direitos constitucionalmente garantidos, faz-se necessária a tutela jurisdicional, apta a corrigir a situação lacunosa evidenciada. São os meios de controle de constitucionalidade da omissão legislativa.

Na CF/88, as omissões inconstitucionais decorrentes das normas de eficácia limitada ganharam especial relevo a partir da edição na ordem jurídica dos artigos 5º, LXXI (mandado de injunção) e 103, §2º (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), por intermédio dos quais autoriza-se o manejo da tutela jurisdicional como instrumento estatal de correção da “inefetividade das normas constitucionais”.¹⁹⁵

Neste diapasão, o mandado de injunção afigura-se como o remédio constitucional apto a viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas (inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania) concretamente submetidos ao Judiciário. Os requisitos para utilização do mandado de injunção são cumulativos: (i) a existência de norma constitucional de eficácia limitada; (ii) e a ausência de normativo regulamentador do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional.

A criação do instituto é objeto de controvérsia doutrinária.¹⁹⁶ Tenha sido a ação constitucional idealizada no *writ of injuction* estadunidense, no *equity sistem* anglo-saxão ou nas omissões à ordem constitucional portuguesa, fato é que, no Brasil, o mandado de injunção evidencia-se como fruto singular do pioneirismo normativo apresentado pela CF/88, carta responsável pela primeira previsão constitucional do controle difuso de omissões inconstitucionais.

Ao analisar os efeitos do mandado de injunção na ordem jurídico-social, Moraes¹⁹⁷ faz uma divisão dúplici: posição concretista e posição não concretista. Esta, ao basear várias decisões pretéritas do STF nos casos de omissão inconstitucional, baseia-se apenas na comunicação ao órgão responsável da

¹⁹⁵ Art. 5º, LXXI da CF/88: *conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*; Art. 103, § 2º da CF/88: *Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*.

¹⁹⁶ Cf. BASTOS, 2010.

¹⁹⁷ Cf. MORAES, 2009, p. 178.

existência da mora legislativa.¹⁹⁸ Aquela, diversamente, sana a omissão constitucional, dando máxima efetividade ao texto constitucional aplicável ao caso concreto (concretista direta) ou mesmo por meio de mandamentos impositivos ao órgão ou entidade, com a fixação de prazos peremptórios para a correção da omissão (concretista intermediária).

Um exemplo tradicional da utilização pelo STF da posição concretista foi o MI/712, relatado em 2007 pelo min. Eros Grau, no qual a Corte fixou entendimento pela utilização da Lei nº 7.783, de 1998 (greve dos trabalhadores em geral), para regulamentar o direito de greve do servidor público civil, até que sobreviesse lei regulamentadora. Sobreleva destacar que o remédio constitucional do mandado de injunção - internalizado na carta de 1988 pelo art. 5º, LXXI – obteve a necessária regulamentação apenas em 2016, a partir da edição da Lei nº 13.300/16, instituída para disciplinar o processo e o julgamento dos mandados de individual e coletivo.

De outro lado, no que tange à ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO, insta destacar que esta também foi uma novidade inserta na Carta Constitucional de 1988 (art. 103, § 2º), que possibilitou o controle abstrato/concentrado da inconstitucionalidade por omissão, com a ampliação da legitimação para a propositura da ação constitucional.

Tem-se que o Supremo Tribunal Federal, quando recebe uma ADO e atua no controle concentrado do direito constitucionalizado vindicado, exerce uma típica função de legislador negativo, isto é, a declaração de inconstitucionalidade por omissão extirpará da ordem jurídica vigente o ato governamental contrário ao ordenamento jurídico. Em clara insurgência contra a mencionada natureza obstativa do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, afirma Barroso:

A literalidade do §2º do art. 103 e a resistência do Supremo Tribunal Federal em dar-lhe sentido mais abrangente, sob o fundamento de que não pode tornar-se legislador positivo, transformaram a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em um remédio jurídico de baixa eficácia e, conseqüentemente, de uso limitado. A reduzida valia da mera ciência dá ao instituto um efeito essencialmente moral ou político, próprio para quem busca uma declaração de princípios, mais insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional, quando vulnerado em sua supremacia.¹⁹⁹

¹⁹⁸ A exemplo do Mandado de Injunção (MI) nº 20, julgada pelo Tribunal do Pleno do STF em 19/05/1994, sob a relatoria do Min. Celso de Mello.

¹⁹⁹ Cf. BARROSO, 2012.

Há forte discussão na doutrina quanto à possibilidade de o Poder Judiciário - quando da declaração da inconstitucionalidade por omissão - produzir “*ex officio*” o normativo ainda não elaborado pelo legislador ordinário. É discutido se a necessidade de produção legislativa em virtude do estado de inconstitucionalidade é razão suficiente para se mitigar o princípio constitucional da repartição entre os Poderes, porquanto a função típica do Legislativo acaba por compelir o órgão judiciário a autoconter-se.²⁰⁰

É por esta razão que o art. 103, § 2º da CF/88 fixa quais mandamentos devem ser exarados pelo órgão Legislativo para corrigir as omissões decorrentes das funções típicas dos demais Poderes: (i) quando a omissão inconstitucional imputável a órgão administrativo, nos termos do art. 12-H, 1º, da Lei 9.868/99²⁰¹, o Tribunal poderá fixar prazo para que o ato administrativo omissivo seja elaborado. Esse prazo será, em regra, de até 30 (trinta) dias, ou e em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido; (ii) em se tratando de mora de órgão Legislativo (ou de outro Poder), caberá ao Judiciário dar ciência ao órgão Legislativo omissivo da mora na produção do ato normativo.

Todavia, em que pese a hermenêutica do art. 12-H seja tímida quanto à possibilidade de o Poder Judiciário impor uma atuação concreta do Legislativo, percebe-se que o STF vem progressivamente ditando ampliações quanto à posição concretista das ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão. Veja-se, por exemplo, que a atuação da Corte no julgamento da ADO 3.682 (julgada em 09 de maio de 2007) foi, ainda que timidamente, mais impositiva que o determinado pelo supramencionado artigo 12-H. Neste julgado, que envolvia a constitucionalidade das leis estaduais que criaram novos Municípios, o STF fixou um parâmetro temporal de 24 (vinte e quatro) meses para a promulgação de lei complementar federal que normatizasse a situação desses Municípios.

²⁰⁰ Expressão comumente utilizada pela doutrina brasileira, que importou o termo do emblemático caso *Osborn v. Bank of the United States*, julgado em 1824 pela Suprema Corte estadunidense, no caminho da salutar autocontenção do poder Judiciário (“*judicial self-restraint*” ou “*judicial restraint*”).

²⁰¹ A Lei 9.868/99 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Já na ADO 25/DF (julgado em 30 de novembro de 2016), o STF, evoluindo a sua atuação coercitiva em face da omissão legislativa, adotou uma posição concretista intermediária, típico do mandado de injunção, para que o Congresso Nacional elabore lei complementar no prazo de 12 meses para regulamentar o valor a ser transferidos aos Estados membros em razão do disposto no art. 91 do ADCT.

Revela-se, nestas dobras, cristalino o objetivo do Supremo de conferir efetividade às decisões exaradas em sede de ADO, de sorte que nos casos vindouros o Poder Judiciário passe a atuar de forma proativa, ampliando a ideia de “mera ciência” contida no artigo 12-H da Lei 9.868, de 1999, e estabelecendo prazos e consequências fático-jurídicas resultantes da permanência do estado de omissão inconstitucional.

2.5 As falhas estruturais violadoras de direitos fundamentais.

Existe, por certo, uma importante transformação fática no papel da Constituição: se antes, era tida como uma carta garantidora de direitos, no atual momento, é utilizada pelo Judiciário para garantir a realização das prescrições normativas que consagram direitos, possibilitando-se, desta maneira, que o texto constitucional ultrapasse a mera função simbólica de reconhecimento de demandas sociais e passe a ser um plano efetivo de performance estatal.

É preciso, pois, que estabeleçamos a consecução dos direitos fundamentais como vetor axiológico da interpretação constitucional, numa ordem objetiva de valores, na razão em que *“a perspectiva contemporânea dos direitos fundamentais impõe limites não apenas ao excesso de restrição estatal, mas também em face da omissão ou da ação insuficiente do Estado.”*²⁰²

A qualificação de “omissão inconstitucional”, para além da mora legislativa delineada no tópico antecedente, igualmente deve ser atribuída às situações de ausência ou deficiência na implementação de políticas públicas, é dizer, de ineficiência na função típica do Poder Executivo de administrar. Perpassa-se a ideia

²⁰² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; Sarmento, DANIEL. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 480.

de que a proteção deficiente de direitos em razão de ato omissivo deve envolver, dialogicamente, todos os poderes, entidades e instituições que compõem o Estado.

A visão tradicional de que a função da tutela jurisdicional deve se limitar tão somente a requerer do Poder Legislativo a complementação normativa, é dizer, a regulamentação do direito constitucional, mostra-se limitada, ainda mais quando pensada a partir da força normativa da Constituição. É sob essa perspectiva que Campos propõe uma severa revisão do espectro tradicionalista das omissões inconstitucionais:

A doutrina tradicional costuma incorrer em dois reducionismos ao tratar das omissões inconstitucionais: (1) vincula a omissão normativa inconstitucional, exclusivamente, ao descumprimento de ordens constitucionais expressas de legislar ou de regulamentar, não levando em consideração o nível de efetividade dos direitos fundamentais de modo independente da tipologia dos enunciados constitucionais correspondentes; (2) e foca, de forma estanque, na omissão do tipo legislativo ou na omissão do tipo administrativo, numa ou noutra, ignorando que a falta de atuação das normas constitucionais possa ser decorrente da falha de coordenação entre diferentes órgãos e entidades de todos os poderes estatais.²⁰³

A posição adotada pelo autor é interessante: voltada à efetividade das normas constitucionais, que amplia o rol de destinatários responsáveis pela demora inconstitucional para englobar a ideia macro de “política pública”. Traduz-se ao leitor que as omissões devem ser examinadas não apenas sob a perspectiva da ausência de normas infraconstitucionais de eficácia limitada, mas como uma violação estrutural dos direitos fundamentais (aporte teleológico do instituto), englobando, inclusive, aquelas normas tidas por autoaplicáveis.

A inclusão das políticas públicas como instrumento primordial de atuação das instituições constituídas é observada nas lições de Freitas Filho e Casagrande:

A definição do que sejam políticas públicas permite verificar que há necessariamente a atuação do Estado por meio de instituições que têm de agir em sintonia para sua implementação e que elas envolvem a distribuição dos recursos coletivos, ou seja, pressupõem decisões políticas, que deve se dar segundo marcos normativos estabelecidos na legislação.²⁰⁴

Por essa razão a prática isolada do controle judicial da atividade parlamentar, conquanto salutar no estado democrático de direito, não é medida suficiente para o

²⁰³ Cf. CAMPOS, 2016, p. 17.

²⁰⁴ FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, José Renato. *O Problema do tempo decisório nas políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, v. 187, p. 21-34, 2010. p. 25.

atingimento dos objetivos fundamentais da ordem constitucional (art. 3º da CF/88). É igualmente indispensável o controle dos atos típicos dos demais Poderes, observando-se as particularidades funcionais de cada qual. Veja-se, por exemplo, que a atuação do Poder Executivo é distinta, quanto ao tempo, da atuação dos outros Poderes, na exata medida em que os Poderes Judiciário e Legislativo demandam um maior tempo para produção de seus atos típicos (de julgar e legislar). Especialmente em relação ao Legislativo, a demora na produção de normas termina por hipertrofiar a atuação legislativa atípica do Executivo e do Judiciário.

De tal modo, a responsabilização decorrente da omissão inconstitucional poderá ser imputada, cumulativamente, aos entes e órgãos que compõem os poderes republicanos, findando naquilo que a doutrina alcunhou de “*falhas estruturais*”. Esta nada mais representa que o incumprimento de determinado direito fundamental em razão do fracasso institucionalizado dos poderes competentes.

A inexistência de concretização dos direitos fundamentais pode ser resultado não somente da omissão normativa, e sim da ausência de coordenação entre os Poderes. Neste caso, a omissão na proteção dos direitos fundamentais originar-se-á das chamadas “falhas estruturais”.

É latente, pois, que ao enfrentarmos um quadro permanente de falhas estruturais, sejam de logo adotadas relações dialógicas entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, de forma que os atos administrativos, legislativos e políticos indicados pelo Judiciário como forçosos para a modificação do estado de inconstitucionalidade (“remédios constitucionais”) sejam rapidamente executados.

É o caso da ADPF 347/DF, objeto nuclear do presente estudo, na qual se entendeu pela vigência de um “estado de coisas inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro, que se encontra um estágio agravado e permanente de omissões inconstitucionais, por resultarem de comportamentos omissivos e de grave violação a direitos fundamentais.

O problema da superlotação e as condições desumanas das penitenciárias brasileiras são questões que não suscitam apenas uma atuação legislativa ou mesmo uma nova política pública do administrador, unilateralmente.

Por esta razão é que os Ministros do STF, em setembro de 2015, quando da decisão liminar que autorizou a realização de audiência de custódia e o descontigenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FunPen), já indicaram que a resolução deste problema estrutural deverá emergir da atuação coordenada de todos os interessados no desiderato (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Ministério Público, Organizações Não Governamentais - ONG, etc.).²⁰⁵

A síndrome de inefetividade das normas constitucionais são nítidas concausas da inércia dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou seja, espelham uma falha estrutural do modelo político-administrativo adotado pelo Estado brasileiro.

E é por esta razão que a violação sistêmica e generalizada a direitos fundamentais carece de um plano coordenado de todos os entes e agentes responsáveis pela implementação dos remédios constitucionais, solução esta que pode ser corrigida após a atuação judicial estrutural, assim denominada em razão da prolação de remédios estruturais, aptos a combater as falhas estruturais.

Observa-se, assim, diante das premissas aqui alvitradas, que a proteção insuficiente dos direitos fundamentais - de eficácia imediata, contida ou limitada - é resultado direto da carência legislativa e/ou do desacerto entre a legislação vigente e a política pública implementada.

A depender da amplitude da omissão inconstitucional, estaremos diante de uma falha estrutural derivada de um bloqueio estatal, o que demandará o estabelecimento de uma agenda, materializada em ações coordenadas dos atores responsáveis pela efetividade do direito fundamental inobservado, inclusive, do Judiciário, a quem caberá, em última análise, impor obrigações de fazer, isto é, fixar remédios estruturais necessários à superação do estado inconstitucionalidade.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Preceito Fundamental n. 347/DF*. Requerente: PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 27 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

3. REFLEXÕES SOBRE OS LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

3.1 A indevida generalização do termo “ativismo judicial” à luz da nova concepção de separação dos poderes.

É tarefa complexa definir o que é ativismo, identificar num julgado quando há ou não uma decisão efetivamente ativista. Porém, há de se ressaltar que o crescimento da criatividade da jurisdição constitucional, sobretudo na resolução de questões estruturais, não deriva de nenhum “*Big Bang*” democrático. Ele advém, dentre outras questões a seguir analisadas, da natural conquista de espaço pelo Judiciário quando os demais Poderes estão enfraquecidos, seja no âmbito institucional, jus-político ou mesmo no reconhecimento popular.

O termo “ativismo judicial”, tal como atualmente difundido, teve nascedouro em terras norte-americanas, na forma do “*judicial activism*”. Conquanto a ideia de ativismo seja recente, a noção da atuação contramajoritária é inata da jurisdição constitucional, como se demonstrará no tópico 3.3 deste trabalho. Branco expõe uma didática síntese histórica sobre a origem do ativismo judicial:

A própria nomenclatura *judicial activism* surgiu num contexto não-técnico, objeto de um magro artigo numa revista leiga de atualidades, a Fortune, “entre propagandas de whisky e Aqya Vekva”. O autor, Arthur Schlesinger Jr, respeitável jurista, dedicava-se a descrever as profundas divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte americana em 1947. Não estava motivado por nenhum propósito de declinar alguma teoria do papel do Judiciário; ao contrário, a matéria se concentrava em revelar as antipatias que os juízes nutriam uns pelos outros e as suas divergências pessoais, vistas como a melhor explicação para as polarizações de mérito nas questões levadas ao Tribunal. Tratava-se, pois, de um relato de mexericos com o evidente intuito de cativar um público leigo, convidado a reconsiderar a reverência por uma instituição que era pouco conhecida na sua intimidade.²⁰⁶

Observa-se, então, que o uso embrionário do termo ocorreu sem qualquer base conceitual ou metodológica. Isto é, o ativismo judicial, desde o seu emprego incipiente, não teve o condão de adjetivar, seja pejorativamente ou não, um modo de atuação da jurisdição para além das suas competências constitucionais. Mas, afinal, decisões ativistas são boas ou ruins? Trata-se de fenômeno neutro ou que merece

²⁰⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 389.

receber um juízo moral? O ativismo do Judiciário é um fato de direita ou de esquerda?

Barroso faz interessante reflexão sobre as razões de aumento da ingerência do Poder Judiciário no enfrentamento de casos que abordam políticas públicas:

Nos últimos vinte anos, o Judiciário ingressou na paisagem institucional brasileira. Já não passa despercebido nem é visto com indiferença ou distanciamento. Há mais de uma razão para esse fenômeno. A ascensão do Poder Judiciário se deve, em primeiro lugar, à reconstitucionalização do país: recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Uma segunda razão foi o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira. De fato, sob a Constituição de 1988, houve uma revitalização da cidadania e uma maior conscientização das pessoas em relação à proteção de seus interesses. Além disso, o texto constitucional criou novos direitos e novas ações, bem como ampliou as hipóteses de legitimação extraordinária e de tutela coletiva. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo.²⁰⁷

Voltando um pouco no tempo, ensina Branco que no caso dos Estados Unidos, conquanto o termo “*judicial activism*” seja comumente empregado com uma conotação negativa acerca das ações dos *Justices*, muitos são os casos em que a terminologia é inserida num contexto assaz positivo, em contraponto ao *passivismo judicial* e à auto-contenção.²⁰⁸ Na verdade, as mais contundentes críticas ao ativismo estadunidense consistem na falta de previsão Constitucional do instrumento de controle de constitucionalidade, de sorte que todos os Poderes constituídos – e não só o Judiciário – albergariam a função de interpretar a Constituição.²⁰⁹

É fato inegável que a doutrina estadunidense inovou ao trazer bases metodológicas para delinear o escopo de competências do Poder Judiciário. Em estudo sobre o tema, Canon aduziu que o ativismo judicial nos Estados Unidos, embora existente, não configuraria em si uma patologia, mas um fato empírico (e

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 10, p. 25-66, 2008. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf>. Acesso em: 09. Out. 2019.

²⁰⁸ Cf. BRANCO, 2011, p. 153.

²⁰⁹ O jurista Jeremy Waldron é ferrenho crítico da revisão da lei por meio de controle de constitucionalidade do Judiciário, sob o fundamento de que inexiste na Constituição Americana essa autorização de revisão, pelo Judiciário, das leis editadas pelo Legislativo. Contudo, tal premissa não é aplicável ao Brasil, já que o controle de constitucionalidade é um procedimento legitimado na própria Constituição Federal de 1988, não podendo, pois, ser considerado forma de ativismo judicial.

ordinário) da via judicial. O autor sugere seis dimensões do ativismo (i) a majoritária; (ii) a interpretativa de estabilidade; (iii) a interpretativa de fidelidade; (iv) a da distinção do processo democrático; (v) a da especificidade da política; e (vi) a da disponibilidade de um ator que decida alternativamente políticas públicas.²¹⁰ Canon, ao estudar a eventual usurpação do Judiciário da regra da maioria, apontou quais os índices de interferência capaz de materializar o ativismo judicial, conferindo maior cientificidade ao estudo do ativismo nos Estados Unidos.

Analisando a forma pela qual é instrumentalizado o acesso ao Judiciário nos Estados Unidos, o jurista Ran Hirschl²¹¹, ao desenvolver a tese do empoderamento judicial através da constitucionalização, busca explicar em *“Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism”* os motivos fáticos que justificam a delegação às Cortes americanas de determinadas matérias de cunho essencialmente político. O estudo de Hirschl é, em essência, voltado à preservação harmônica, de sorte que a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário caracteriza-se como uma verdadeira *“juristocracia”*.

É possível extrair três ideias centrais de sua obra, de grande valia para o entendimento da jurisdição constitucional norte-americana: em primeiro lugar, Hirschl defendeu que a falta de governabilidade e a incapacidade estrutural de determinado estado acabaria com a credibilidade do Poder Legislativo e do Poder Executivo, levando-se a dependência do único poder aparentemente apolítico, o Poder Judiciário. Não obstante, já adentrando na sua teoria da “preservação hegemônica”, ele defendeu a existência de interesse político e econômico em atribuir - para a própria manutenção da hegemonia - esse poder ao Judiciário.

Ao analisar episódios recentes ocorridos em Israel, Canadá, Nova Zelândia e África do Sul, pontua Hirschl que as elites políticas, econômicas e sociais conformam outro fator contributivo para o que chamou de *“juristocracia”*. Segundo ele, as elites, propositalmente, transferem poderes e responsabilidades ao Judiciário

²¹⁰ CANON, Bradley C. *Defining the Dimensions of judicial Activism*. Judicature Vol. 66 n. 6 December-January. Lanham: Lexington Books, 1983.

²¹¹ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press. 2007.

quando ameaçadas de perder a hegemonia na esfera política. Seria, pois, uma forma de as elites preservarem seus interesses particulares.²¹²

Assim, de acordo com a tese da “preservação hegemônica” de Hirschl, a fomentação da judicialização se dá pelas próprias elites locais, as quais foram convencidas de que confiar ao Judiciário as diretrizes políticas e econômicas do país seria, ao fim e ao cabo, a melhor forma de preservação das elites no poder. Essa tese, conquanto seja aceita por parte majoritária da doutrina, precisa ser testada.

A terceira concepção de Hirschl foi sobre a atuação do Judiciário como espelho da “delegação de decisões impopulares”. Afirmou-se que essa transferência de responsabilidades dos poderes Legislativo e Executivo também seria uma verdadeira atribuição de decisões impopulares para o Judiciário (Poder instituído que, em tese, sofreria menos consequências do ponto de vista eleitoral). É dizer: seria uma forma de entrega, pela elite política/econômica, de responsabilidades ao Judiciário, para que o peso de uma decisão impopular não recaísse nos ombros daqueles que precisam permanentemente da simpatia popular: os membros dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, as questões complexas eram transferidas para os julgadores e a hegemonia das elites restaria mantida.²¹³

Outro jurista que teceu críticas ao modo de atuação das Cortes norte-americanas foi Jeremy Waldron²¹⁴, discípulo de Ronald Dworkin. Para aquele, seria preciso recuperar a dignidade da legislação, sobretudo com uma construção de uma teoria normativa. Defendeu o autor que não seria correto colocar a atuação do Poder Legislativo (amplamente legitimado) nas mãos de juízes, os quais não detinham legitimidade democrática para atuar ativamente nas lides.

Waldron apresenta, em síntese, dois apontamentos. No primeiro, questiona porque os direitos são mais bem protegidos por meio de uma revisão judicial. Em suma, ele defende ser prestigiadas as legislaturas democráticas. No segundo, defende a tese de que a revisão judicial, independente do resultado de sua atuação, não é democraticamente legítima.

²¹² Ibid.

²¹³ Cf. HIRSCHL, 2007, p. 222-223.

²¹⁴ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. In: *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 102.

É de se destacar que o autor, sempre que aborda criticamente o papel do Judiciário nos Estados Unidos, o faz em referência à revisão judicial da legislação – e não daquela produzida na esfera de atuação do administrador. Waldron afirma, inclusive, que os juízes – quando adentram em debates públicos sobre direitos controversos -, acabam se ditanciando das questões centrais dos casos que lhe são atribuídos. Há de se pontuar, em contraposição, que os juízes norte-americanos não eram absolutamente exauridos de legitimidade para atuar de forma proativa. Ele defende, especificamente, que os magistrados não gozam da ampla legitimidade democrática para debater matérias que devam ser apreciadas e definidas pelo Parlamento.²¹⁵

Já Ronald Dworkin, em que pese criticar o “passivismo” (doutrina defensora da ausência de direitos dos indivíduos contra as majorias políticas), argui que não se pode igualmente utilizar um comportamento absolutamente ativista nas decisões judiciais que despreze “*o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que procuraram interpretá-la e as duradoras tradições de nossa política*”.²¹⁶ No seu sentir, o direito como integridade condenaria o ativismo e qualquer outra prática de jurisdição constitucional que lhe estivesse próxima, razão pela qual teriam os juízes que aplicar a Constituição por meio da interpretação - e não por manobras ativistas do Judiciário.²¹⁷

É possível inferir, pois, que o modo de atuação do Judiciário, como fenômeno global que o é, tem sido objeto de diversos estudos doutrinários, sobretudo no direito norte-americano, os quais discutem as razões de seu surgimento e levantam polêmicas quanto ao desdobramento do seu crescente manejo. Não obstante, a performance gradativa do Judiciário no arranjo institucional também é objeto de acirradas contendas na doutrina nacional.

Analisando a hipervalorização dos Poderes Executivo e Judiciário, Robl Filho e Scheleder, aderindo às ideias de Loewenstein, pontuaram:

Importante observar que, no século XX, em virtude da adoção de Estados Sociais, ocorreu uma grande valorização das ações do Executivo e da

²¹⁵ Cf. WALDRON, 2010, p. 102.

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 51.

²¹⁷ Para Dworkin o ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. Cf. DWORKIN, 1999.

administração pública, colocando em segundo plano, muitas vezes, o Estado Legislativo (LOEWENSTEIN, 1983, p. 68). Contemporaneamente, pode-se dizer que em certos momentos no final do século XX e no início do século XXI, em razão da intensidade e da importância do Judiciário, parece que vivemos em um Estado Judicial.²¹⁸

O tema ganhou grande repercussão no Brasil a partir das ordens emanadas, em todos os graus de jurisdição, em que se obrigava entes políticos e administrativos a fornecer medicamentos e realizar procedimentos assaz vultuosos em benefício de indivíduos que se socorriam da tutela jurisdicional para materializar o direito à saúde. Muitos são, aliás, os autores que discutem os reflexos da atuação ativa do Judiciário brasileiro na realização desse tipo de política pública.²¹⁹

Neste sentido, Robl Filho traz interessante reflexão sobre a politização do Judiciário:

A politização do judiciário é consequência da judicialização da política, pois temas políticos precisam ser analisados em processos judiciais, obrigando os magistrados a tomarem posição política no exercício da jurisdição. A urbanização, a industrialização, o gradativo conhecimento dos direitos, a existência de amplo rol de direitos, a estruturação das defensorias públicas e a estabilidade institucional brasileira são motivos para o grande aumento da provocação do judiciário.²²⁰

Como se percebe - e até de modo até heterodoxo-, parte da doutrina nacional enxerga o ativismo judicial como fenômeno essencialmente negativo, quase sempre genericamente cunhado de “risco ao regime democrático”. Segundo os críticos, o modo ativista no exercício da tutela jurisdicional representa um “abuso institucional do Judiciário”²²¹, cujo exercício regular macula a independência dos Poderes, de

²¹⁸ SCHLEDER, A. F. P. ; ROBL FILHO, I. N. . Teoria da Constituição, Jurisdição Constitucional e Democracia: uma Análise das Camadas Clássica (SCHMITT) e Pós-Clássica (LOEWENSTEIN) no Direito Constitucional. In: SCHLEDER, A. F. P. ; ROBL FILHO, I. N. . (Org.). *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Itajaí: Univali, 2016, v. 1, p. 9-40.

²¹⁹ A reflexão sobre a ingerência do chamado “ativismo judicial” no princípio da separação dos poderes demanda a leitura das obras dos professores Konrad Hesse (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland), Aristóteles (A política), Pedro Vieira Mota (O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo), Virgílio Afonso da Silva (O Judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais) e Daniel Sarmento (Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies).

²²⁰ Cf. ROBL FILHO, 2012, p. 241.

²²¹ Sobre o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, Streck defende que nova sistemática não passa de um ativismo judicial vestido de um nome “midiático”, para continuar chancelando a atuação proativa do Poder Judiciário. O autor fez um paralelo com as considerações do professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos e afirmou no artigo “Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo”, o seguinte: “A necessária judicialização (para aquele caso) da política ocorre sem politização da justiça. O que quero dizer é que, em sendo factível/correta a tese do ECI, a palavra “estruturante” poderá ser um guarda chuva debaixo do qual será colocado tudo o que o ativismo quiser, desde os presídios ao salário mínimo. Mas, qual será a estrutura a ser

modo opostamente consentâneo com a clássica (e como se verá, já ultrapassada) teoria Montesquiana do século XVIII.²²²

À guisa de exemplo desse pré-conceito firmado sobre a figura do ativismo judicial no Brasil, o professor Elival da Silva Ramos²²³ conceitua-o como sendo “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar.”

Ora, não se pode consignar, categoricamente, como propõe o autor, que toda e qualquer decisão judicial que interfira, em certa medida, em funções típicas de outros Poderes, é uma decisão negativamente ativista. O ativismo judicial está sendo propagado no Brasil, erroneamente, como quaisquer atuações do Judiciário que quebra expectativas em relação ao papel do juiz, mesmo que tais expectativas sejam perfeitamente sustentáveis do ponto de vista da distribuição de competências na Constituição Federal.

Não por outra razão, na composição atual, os membros do Supremo Tribunal Federal buscam reiteradamente evitar a utilização do termo “ativismo judicial”, de modo que este rótulo negativo seja desidratado com o tempo, caindo em desuso:

Como o Ministro Fux lembrou, e o Ministro Fachin também, eu abandonei um pouco o uso da expressão "ativismo judicial", porque ela passou a ser utilizada mais ou menos como "neoliberalismo". Quando alguém quer desclassificar ou desqualificar uma posição, diz: "isso aí é ativismo". Mas há situações em que o Judiciário deve ser autocontido em respeito às decisões políticas dos outros Poderes, e há situações em que ele tem que ser proativo, em nome da Constituição e dos valores que nos cabe resguardar. Desse modo, Presidente, eu entendo que o Judiciário não só pode como deve, na linha do que decidiu Vossa Excelência, interferir para determinar a

inconstitucionalizada? Sabemos que, em uma democracia, quem faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. Judiciário não escolhe. Veja-se, por exemplo, o problema que se apresenta em face do remédio para câncer, em que uma decisão do STF, para resolver um caso específico (um caso terminal), está criando uma situação absolutamente complexa (para dizer o mínimo) no Estado de São Paulo. Não necessitamos de uma análise consequencialista para entender o problema dos efeitos colaterais de uma decisão da Suprema Corte”. Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347, 2015.

²²² Montesquieu materializou a aclamada teoria da separação dos poderes, com a utilização o sistema de freios e contrapesos, no qual deveria haver limitação do poder pelo próprio poder; portanto, no sentir de Montesquieu, cada poder deveria ser autônomo e exercer a função que lhe fora atribuída, ao passo que o exercício desta função deveria ser controlado pelos demais poderes. Cf. MONTESQUIEU, 1998.

²²³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

realização de obras em presídios cuja situação seja atentatória à dignidade da pessoa humana.²²⁴

A partir do referido voto de lavra do Ministro Barroso, indaga-se: em que medida a concretização de direitos fundamentais, via ordem judicial, seria mais lesiva para o sistema democrático brasileiro que a insigne burocracia estatal no cumprimento de seus deveres de legislar e administrar? Numa ordem constitucional como a brasileira, em que se atribui à Corte Constitucional do país o poder de editar Súmulas Vinculantes e realizar controle abstrato e difuso de constitucionalidade, não se há de ter como ativista o desempenho da função quase-normativa que é ínsita ao exercício dessa competência.²²⁵

Veja-se, por exemplo, o caso dos presídios brasileiros. De há muito evidenciam-se omissões inconstitucionais por parte da Administração Pública no trato do sistema carcerário. O resultado da perene burocracia estatal na abordagem do assunto está sendo visto nos dias atuais: nenhum dos Poderes da República, isoladamente, consegue adotar medidas minimamente eficazes na resolução das falhas estruturais atualmente existentes.

Deste modo, via ADPF nº 347/DF, o STF foi instado a solucionar o problema estrutural do sistema carcerário brasileiro. Este derruído sistema prisional é ignorado, de modo geral, pela sociedade e pela majoritária parcela das instituições públicas do país, as quais aparentemente não se atentam ao fato de que a salvaguarda de direitos das minorias é elemento vital à própria sobrevivência do regime democrático.

Por essa razão, indaga-se: a atuação proativa do STF na resolução da situação calamitosa vivida pelos custodiados (direitos das minorias), deve mesmo ser reprimida simplesmente por configurar ativismo judicial? Será que o constituinte quis, ao inserir o art. 2º na CF/88, proclamar que a rígida separação dos poderes deve se sobrepor à concretização dos direitos fundamentais? Em que medida essa interpretação trará estabilidade ao regime democrático e ao sistema presidencialista?

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 592.581/RS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *DJE* de 1º-2-2016, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> Acesso em: 02. Ago. 2019.

²²⁵ BRANCO, 2016, p. 157.

Barroso responde aos questionamentos acima no Recurso Extraordinário nº 592581/RS, proveniente da Ação Civil Pública (ACP) ajuizada pelo Ministério Público, para compelir o Estado do Rio Grande do Sul a realizar obras estruturais no presídio da cidade de Uruguaiana:

Portanto, as decisões políticas devem ser tomadas pelo Poder Legislativo, e, na medida em que legitimado, também pelo chefe do Poder Executivo. Assim, eu gostaria de deixar bem claro que a judicialização, quando ela ocorre - e este é o caso -, ela não substitui a política, e acho que a política tem preferência quando ela consiga produzir consensos e quando ela consiga atuar. Porém, penso que Vossa Excelência assentou no voto, e de maneira muito feliz, em que hipóteses por exceção o Judiciário pode e deve atuar. E acho que este é um caso típico dessa exceção. Em primeiro lugar, porque nós estamos atuando para proteger os direitos de uma minoria, de uma minoria invisível e de uma minoria que não tem voto, porque não tem direitos políticos. Portanto, nós estamos lidando com um conjunto de pessoas que ficou à margem da vida pela incapacidade de vocalizar os seus interesses e as suas pretensões, porque não há quem as represente. Logo, quem tem que ser o intérprete daqueles que não podem falar é evidentemente o Poder Judiciário. Acho que essa primeira razão já seria suficiente.²²⁶

O voto do ministro Barroso contorna a ideia de independência estática dos Poderes. Para ele, o Judiciário tem o *munus* de resolver litígios e conferir segurança jurídica para o devido funcionamento das instituições. Portanto, o Judiciário tem o poder-deve de impor essas obrigações aos demais poderes, caso necessário. Em convergência, Arenhart: “é preciso um sistema jurídico maduro o suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia da “separação dos Poderes” percebendo que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público”.²²⁷

Ao que parece, o modelo de atuação do STF para casos futuros (aqui, se incluindo as demandas estruturais) será o da delegação de atribuições para as instâncias administrativas, de forma que (i) o Executivo crie estruturas para resolver os entraves ligados à burocracia estatal; (ii) e o Judiciário controle, supervisione e monitore o cumprimento das metas estabelecidas no plano de ação. Barroso, inclusive, reverbera que o Judiciário pode impor que o Executivo diagnostique os

²²⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*, 2016.

²²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo, v. 225, 2013, p. 391.

bloqueios institucionais existentes, apresente um plano de correção das falhas estruturais, e implemente, tempestivamente, as medidas sugeridas.²²⁸

Muito se censura o STF, diga-se de passagem, pelo caráter ativista da Corte. No entanto, raros são os casos levados ao Judiciário em que são demonstrados os parâmetros técnicos que justificam o porquê da famigerada sobreposição de competências.²²⁹ Bem por isso, a perniciosa chancela de “decisão ativista”, ao que se indica, é atribuídas pelos críticos a partir da conveniência casuística do julgado. Quando favorável, não existe ativismo, mas sim um papel iluminista do Judiciário na efetivação de direitos; quando desfavorável, o ativismo representa ilegítima violação à separação dos Poderes.

Lado outro, interessa-nos registrar que o dogma jurídico da independência dos Poderes carece urgentemente de uma nova hermenêutica. Nessa percepção, ao fazer severa crítica ao sistema presidencialista, Ackerman²³⁰ avalia detalhadamente o sistema dos pesos e contrapesos norte-americano e propõe uma nova forma de separação de Poderes (*“New Separation of Powers”*).

O professor de Yale sugere a criação do chamado “parlamentarismo limitado”, propondo uma mudança clara de abordagem: retira-se a ideia de Poderes com a inserção da divisão em funções. Com isso, pretende acabar a visão estática de monopólios do poder e flexibilizar o escopo de atuação de cada instituição no cenário político da estrutura governamental. De fato, Ackerman tem razão. Nos dias atuais, exige-se um novo arranjo simétrico entre os Poderes, com maior grau de transferências recíprocas de atribuições.

A ilação dedutiva extraída da obra de Ackerman mostra-nos não ser mais concebível que direitos fundamentais permaneçam sendo inobservados porque a independência estática dos Poderes impede o Judiciário de adentrar em questões relacionadas a políticas públicas. Esse modelo estático não é mais adequado, tampouco traz efetividade aos direitos fundamentais. Aliás, a ciência política de há muito se ocupa de remodelar essa ideia estática de separação dos Poderes, com

²²⁸ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*, 2016.

²²⁹ Cf. BRANCO, 2011.

²³⁰ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

especial destaque para os trabalhos dos professores Pasquale Pasquino e John Ferejohn.²³¹

Aprofundando a necessidade de remodelagem da tripartição dos Poderes sob o duplo enfoque da definição do conteúdo da norma constitucional e do processo de interpretação e aplicação do direito, Pereira acrescenta:

Em cada questão de direito constitucional não se trata simplesmente de aplicar a Constituição, mas antes de resolver um conflito entre normas que exige, primeiro, a definição do conteúdo da norma constitucional, para depois o seu cotejo com o ato normativo impugnado e objeto de controle, a fim de se verificar sua validade constitucional. Quanto a esse argumento poderia ser alegado que o conteúdo constitucional é tarefa do legislador constitucional, e não de uma Corte. Todavia, é justamente a percepção dessa franca realidade, a partir da Teoria do Direito e do que significa o processo de interpretação e aplicação do Direito, que o ideal de separação de poderes deve ser revisto.²³²

Salutar, portanto, que o fenômeno do ativismo judicial também seja enxergado por outro ângulo, sem a conotação negativa que lhe é de costume. Veja-se, por exemplo, que a pretensa estabilidade institucional entre os Poderes, idealizada pela CF/88, na prática, nunca ocorreu da maneira como pensada, a exemplo da significativa concentração de poderes nas mãos do Executivo.

Quer-se, em muitos dos casos levados ao Judiciário, a mera concretização dos anseios da sociedade para a fruição de direitos mínimos do indivíduo, o que não raras vezes ocorre pela disfunção dos demais Poderes no cumprimento de seus deveres constitucionais. É preciso, no Brasil, que funções sejam redistribuídas, não só para autorizar uma atuação mais ativista do Judiciário, mas também para retirar-lhe competências que contribuem para a morosidade da prestação jurisdicional.

Em retomada, torna-se curial diferenciar uma decisão judicial equivocada, isto é, aquela que violou efetivamente a lei, da decisão verdadeiramente ativista. Esse predicado exige uma decisão que expressamente convirja ou divirja do legislador, conforme relata Branco:

As referências ao que se tem designado como ativismo judicial refletem caso de emprego de expressão dotada de força emocional,

²³¹ Cf. FEREJOHN e PASQUINO, 2003.

²³² PEREIRA, Paula Pessoa. *Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal* Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2017. p. 107.

sem maiores cuidados, entretanto, com a definição dos seus elementos constitutivos. Está presente, aqui, o risco de tornar a expressão inútil por super abrangente, ou, ainda pior, de transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor como verdade o que ainda não foi suficientemente estabelecido e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolventes.²³³

Ou seja, afirmar genericamente que uma decisão é fruto de perniciosos ativismo judicial – e que, por esta razão, viola separação dos poderes, é conduta assaz temerária ao regular funcionamento da jurisdição constitucional. A interferência da jurisdição ações relacionadas a políticas públicas, por exemplo, a despeito de ampliar o seu escopo de legislador negativo, interliga-se à própria necessidade de concretização dos direitos fundamentais para fins de corrigir as omissões inconstitucionais dos outros Poderes.

Dentre as obras examinadas para a produção dessa dissertação, alberga-se especial destaque ao livro “Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo” de Eduardo Cambi, no qual o ativismo judicial é caracterizado - sob uma perspectiva majoritariamente positiva - como um “Protagonismo Judiciário”:

Além disso, se não é correto afirmar que o juiz não deve impor aos administrador público o que considera a aplicação mais oportuna ou conveniente do dinheiro público, mais perverso ainda é manter situações de flagrante descumprimento dos direitos fundamentais (v.g, a da superlotação dos presídios, em manifesta desconsideração da dignidade da pessoa humana; a da não aplicação de recursos mínimos em saúde e educação, retirando da imensa população condições básicas de sobrevivência; o não repasse das verbas orçamentárias para a manutenção de rodovias precárias, gerando elevadíssimos índices de mortalidade etc.). Confiar, unicamente, na concretização do interesse público, por parte dos administradores públicos, eleitos para isto, é fechar os olhos para a realidade brasileira, marcada por inúmeros políticos despreparados, oportunistas, corruptos ou que fazem uso inadequado do dinheiro público.²³⁴

Oswaldo Canela Júnior²³⁵ atenta especificamente para a finalidade social do ativismo judicial. É discutido pelo autor, de forma amena, as principais políticas públicas que carecem de uma maior atenção do Judiciário. Ele aborda o papel do STF na própria fiscalização (e não na implementação) de políticas públicas do Estado brasileiro.

²³³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ativismo Judicial – primeiras aproximações*. In: Paulo Gustavo Gonet Branco (Org.). *Ativismo judicial e efetividade de direitos fundamentais*. 1, ed. Brasília: Editora IDP, 2016, v1, p. 149.

²³⁴ Cf. CAMBI, 2011, p. 245.

²³⁵ CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Refletindo sobre esta questão, Branco esclarece ser um contrassenso abrigar tantos direitos fundamentais na Constituição e acreditar que a aplicabilidade das normas fundamentais será automática, despiciendo da atuação proativa do Poder Judiciário. Segundo ele: “Num país como o nosso, em que a ordem constitucional confia à Suprema Corte a guarda e o patrocínio de princípios dedutíveis das normas jusfundamentais, não se pode ter como estranho ao desenho de repartição de poderes que a Suprema Corte contraste opções políticas com o conteúdo mínimo de valores morais positivados constitucionalmente.”²³⁶

Sobreleva destacar que não está a se defender uma blindagem universal às decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Fixar limites de atuação, com bases metodológicas confiáveis, é sim essencial para que se mantenha a estabilidade entre as instituições que compõem o estado democrático de direito. De modo diverso, é contraproducente não diferenciar o que é ativismo do que é uma decisão materialmente incorreta.²³⁷

A decisão ativista é tão somente aquela que flagrantemente é tomada fora do âmbito de competência do juiz constitucional, não se confundindo – como se faz costumeiramente no Brasil – com o modo proativo do Judiciário de resolver demandas que buscam conferir a fruição a direitos fundamentais. Em suma, se determinada decisão será negativa (ativista) ou positiva (fundamentalmente concretista), apenas o caso concreto irá esclarecer.

Em que pese o estudo sobre a atuação do Judiciário seja recorrente na doutrina contemporânea, as raízes (conceito e metodologia) do instituto são extraídas das decisões proferidas em outros sistemas jurídicos. Por conseguinte, diante da necessidade de compreensão pormenorizada deste dogma para delinear os limites na atuação do STF nos casos de reconhecimento de estado de coisas inconstitucional, será feito adiante um exame do modelo de atuação proativa das Cortes oriundas de países que adotam o sistema *civil law* em comparação com a jurisdição constitucional desempenhada pelas Cortes de origem *common law*.

²³⁶ Cf. BRANCO, 2011, p. 159.

²³⁷ Pelas razões expostas, a atuação mais ativa/criativa do Poder Judiciário não será tratada nesse trabalho acadêmico sob a terminologia de “ativismo judicial”, porquanto seja pejorativa.

3.2 O fortalecimento do protagonismo judicial no direito comparado.

A análise comparativa entre a forma de atuação das instituições nos sistemas jurídicos não exige apenas o conhecimento da legislação comparada, mas também o conhecimento da história constitucional comparada, na medida em que a completude do estudo confrontado pressupõe também a análise de textos constitucionais históricos, inclusive suas doutrinas e jurisprudências.²³⁸

Sob esse espectro, a ilação dedutiva de Dantas é coerente. Quando se estuda a atuação do Judiciário com base no direito alienígena, é rápida a constatação de que o fenômeno não pode ser observado a partir de uma simples comparação entre as legislações brasileira e estrangeira, mas sobretudo por intermédio da análise histórica da produção normativa e interpretativa da atuação concreta das Cortes judiciais dos países comparados.²³⁹

Isso posto, tem-se que, na grande maioria dos países de origem Romano-Germânico, a exemplo de Portugal, Espanha, Itália, Alemanha e França, as decisões judiciais não se enquadram como fonte formal do direito de caráter geral, haja vista a preponderância da lei na aplicação do direito. Em verdade, nos países que adotam a lei (em sentido amplo) como centro do sistema jurídico, as decisões judiciais devem prestar observância às normas criadas por aquele que possui legitimidade constitucional para instituir direitos e impor deveres aos administrados: o Poder Legislativo.²⁴⁰

Sobre essa característica típica da família Romano-Germânico, que espelha o modo de ação no sistema *civil law*, pontuou Elival da Silva Ramos:

A jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros. (...) O alcance do direito jurisprudencial é, por isso, limitado, sendo a situação dos países da família romano-germânica, neste aspecto, exatamente o inverso da que é admitida nos países da "common law."²⁴¹

²³⁸ DANTAS, IVO. *Novo direito Constitucional Comparado*. 3ª Edição./Curitiba, Juruá, 2010. p. 51.

²³⁹ Como forma de qualificar o debate em voga, serão apresentados no item 3.2 os posicionamentos (contrários e favoráveis) sobre o fenômeno do ativismo judicial, a partir da contribuição dada pelos professores Ronald Dworkin, Robert Alexy, Han Hirschl, Jeremy Waldron, Luís Roberto Barroso e Paulo Gonet.

²⁴⁰ Cf. BRANCO, 2016.

²⁴¹ Cf. RAMOS, 2010, p. 105.

Elival corrobora com o pensamento de que os países integrantes do sistema *civil law* devem respeitar o que é fixado nas regras e princípios que conduzem o estado de direito, papel que, em tese, reduziria a atuação Poder Judiciário à função de mera boca da lei (*“La bouche de La loi”*). Destarte, a consolidação do sistema *civil law* na família romanista, fruto da própria positivação do direito, teve a sua construção histórica sintetizada por Paixão:

O positivismo jurídico marcou o pensamento e as teorias sobre interpretação jurídica no século XIX. Já no século XVIII pode-se observar que escritores racionalistas teorizavam sobre a onipotência do legislador, mas o positivismo jurídico propriamente dito se firmou em um momento posterior, até porque havia, ainda, no século XVIII uma forte influência do direito natural (os juspositivistas puros excluíam o recurso ao direito natural, enquanto que os escritores do século XVIII ainda admitiam esse recurso ao afirmarem, em geral, que as lacunas do direito – negadas por positivistas puros – poderiam ser resolvidas com a aplicação do direito natural). (...) Em síntese, o positivismo no século XIX nasceu como a doutrina que valorizava o direito positivo, o direito posto pelo Estado soberano, que concebia a lei como fonte do direito. E a segurança residia na aplicação estrita da lei, sem grandes atividades interpretativas ou valoração por parte dos magistrados.²⁴²

Após trazer um apanhado cronológico da positivação de direitos, Paixão mostra que no fim do século XIX o positivismo até então defendido começou a sofrer fortes críticas dos juristas e filósofos que pregavam a efetivação dos direitos fundamentais (pós-segunda guerra mundial), refletindo na deflagração massiva de pleitos sociais e serviu como fator determinante para a criação das hoje conhecidas teorias pós-positivistas.

Sem embargo, ainda que o pós-positivismo seja caracterizado como o período de mudança de paradigma hermenêutica no papel dos juízes, respeitáveis juristas²⁴³ já criticavam essa liberdade no papel da jurisdição. Eles adotam posições mais moderadas, contrárias ao até então conhecido “ativismo judicial”, todavia, admitiam uma margem de interpretação do julgador dentro do que fora apresentado no caso concreto: Dworkin com fundamento no reconstrutivismo e Alexy dentro da sua teoria axiológica do direito.

²⁴² CORTES, O. M. P. *A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo*. Revista de Processo, v. 251, 2016, p. 234.

²⁴³ Cf. Robert Alexy e Ronald Dworkin. In: SOUZA, Felipe Oliveira de. *Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de derecho en Robert Alexy*. Lecciones y Ensayos, Buenos Aires, n. 88, p. 101-135, 2010. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones--y-ensayos-88-paginas-101-135.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

Entrementes, já adentrando no século XX, um dos mais expressivos referenciais teóricos para o sistema jurídico dos países da família Romano-Germânico foi o jurista Hans Kelsen, o qual, em resposta às novas correntes contrárias ao positivismo, contribuiu academicamente com a teoria avaliativa do direito. Kelsen, com o uso do enquadramento interpretativo, trabalhou a hierarquia das normas como forma de dar segurança à atividade interpretativa, possibilitando, ironicamente, o desenvolvimento da ideia de se alargar a margem interpretativa do julgador (fomentando o ativismo judicial) em face do próprio texto normativo pré-concebido.²⁴⁴

Nessa trilha, percebe-se que o entendimento sobre o direito evoluiu durante os séculos, indo do jusnaturalismo, passando pelo positivismo e alcançando o pós-positivismo, gerando, ao fim e ao cabo, uma própria modificação do papel dos poderes que compõem o Estado quando da interpretação e aplicação das normas. Por tal motivo, em diversos países romanistas o papel do Poder Judiciário foi ampliado, fazendo com que o fenômeno do ativismo judicial se tomasse a amplitude global.

Na França, o apego ao *civil law* é retrato do próprio movimento exegético, período em que a sociedade francesa não dava crédito alguma o Poder Judiciário. Não havia, pela própria herança administrativista do país, um ambiente de prestígio do Poder Judiciário, a se tirar pela impossibilidade de o Poder Judiciário lançar mão do controle de constitucionalidade para reformar os atos emanados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

No século XXI, foi mantida a mitigação da competência do Poder Judiciário no sistema jurídico francês, a se destacar pelo fato de que o controle de constitucionalidade praticado na França era realizado pelo Conselho Constitucional, órgão político ligado simultaneamente ao Executivo e ao Legislativo. Ou seja, na França, a revisão dos atos tidos por inconstitucionais não é de incumbência do Judiciário, mas sim do órgão responsável por exercer o papel contencioso-administrativo dos litígios constitucionais. Carvalho, analisando a atual conjuntura política da França, destaca:

²⁴⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 123.

Mesmo no sistema francês, todavia, já se nota o delineamento de instrumentos de maior participação do Judiciário, inclusive com as reformas constitucionais de 2008. Já se visualiza, por exemplo, a provocação do Conselho Constitucional por órgão do Judiciário e também a possibilidade de um controle posterior, ou repressivo, de constitucionalidade.²⁴⁵

Importante expoente da família Romano-Germânico, a Alemanha também detém fundamental destaque na análise do ativismo judicial, seja por ter criado o primeiro Tribunal Constitucional (1951), seja por representar o berço da teoria dos direitos fundamentais, pós-segunda guerra mundial. O sistema jurídico alemão identifica na sua Constituição a carta máxima garantidora da efetivação dos direitos fundamentais. Seria, pois, um sistema não apenas repleto de normas, mas também de valores que devem ser observados pelos aplicadores do direito.

A bem da verdade, não existiu, na Alemanha, uma real desconfiança com o seu Judiciário (como aconteceu na França) porquanto a própria sociedade alemã historicamente confere credibilidade ao conteúdo das decisões tomadas pelo seu Judiciário. A respeito da forma de atuação da Corte constitucional da federação alemã (“*Bundesverfassungsgericht*”), Mendes pontuou:

Há muito não se limita o Bundesverfassungsgericht a declarar, simplesmente, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei. A par dessas técnicas clássicas de decisão e do especial significado emprestado à ‘interpretação conforme a Constituição’ (verfassungskonforme Auslegung), a Corte Constitucional Alemã desenvolveu determinadas variantes de decisões que conferem maior relevo à eterna discussão sobre o binômio ‘direito e política’. (...) A influência dos grupos de pressão sobre o legislador, o déficit de racionalidade identificado no processo legislativo e a possibilidade de que as decisões majoritárias do corpo legislativo venham a lesar direitos de minorias constituem elementos detonadores de uma mudança do papel desempenhado pela lei nos modernos sistemas constitucionais.²⁴⁶

Todavia, é de bom alvitre destacar que tal propósito dirigente dos direitos fundamentais não deve conduzir à violação da separação dos Poderes, motivo pelo qual são utilizados no direito alemão diversos instrumentos fomentadores do diálogo institucional entre o Legislativo e o Judiciário, alguns, inclusive, importados pelos Ministros Supremo Tribunal Federal.

²⁴⁵ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Experiências De Ativismo Judicial Na Europa Continental. Revista de informações legislativas*. Brasília: Senado Federal, ano 48, n. 192, out./dez. 2011.

²⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *O apelo ao legislador – na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 29, n. 114, abr./jun. 1992, p. 474 e 478.

Em relação à Itália, país cujo Tribunal Constitucional fora criado em 1956, é possível destacar que a sua concepção vai ao encontro do que é atualmente praticado pela Corte Constitucional Alemã: a busca pelas decisões judiciais que interfira o mínimo possível no princípio da separação dos Poderes.

Para tanto, lança mão o Tribunal Constitucional Italiano, nos casos de controle de constitucionalidade das normas, das chamadas “interpretações conforme”, o que possibilita ao Poder Judiciário italiano fixar o seu entendimento a respeito de determinada norma sem alterá-la, preservando assim a relação de harmonia para com o Poder Legislativo. A esse respeito, esclarece Freitas:

A Justiça na Itália é prestada por duas diferentes esferas, ou seja, a Justiça Ordinária e a Justiça Administrativa. Fora do sistema judicial, porém com grande importância, há o Tribunal Constitucional e a Corte de Contas. Na Itália a magistratura é composta por juízes e agentes do Ministério Público, em uma só carreira, todos chamados de magistrados. (...) O Tribunal Constitucional, previsto nos artigos 134 a 137 da Constituição, não pertence ao Poder Judiciário. Constitui-se de 15 juízes, com mandato por nove anos, sendo um terço indicado pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pela Suprema Corte de Cassação. Só a Corte Constitucional julga a constitucionalidade de uma lei. Se um juiz ordinário considera uma lei inconstitucional, suspende o andamento do processo e remete-o à Corte para decisão.²⁴⁷

Consoante afirmado, a atuação do Judiciário na Itália atingiu sobremaneira as decisões políticas do país, contudo, dentro dos limites estabelecidos ao Judiciário pela própria Constituição italiana e com a utilização de instrumentos menos prejudiciais à harmonia entre os Poderes (a exemplo das sentenças interpretativas e aditivas).

Por derradeiro, em relação à Espanha, verifica-se ter ocorrido uma performance extremamente atuante do Judiciário na organização política do país. O Tribunal Constitucional Espanhol (1978) possui características bem parecidas com o STF, porquanto age na garantia dos direitos fixados pelo Poder legisferante na Constituição, atuando, inclusive, nos casos de omissão de seu parlamento. Em estudo sobre a atuação da Corte Constitucional Espanhola, García de Enterría constata que “o Tribunal Constitucional, criado com a Constituição em 1978, absorve um elemento garantidor do consenso político inicial que culminou no novel

²⁴⁷ FREITAS, Vladimir. *Entenda a Estrutura Judiciária da Itália*. Artigo do site Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2010-mai-23/segunda-leitura-entenda-estrutura-judiciario-italia#top>>. Acesso em: 12. Abr. 2018.

instrumento constitucional. O Tribunal Constitucional, portanto, apresenta um “protagonismo da jurisdição constitucional na vida política”.²⁴⁸

Dessume-se, pois, que a família do família do *common law*, infere-se que esta constitui diametral contraponto à família do *civil law*. Aquela é facilmente identificada no sistema jurídico inglês e no estadunidense, países expoentes da família Anglo-Saxão e que publicizam maior projeção ao sistema *common law*, absolutamente voltado à observância dos entendimentos das Cortes judiciais. Em síntese, nos países que adotam o *common law*, a jurisprudência costuma ocupar o posto de fonte formal do direito com aspecto geral.

Na *common law* a atuação do Judiciário encontra sua origem histórica na própria importância que assume a jurisprudência como fonte primária de direitos, como destaca Barroso:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dred Scott X Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (West Coast X Parrish, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (Brown X Board of Education, 1954), acusados em processo criminal (Miranda X Arizona, 1966) e mulheres (Richardson X Frontiero, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (Griswold X Connecticut, 1965) e de interrupção da gestação (Roe X Wade, 1973).²⁴⁹

Vê-se, portanto, que a decisão judicial nos países anglo-saxônicos tem dupla função: fazer coisa julgada e ter valor de precedente (“*Stare decisis*”). Essa ideia da força normativa dos precedentes é, sem dúvida, o grande marco diferenciador deste sistema jurídico com o *civil law* (fundado na observância à lei).

Ao se fazer um paralelo com a ideia do professor Elival, identifica-se que nos sistemas *common law* a jurisprudência constitui fonte formal do direito, pois são elas que moldam os quadros nos quais as decisões judiciais devem se mover,

²⁴⁸ GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2001, p. 207.

²⁴⁹ Cf. BARROSO, 2009.

semelhante ao que ocorre com a constituição e as leis no *civil law*. Há, portanto, substanciais diferenças entre o modo de atuação judicial em cada uma das famílias do direito: na *common law* existe uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas (isso ocorre tanto na criação de precedentes quanto na sua revogação).

Não é por outra razão que nos países anglo-saxônicos se adotam uma conceituação ampla do âmbito de atuação do Poder Judiciário, com ampla margem de atuação do magistrado, o que coloca a jurisdição num arranjo extremamente ativo no processo de criação do direito. Nos ordenamentos filiados ao *common law*, a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura é muito mais difícil que nos sistemas da família românico-germânica. Nesta mesma linha interpretativa, existiria na família do direito anglo-saxônico uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas.²⁵⁰

Na Inglaterra, como resultado de uma histórica troca de bastão entre Poderes, a forma de governo adotada é a monarquia parlamentarista, desenhada pela divisão de funções entre o Chefe de Estado e o Chefe de Governo. Entre os anos 1600 a 1700, houve uma transição de Poder entre o Executivo e o Legislativo inglês, com a transição, após o *Bill of Rights*, do Poder de governar das mãos dos reis Carlos I, Carlos II e James (*King Imperious*) para o Parlamento, seguindo os ideais de John Locke, cujas ideias influenciou a própria revolução gloriosa (rei e parlamento em harmonia). Já se defendia nessa época que o Legislativo era sim o Poder mais importante.

Até ao ano de 2009, a função de cúpula do Judiciário britânico era exercida pela Câmara dos Lordes (*House of Lords*), órgão formalmente pertencente ao Poder Legislativo. Competia à Câmara dos Lordes julgar recursos interpostos contra decisões do *Court of Appeal*. Em outubro de 2009 entrou em funcionamento a *Supreme Court of England*, que assumiu as funções antes exercidas pela Câmara

²⁵⁰ Cf. RAMOS, 2010, p. 107.

dos Lordes, inaugurando um novo período de separação entre Legislativo e Judiciário.²⁵¹

A hodierna Suprema Corte da Inglaterra é formada por doze juízes (justices), caracterizando-se por atuar: (i) como a instância mais elevada para todos os casos civis e criminais ocorridos na Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda do Norte; (ii) como a instância maior para todos os casos civis da Escócia. As decisões da Corte são aproveitadas, em virtude do sistema *common law*, como precedente de observância obrigatória e caráter vinculante para os demais órgãos do Judiciário britânico. Nas palavras de Andrews:

Contudo, não houve com a instituição da Suprema Corte “intenção de se criar uma Corte Constitucional; isto é, uma Corte que se desincumbiria de proceder à judicial review de atos do legislativo, em contraposição a atos do executivo. Assim, não se pretende que a nova Corte invalide leis por considera-las inconstitucionais”, o que na visão de Neil Andrews é “positivo, pois protege o Judiciário britânico da pretenciosa suposição de que eles seriam os ‘guardiões do povo’, mais do que o Parlamento eleito.”²⁵²

Observa-se, tão logo, que a atuação proativa do Judiciário ainda é tímida no direito inglês, na medida em que a tradição parlamentarista sempre operou como um freio deveras significativo para a criação de normas pela jurisdição, mesmo se tratando de um sistema *common law* – que, a princípio, fornece uma margem de atuação mais avantajada ao julgador.

De outra banda, nos Estados Unidos (país de origem Anglo-saxão), o caso mundialmente conhecido que deflagrou o protagonismo judicial nos Estados Unidos foi o emblemático *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 pelo *Justice John Marshall*, que deu início do controle de constitucionalidade das leis do parlamento pela Suprema Corte norte-americana.

Nesse julgado, *Marshall* defendeu que a Suprema Corte poderia invalidar atos dos Poderes Legislativo e Executivo, dado que a última palavra seria a do Judiciário. Segundo o *Justice*, ou a Constituição seria suprema ou não valeria de nada, razão porque defendeu o ex-Chefe de Justiça nos Estados Unidos que a interpretação do

²⁵¹ PAVLOVSKY, Fernando Awensztern. *O funcionamento do Judiciário no Reino Unido*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51162/o-funcionamento-do-judiciario-no-reino-unido>>. Acesso em: mai. 2018.

²⁵² ANDREWS, Neil. *A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica*, In: Revista de processo, ano 35, n. 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Judiciário vale até mais que a interpretação realizada pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo – fato gerador de grande polêmica até hoje nos Estados Unidos, porquanto não há qualquer indicação na constituição americana que confira tal poder de revisão ao Judiciário.

Pode-se ainda citar os exemplos do México, no qual a Suprema Corte abriu caminho para a legalização da maconha, e da África do Sul, quando a Suprema Corte sul-africana julgou inconstitucional a legislação que instituía a pena de morte e gerou grande controvérsia no país, ao ponto de gerar posterior reforma do polêmico entendimento.

Os aspectos apresentados nos países de família anglo-saxão e Romano-Germânico retratam com exatidão as nuances da jurisdição constitucional no direito comparado, pormenorizando as características diferenciadoras e semelhantes do que é hoje praticado no Brasil. O gradual crescimento da atuação do Poder Judiciário, em qualquer que seja o sistema jurídico (*civil law ou common law*), origina-se da necessária criatividade dos juízes para dirimir casos complexos. Viu-se, contudo, que a discricionariedade na atuação dos juízes é mais bem aceita nos países do *common law*, os quais se apegam aos precedentes judiciais para determinar os rumos da interpretação constitucional.

Malgrado, países enraizados no estado de direito, como o Brasil, também podem evoluir para conferir às decisões do Judiciário ampla possibilidade de imersão nas matérias de competência do Executivo e do Legislativo. Salutar, para tanto, que seja propagada a ideia de diálogo institucional, consoante visto na Itália e Alemanha, de sorte que a busca da efetiva concretização dos direitos fundamentais não seja utilizada como pretexto pelas Cortes Constitucionais ostensivamente, maculando harmonia entre os Poderes.

3.3 Legitimidade democrática da jurisdição constitucional contramajoritária.

A jurisdição constitucional se presta, em síntese, à pacificação de conflitos. Denota, etimologicamente, o poder-dever conferido ao Poder Judiciário - mormente pelo controle de constitucionalidade - de dizer o direito no caso concreto (“*juris*” e

“dicere”). Kelsen conceitua-o como sendo “um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”.²⁵³

O papel da jurisdição constitucional, como defende Robl Filho, é deveras complexo, sobretudo porque envolve o desafio contemporâneo de equilibrar, simultaneamente, as múltiplas reivindicações do constitucionalismo e da democracia.²⁵⁴ Essas questões perfunctórias compõem ensinamentos vitais para a correta imersão acadêmica nas razões fundantes da atuação judicial no controle das normas.²⁵⁵

Bem por isso, neste tópico, pretende-se trazer à baila uma questão central sobre os limites da jurisdição constitucional: admite-se, numa democracia, que juízes não eleitos pelo povo possuam a prerrogativa de invalidar atos normativos editados pelo Legislativo? Seria, então, o *judicial review* um instituto antidemocrático? Representaria a atuação proativa do Judiciário um atentado ao autogoverno? Eis algumas das questões que se pretende reverberar adiante.

Ademais, será pormenorizado, de modo a responder as referidas questões e contribuir com o diagnóstico que se fará no capítulo 4 (sobre a efetividade do ECI no Brasil), o debate na doutrina sobre o agir diligente do Judiciário, em especial no direito norte-americano (onde a discussão doutrinária teve nascedouro).²⁵⁶ Para tanto, como forma de qualificar a discussão em voga, apresentar-se-ão os posicionamentos (contrários e favoráveis) sobre o relevante papel contramajoritário da jurisdição constitucional.²⁵⁷

²⁵³ KELSEN, 2007.

²⁵⁴ ROBL FILHO, I. N. *Autogoverno e autolegislação dos estados-membros na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: ações diretas de inconstitucionalidade e art. 25 da Constituição Federal Brasileira*. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 181-202, jan./jun. 2016.

²⁵⁵ Para o início de todo e qualquer estudo acerca da jurisdição constitucional (dada a complexidade que lhe é inerente) curial a leitura conjunta dos Federalistas e das lições de Hans Kelsen sobre o controle judicial de constitucionalidade dos atos emanados pelo Legislativo

²⁵⁶ Nos Federalistas, aborda-se o aclamado caso *Marbury vs Madison*, de 1803, em que a Suprema Corte estadunidense declarou incidentalmente – mesmo sem previsão constitucional – a inconstitucionalidade de uma lei norte-americana. Com Kelsen, liberal cético, extrai-se a defesa pela Criação de um Tribunal Constitucional com o poder de anular os atos normativos de outros poderes.

²⁵⁷ Acerca da atuação contramajoritária em prol das minorias, destacam-se os debates travados entre Robert Dahl, Richard Pildes, Alexander Bickel, John Hart Ely, Ronald Dworkin e Bruce Ackerman.

Nestas dobras, para o jusfilósofo Robert Alexy²⁵⁸, o dilema sobre os limites de atuação da jurisdição constitucional (em dar a última palavra), pode ser solucionado com o que ele denomina de “representação argumentativa”, pautada na atuação direta do Tribunal Constitucional – e não na representação naturalmente política. Alexy também destaca o princípio da proporcionalidade como método de aplicação dos direitos fundamentais (otimização) e afirma ser adequado imaginar-se um sistema democrático não absolutamente vinculados aos ditames de um tradicional “governo de maioria”. Assim, sob um espectro de democracia adequada, o argumento ganharia protagonismo, desaguando numa democracia deliberativa, a partir da qual a Corte jurisdicional faria a representação popular.²⁵⁹

Já Ronald Dworkin²⁶⁰ é categórico defensor da concepção constitucional de democracia, tendo reiteradamente exarado posicionamento favorável ao controle judicial da constitucionalidade das leis. No sentir de Dworkin, a atuação proativa do Judiciário não traria mácula à democracia; ao revés, afirmava que o *judicial review* fomentava um manifesto benefício ao sistema democrático.²⁶¹

A seu turno, Robert Dahl²⁶² formulou célebre artigo no qual debate o papel da Suprema Corte norte-americana na formulação de políticas nacionais, levantando o debate sobre a atuação demasiadamente proativa do Poder Judiciário. O grande diferencial do texto de Dahl, escrito em 1957, é que, por ser um cientista político, ele fez uma leitura essencialmente política – e não jurídica, da jurisdição constitucional e da democracia norte-americana, trazendo, assim, uma nova visão ao tema posto em debate.

²⁵⁸ ALEXY, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, in: ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

²⁵⁹ Cf. ALEXY, Robert. “Pós-fácio”, in: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 576.

²⁶⁰ Muito mais que valorizar o exercício de subsunção das normas aos fatos, Dworkin defendia o direito como interpretação, voltado aos valores fundamentais esculpidos na norma. Logo, o autor advogou no sentido da salutar atuação ativa da Corte Constitucional, para que o poder Judiciário concretizasse os direitos, a partir do exercício da qualificada interpretação da norma. In: DWORKIN, Ronald. *Casos Constitucionais. In: Levando os direitos a sério*. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.221.

²⁶¹ A visão de Dworkin era no sentido de que o juiz teria o papel de concretizar princípios fundamentais e, portanto, não seria adstrito tão somente aos exatos termos da lei, cabendo-lhe aplicar a hermenêutica mais conveniente para a consecução dos valores consagrados na constituição. In: DWORKIN, Ronald. *A leitura moral e a premissa majoritária. In: O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo B. Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²⁶² DAHL, Robert. *Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker*. In. *Journal of Public Law. Role of The Supreme Court Symposium*, n. 1, 1957.

Por outro lado, Richard Pildes²⁶³ questiona - em artigo publicado em 2011 - se a Suprema Corte pode ser considerada uma instituição contramajoritária. Pildes, professor de direito na Faculdade de Direito da Universidade de Nova York, ficou conhecido por ser um dos principais estudiosos do direito público do país e especialista em questões jurídicas que afetam a democracia.

Na verdade, Dahl e Pildes defendem, cada um com as suas particularidades, que o controle judicial da constitucionalidade não violaria a tradicional democracia norte-americana, ou seja, que a Suprema Corte estadunidense não realizaria um papel contramajoritário – como defendido por Bickel. Essa são alguma das questões que serão tratadas no presente trabalho.

O grande desafio do *judicial review* norte-americano foi racionalizar a dicotomia existente entre a prática da revisão judicial com os preceitos da democracia, do autogoverno. O supracitado artigo de Dahl é de 1957, ou seja, antes da publicação de julgados paradigmáticos sobre os limites de atuação do Judiciário), faz uma análise empírica sobre o papel exercido pela Suprema Corte no sistema político norte-americano.

Dahl cuidou de examinar, à época, todos os casos em que a Suprema Corte considerou uma disposição da lei federal inconstitucional. No início do seu artigo, ele fixou o entendimento de que a Suprema Corte norte-americana, diferentemente do que se noticiava, não era uma instituição absolutamente jurídica. Pelo contrário, afirmou Dahl que: *“Considerar a Suprema Corte dos Estados Unidos da América estritamente como uma instituição jurídica é subestimar sua importância no sistema político americano.”*²⁶⁴

Para Dahl, a sociedade daquele momento, em regra, anuía com essa nova faceta evidenciada: a Suprema Corte tomando decisões sobre política pública, traçando contornos da política nacional. Malgrado, sobreleva registrar aqui que Dahl não respondeu quais seriam as consequências desse alargamento da função do Poder Judiciário na estrutura do Estado norte-americano. Na visão do autor:

²⁶³ PILDES, Richard H.. *Is the Supreme Court a “Majoritarian” Institution?* In New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 251, 2011.

²⁶⁴ Cf. DAHL, 1957.

“O fundamental é a medida na qual uma corte ou tribunal pode e toma decisões sobre políticas públicas desviando-se dos critérios “jurídicos” encontrados na jurisprudência, nas leis e na constituição. Nesse aspecto, a Suprema Corte ocupa posição peculiar, porque uma característica essencial da instituição é que, frequentemente, seus membros decidem casos em que os critérios legais não são de forma alguma adequados à tarefa. Recentemente, um renomado juiz da Suprema Corte descreveu as atividades desta da seguinte forma.”.²⁶⁵

Dessume-se das ideias acima que a posição da Suprema Corte na sociedade advém diretamente da legitimidade não extraída do sistema político, mas do jurídico. Todavia, considerando que muitos dos casos que são levados ao Judiciário possuem complexidade irrefutável (*ex vi* dos casos de segregação racial e regulação econômica), o Tribunal não poderia se furtar de analisar tais questões, sob o azo de que somente poderia julgar causas sob o enfoque jurídico.

A solução dada por Dahl foi a da escolha entre as alternativas controversas da política pública, recorrendo-se a pelo menos alguns critérios de aceitabilidade sobre as questões de fato e de valor que não se encontram ou não podiam ser deduzidas à partir da jurisprudência, das leis e da Constituição. Neste sentido, justifica-se o fato de que Suprema Corte é uma instituição formuladora de políticas nacionais e é essa função que dá ensejo ao problema da existência da Suprema Corte num sistema político comumente considerado democrático.

Na visão do autor, quando a Suprema Corte norte-americana se deparava com dificuldades que exijam a ponderação sobre valores (como a aceitabilidade do julgado), a decisão exarada teria natureza essencialmente política, o que transforma a corte em uma verdadeira entidade formadora de políticas nacionais, a denominada “*National-policy-maker*”. Dahl ainda aponta, a partir de dados empíricos coletados, que a Suprema Corte se constitui, de forma singular, como um Tribunal protetor das minorias contra a presumida tirania das maiorias. Nestas dobras, baseando-se nos dados coletados na Biblioteca do Congresso, Serviço de Consulta Legislativa, sobre as Legislações Federais Consideradas Inconstitucionais pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ele fez a seguinte constatação:

“No curso dos seus 167 anos, em 78 casos, a Suprema Corte impugnou 86 disposições diferentes da legislação federal como inconstitucionais e, por interpretação, modificou diversas outras. Assim, é possível afirmar que em todos os casos, ou em inúmeros, a Suprema Corte estava realmente

²⁶⁵ Cf. DAHL, 1957.

defendendo os direitos de alguma minoria contra uma maioria “tirana”. No entanto, há dificuldades extremamente graves com essa interpretação das atividades conduzidas pela Suprema Corte.”²⁶⁶

Diante dos dados estudados, questionou Dahl se seria possível existir uma política democrática (ou seja, da maioria popular e de seus representantes). A Suprema Corte, segundo alvitrado pelo autor, teria o papel de defender essencialmente a preferência das minorias, já que, no plano fático, a soberania popular e a igualdade política não existiria nos EUA. Ironicamente, ele afirma: *“apesar de a Suprema Corte defender as minorias contra as maiorias, ela é uma instituição completamente “democrática”*.

O autor assim justifica o polêmico entendimento firmado:

Quase nunca é possível determinar se uma maioria apoia ou não apoia uma de duas ou mais alternativas de políticas sobre as quais os membros da elite política encontram-se divididos. Ao longo de toda a história da Suprema Corte não há como estabelecer com alto grau de confiabilidade se determinada alternativa foi ou não apoiada por uma maioria ou minoria de adultos, ou votantes.²⁶⁷

As evidências obtidas por Dahl a partir de pesquisas de opinião por ele coletadas sugeriram que o Congresso não está tão desalinhado com a opinião pública. Ao se considerar uma dita *“maioria formada por legisladores”* como equivalente a uma *“maioria nacional”*, seria possível testar se a hipótese de que a Suprema Corte é a espada e o escudo das minorias contra as maiorias nacionais.

Prosseguindo com o raciocínio, Dahl afirma que seria ingênuo acreditar que os próprios juizes da Suprema Corte estão imunes às questões políticas levadas ao Tribunal. Isso porque, ao longo de toda a história da Suprema Corte até 1957, na média, um novo juiz é nomeado a cada dois anos.²⁶⁸ Assim, um presidente poderia nomear dois novos juizes durante um mandato; e se isso não for suficiente para dar novo tom a uma Corte normalmente bem dividida, é quase certo que ele consiga esse feito em dois mandatos. Exemplifica Dahl afirmando que Hoover foi nomeado três vezes e Roosevelt, nove vezes; Truman, quatro.

²⁶⁶ Cf. DAHL, 1957.

²⁶⁷ Ibid.

²⁶⁸ Cf. DAHL, 1957, pp. 279-295.

Por tal razão, é acastelado que os presidentes não são famosos por nomear juízes hostis às suas próprias convicções sobre políticas públicas, tampouco podem garantir a confirmação de um homem cujas posições sobre questões primordiais vão, flagrantemente, de encontro às posições da maioria dominante no Senado. Os juízes, em regra, são indivíduos que, previamente à posse no cargo, encontram-se na vida pública e se comprometeram publicamente com as grandes questões cotidianas. Considerável parcela dos juízes, principalmente os que deixaram sua marca nas decisões tomadas na Suprema Corte, tinha, consoante verificado por Dahl, pouca ou nenhuma experiência judicial.

Indo de encontro ao posicionamento adotado por Dahl, desponta Jeremy Waldron, para quem o método da maioria (princípio majoritário) deveria prevalecer, por trazer ganhos para a democracia – ainda que, eventualmente, gere injustiças. Waldron foi um dos juristas que melhor retratou a função da Constituição na proteção do interesse da maioria e da própria autonomia popular. Para ele, o constitucionalismo se constitui num erro, na medida em que a limitação posta ao texto constitucional teria por condão, em última análise, enfraquecer a democracia. Aliás, dentre outras questões acessórias, Waldron demonstra como a Constituição é utilizada para defender a soberania popular dentro do regime democrático.²⁶⁹

Waldron é ferrenho defensor da imperatividade da teoria democrática, consubstanciando-se na filosofia do direito e com enfoque principal na indicação da Carta magna como basilar para a consolidação da democracia, observando-se sempre a soberania da vontade popular nas escolhas nacionais. Enquanto jurista estritamente legalista, é contrário ao *judicial review* e a intromissão do Judiciário naquilo que fora legitimamente definido pelo Poder Legislativo.

Ele faz a defesa do parlamento e dos mecanismos democráticos tradicionais para a adoção de decisões democráticas, criticando veementemente a utilização do *judicial review*, isto é, a atribuição de juízes não eleitos declararem a nulidade de leis aprovadas por parlamentos constituídos democraticamente²⁷⁰. Ele sugere na obra

²⁶⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

²⁷⁰ WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*, 115 Yale L.J., 2006, p. 1406.

“*Judicial Review and Judicial Supremacy*” a distinção entre *judicial review* e *judicial supremacy*, como bem observado por Fernando José Longo Filho²⁷¹:

“Entende que *judicial review* pode operar no melhor das vezes como um modesto poder de contenção; enquanto, a ideia de *judicial supremacy* implica que os juízes devem ser supremos ou até mesmo soberanos na política e que todos os outros Poderes constituídos devem ser subordinados a eles. Assevera que a supremacia judicial implica o deslocamento do autogoverno, a criação de uma soberania judicial e a usurpação do poder constituinte. A supremacia judicial tem a tendência de retirar do povo e de seus representantes o amplo poder de deliberar e decidir sobre a futura direção das instituições políticas, econômicas e sociais.”

Sopesando-se os posicionamentos trazidos por Dahl, Dworkin e Waldron, mostra-se razoável endossar a ideia de Dahl, no sentido de que a visão da Suprema Corte, ao fim e ao cabo, sempre irá se alinhar aos interesses da maioria (desqualificando a própria constatação inicial do autor de que a Corte visaria defender a tirania da maioria contra a minoria).

Segundo ele, se os juízes fossem nomeados fundamentalmente por suas qualidades “judiciais”, sem considerar suas atitudes básicas sobre questões fundamentais relativas a políticas públicas, a Suprema Corte não poderia desempenhar o papel influente que exerce no sistema político americano.²⁷²

Infere-se, pois, que as visões dominantes sobre políticas públicas na Suprema Corte estadunidense nunca predominariam entre as majorias formadas por legisladores dos Estados Unidos. Seria, nesse esteio, irreal supor que a Suprema Corte fosse, por anos e anos, se opor às principais alternativas buscadas por uma maioria formada por legisladores. Isso porque, segundo ele, “a Corte era *inevitavelmente parte da aliança nacional dominante*”.²⁷³

No processo de nomeação nos Estados Unidos, se uma coalizão governar tempo suficiente para fazer nomeações suficientes para controlar a Corte, a Corte provavelmente refletirá as preferências medianas dessa coalizão. Analisando algumas tabelas sobre o intervalo entre as nomeações para a Suprema Corte, Dahl

²⁷¹ LONGO FILHO, Fernando José. *A Última Palavra e Diálogo Institucional: Relações com as Teorias Democráticas em Dworkin e Waldron*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58328>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁷² Cf. DAHL, 1957.

²⁷³ Ibid.

defendeu que, pelo histórico da Suprema Corte, há uma chance a cada cinco de um presidente fazer uma nomeação em menos de um ano, o que é melhor do que uma a cada dois anos ou a cada três anos.

A linha de base de Dahl era a legislação vigente de quatro anos ou menos antes da decisão da Corte (esse período de tempo evitava o problema das maiorias legislativas extintas). Em essência, Dahl tratou a Corte como atuando de maneira contra-igualitária somente se invalidasse os atos do Congresso dentro de quatro anos de sua promulgação.

Essa definição forneceu uma maneira significativa de avaliar o quão fora de linha as maiorias legislativas nacionais em vigor, as decisões do Tribunal poderiam ser. Constatou Dahl que, ao longo de toda a história, aproximadamente metade das sentenças da Suprema Corte foi proferida mais de quatro anos depois que a legislação foi aprovada.

Sobre as minorias, Dahl defende que num país onde os direitos básicos são, em termos gerais, respeitados, não se pode esperar uma quantidade significativa de casos em que a Suprema Corte teve que se posicionar firmemente contra uma maioria formada por legisladores. Contudo, as maiorias podem, em raras ocasiões, se tornar “tiranas”.²⁷⁴ E quando isso ocorre, a Suprema Corte intervém, inevitavelmente. Afirmou ainda, em linhas gerais, que parece um tanto irreal supor que a Suprema Corte, cujos integrantes são recrutados da mesma forma que seus juízes, favoreça por muito tempo as normas de direito ou justiça – ou seja, das minorias, contrariando substancialmente os interesses do restante da elite política.

Fato é que a doutrina constitucional muda significativamente ao longo do tempo. O esforço de Dahl para situar a Corte no contexto político mais amplo em que opera inevitavelmente forneceu um corretivo necessário às imagens excessivamente romantizadas da Corte como uma instituição totalmente autônoma capaz de proteger qualquer grupo minoritário ou interesse contra as forças da democracia majoritária.

²⁷⁴ Cf. DAHL, 1957.

Bem por isso, o entendimento sobre os limites da jurisdição constitucional pressupõe a realização de um diálogo entre o pensamento da teoria majoritária de Dahl e os ideais de autogoverno trazidos na corrente contramajoritária de Alexander Bickel.

Bickel foi um reconhecido professor de direito, nascido na Romênia e especialista no direito constitucional norte-americano, que produziu em 1962 (após os escritos de ciências políticas de Dahl), relevante obra na qual intitula o Poder Judiciário norte-americano de “*The Least dangerous branch*”²⁷⁵, ou seja, como àquele menos perigoso à democracia.

Em aparente resposta à obra de Dahl (sobre a Suprema Corte formuladora de políticas nacionais), Bickel formulou uma questão moral fundamental sobre o papel da Suprema Corte: a chamada “*dificuldade contramajoritária*”, pensamento que bebe da fonte do *judicial review* e que é proveniente da atuação do Poder Judiciário na invalidação de atos emanados por outros poderes estatais.

Bickel, na tentativa de justificar que os juízes podem julgar de forma neutra e sem ofender a democracia, ele se propõe a responder 3 questões:

1. A regra do erro claro: Juízes devem ser deferentes, mais pacientes, cuidados e tolerantes no exercício do controle judicial de constitucionalidade. Juízes prudentes evitariam o surgimento de juízes autoritários;
2. Os princípios de neutralidade: Os juízes devem agir racionalmente, distante de interesses momentâneos. A corte deve ser contida pela ideia de neutralidade, uma vez que só atuaria quando relevante questão principiológica estiver sendo debatida pela corte);
3. As virtudes passivas: É preciso que as cortes lancem mão de virtudes passivas, ou seja, que a corte retarde, evite decidir, atrase o processo decisório para que a decisão judicial seja tomada no tempo certo, quando a sociedade, em tese, esteja preparada para receber a decisão.²⁷⁶

Especificamente sobre os limites da jurisdição, questionou Bickel²⁷⁷: “Por que um pequeno grupo não-eleito de nove pessoas tem o poder de decidir algumas das questões morais mais profundas para um país de 308 milhões de pessoas, e fazê-lo de uma forma que todos os outros atores dos governos nacional e estadual não têm poder direto para anular?”

²⁷⁵ BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. N. York: Vail-Ballou Press 2d ed. 1986.

²⁷⁶ Cf. BICKEL, 1986.

²⁷⁷ Ibid.

Durante décadas, as perspectivas conflitantes de Bickel e Dahl permaneceram em grande parte com suas próprias disciplinas. O estudo sociocientífico de Dahl (recheado de análises empíricas) acerca das decisões da Corte sugeria que a preocupação de Bickel era descabida, pois a jurisdição não funcionaria do tal modo contramajoritário indicado. Sob essa perspectiva, o *judicial review* aparentemente pode se apresentar como um instituto antidemocrático.

A grande questão a ser resolvida para a elucidação dessa primeira impressão reside justamente na forma de conciliar a limitação trazida pela corrente do constitucionalismo com os deveres inerentes à democracia.

Foi a partir dessa problemática que Alexander Bickel criou a “*dificuldade contramajoritária*”. A ideia consiste em analisar se os juízes – é dizer, aqueles não escolhidos diretamente pelo povo - poderiam invalidar decisões legislativas exaradas por pessoas democraticamente eleitas para representar o interesse da maioria. Neste ponto, Sérgio Victor²⁷⁸ observou que no sistema jurídico estadunidense dois princípios opostos precisam ser conciliados: o princípio do autogoverno (a maioria tem o direito de governar) e o princípio da não opressão (a minoria goza igualmente de direitos).

Esse desiderato é também conhecido como “*Dilema de Madison*”, por intermédio do qual Roberto Bork²⁷⁹ defende que a extensão da democracia deve sim ser controlada, mas nunca de forma extremada (pela maioria ou pela minoria detentora do poder), porquanto o exercício arbitrário do poder por grupos fatalmente desencadearia uma tirania, consequência diametralmente equidistante dos preceitos democráticos.

Bork, aliás, pegando atalho nas ideias de Bickel, considera que a tarefa da reconciliação entre o princípio democrático e a proteção dos direitos da minoria é perene. A obra de Bickel pretendeu explicar justamente como o *judicial review* (instituto de raiz não democrática – proveniente de atuação direta de juízes não

²⁷⁸ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese de Doutorado, São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2013.

²⁷⁹ BORK, Robert H.. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. New York: First Touchstone Edition, 1991.

eleitos), poderia ser justificada em um governo que deriva a legitimidade do seu funcionamento na regra democrática da maioria.

Poder-se-ia então considerar o “*judicial review*” norte-americano o reflexo de uma “*Judicial supremacy*”, sob a batuta de um Poder Judiciário tirano e controlador dos atos emanados pelos demais Poderes? Para responder tal questionamento, a análise de Bickel imerge ainda no estudo da “seletividade da accountability”, ou seja, no propósito de que a maioria dos eleitores não acompanha os afazeres diários do governo, apenas participando do processo eleitoral.

Em outras palavras, o autor colocou em xeque se a ideia de autogoverno realmente se manteria no Estado norte-americano, já que não haveria uma correspondência fidedigna da verdadeira aspiração do povo para com os membros eleitos para ditar as leis do país. Isto porque os eleitores americanos não evidenciam interesse em acompanhar a atuação dos seus congressistas após a eleição, enfraquecendo o salutar controle popular.

Cooperando com as ideias de Bickel, Bruce Ackerman sugeriu uma democracia dualista para o *judicial review*²⁸⁰. Ao fazer um denso estudo da história constitucional norte-americana, ele propõe uma interpretação fundada no que ele chama de “momentos constitucionais”. Por esse fundamento, o povo americano precisaria dar mais valor aos “momentos fundantes” de sua história e ter mais interesse e participação nos negócios jurídicos, sem essa participação, eles serão “*perfect privats*”.

Nesta sonda, visando desvendar a relação paradoxal entre constitucionalismo e democracia, Ackerman faz um apanhado histórico para superar o dilema da dificuldade contramajoritária. Ele diz que é possível conciliar constitucionalismo e democracia, por intermédio de uma crítica à aos ideais restritivos de Bickel para resolver a chamada dificuldade contramajoritária.

Advogou Ackerman, após analítica observação dos efeitos do autogoverno, que Bickel não distinguiu os órgãos representativos ordinários e as assembleias com

²⁸⁰ ACKERMAN, Bruce, *Constitutional Politics/Constitutional Law*. Faculty Scholarship Series. Paper 140, 1989.

Poder constituinte. Por este motivo, sugere um dualismo democrático, de forma que seja separado a vontade política-constitucional (de participação direta dos cidadãos) da vontade política democrática-originária, (feita por órgãos representativos que sofrem influência de interesses particulares). Segundo ele, ambas as políticas possuem raízes na vontade popular, todavia, a política constitucional deve ter prioridade à política ordinária, já que tem participação ativa da população.

John Hart Ely²⁸¹, contribuindo o debate central entre Dahl e Bickel, adotou uma abordagem procedimental do *judicial review*. Ely encarou o tema sob o seguinte prisma: a dicotomia existente entre o interpretacionismo (positivismo) e o não-interpretativismo (direito natural), são insuficientes para fundamentar uma prática adequada do controle judicial de constitucionalidade das leis.

Propôs-se, então, uma solução intermediária: a Suprema Corte não deveria impor os seus valores às cláusulas constitucionais de textura aberta, mas a sua atuação ocorreria numa margem mínima de ação corretiva.

Ou seja, uma atuação limitada, vinculada tão somente às falhas porventura existentes no mercado político, como vemos, aqui no Brasil, por exemplo, na atuação das agências reguladoras. Ely defende a possibilidade do *judicial review*, porém, calcada na intervenção mínima. Segundo ele, a Suprema Corte apenas deve intervir quando direitos inerentes à participação política estiverem em risco, de modo a preservar as bases igualitárias nas disputas levadas ao Judiciário. Não devendo se meter, portanto, em escolhas democráticas.²⁸²

Por fim, interessante registrar a visão do professor Richard Pildes quanto à dicotomia apresentada (Teoria Majoritária de Dahl x Teoria contramajoritária de

²⁸¹ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980, p. 43-72.

²⁸² Sérgio Victor tece crítica à teoria da revisão judicial garantidora e otimizadora dos procedimentos democráticos de Ely, afirmando que o este não conseguiu - apesar dos esforços, escapar da dificuldade contramajoritária levantada por Bickel: "A tentativa que faz Ely de evitar que a Corte pronuncie juízos morais substantivos apenas tenta disfarçar, segundo Dworkin, que a própria teoria dele já fez essas opções que envolvem moralidade política, ao escolher quais direitos são judicializáveis. Desse modo, os juízes só podem aceitar a teoria de Ely se antes aceitarem as escolhas morais que ela faz. Ely, portanto, não conseguiu escapar da dificuldade contramajoritária revelada por Bickel." Cf. VICTOR, 2013.

Bickel):²⁸³ o autor apresentou um análise peculiar, posicionando-se favoravelmente à teoria de Bickel, incrementando-se, malgrado, novos dados à proposição.²⁸⁴

A ilação extraída dos pensamentos de Dahl remonta à tese de que o papel contramajoritário da Corte apenas persistiria ou se mostraria viável em face de maiorias fracas. O estudo empírico realizado em 1957 antecipou algumas das críticas que seriam feitas décadas depois à obra de Alexander Bickel. No que concerne as relações entre maioria e minoria suas conclusões contrariam as de Bickel, pois Dahl defende que a Suprema Corte, empiricamente, não cumpre um papel contramajoritário.

Em verdade, para Dahl, a Suprema Corte funciona principalmente para impor e consagrar pontos de vista majoritários, mesmo que a sua formação não se origine por meio de juízes escolhidos pelo povo. Esse fato não seria um impeditivo, segundo ele, para se constatar que o *judicial review* não fere o interesse da maioria.

De modo diverso, Bickel afirmou existir um problema a ser resolvido na atuação do *judicial review* em meio ao sistema democrático norte-americano sobretudo quanto ao binômio constitucionalismo *versus* autogoverno, razão pela qual, em seu livro, indica os limites que precisam ser impostos aos juízes (por muitas vezes utópicos na prática), para que o direito da maioria não seja maculado.

Em suma, pode-se concluir que os ideais propostos por Bickel (embora tenha influenciado uma geração de constitucionalistas americanos) são paradoxais e de difícil consecução, porquanto suas soluções sempre tangenciam cláusulas abertas de caráter subjetivo como humildade, precaução e auto-restrição, resultando num distanciamento de sua teoria com o pragmatismo necessário à resolução da problemática levantada por Dahl no artigo em que propõe à Suprema Corte constitucional o papel de órgão formulador das políticas nacionais.

²⁸³ Cf. PILDES, 2011.

²⁸⁴ Argumentou Pildes, em síntese, que o estudo sócio-científico de Dahl sobre as decisões da Corte sugeria que a preocupação de Bickel era descabida, pois, como questão de realismo político, a Corte não funcionava, e não podia funcionar do modo contra-majoritário que tanto incomodava Bickel.

Lado outro, ao trazer a discussão sobre o papel contramajoritário da jurisdição constitucional ao âmago do presente trabalho, notadamente (i) quanto aos limites que devem ser estabelecidos ao Judiciário brasileiro quando da imposição de remédios estruturais a outros agentes de Estado (no exercício do poder de *accountability* horizontal); (ii) quanto aos efeitos do autogoverno; e (iii) quanto ao papel das maiorias na legitimidade democrática, conclui-se que, independentemente das teorias clássicas de separação de funções do estado democrático, que o objetivo final a ser alcançado é a concretização de direitos constitucionais.

Não se pode olvidar que os direitos fundamentais foram constitucionalizados, e, tendo os efeitos de tal positivação irradiado sobre todo o ordenamento jurídico, sendo conseqüências da judicialização da política e da própria incorporação de valores públicos nas decisões do Judiciário.²⁸⁵

Logo, ainda que o sistema político-institucional brasileiro deposite no princípio da separação estática dos Poderes o equilíbrio da República Federativa (recíproca *accountability*), há inegavelmente legitimidade do Poder Judiciário para conduzir a promoção de direitos fundamentais a partir da judicialização de políticas públicas, dada a imperiosa necessidade de se buscar harmonia entre os agentes estatais para concretizar os elementos fundantes do Estado Democrático de Direito brasileiro”.²⁸⁶

²⁸⁵ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>>. Acesso em: 12. Nov. 2019.

²⁸⁶ Cf. ROBL FILHO, 2012, p. 226.

4. O PARADÍGMA DA ADPF Nº 347/DF E A EFETIVIDADE DO ECI NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

As lides no Brasil vêm sofrendo gradativas mutações. O tradicional processo bipolar evoluiu, passando também a enfrentar relações jurídicas ampliadas no final do século XX, por intermédio dos chamados “processos coletivos”. Há, com o advento dos microssistemas coletivos, mudanças processuais no que cinge à legitimidade *ad causam*, ao objeto (direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos), à normatização (p. ex. Leis 7.347/85 e 8.078/90) e à perfectibilização da coisa julgada.

Não diferentemente do que ocorreu com as demandas individuais, o processo coletivo se mostrou inócuo para tutelar litígios que exigiam um cuidado extremo do magistrado para fins de implementar remédios estruturais. A exemplo dos casos em que se tinha como plano de fundo os *hard cases* ou o controle judicial de políticas públicas. Surgem, numa “*evolução processual darwiniana*”, ensinamentos ligados à *structural reform* estadunidense²⁸⁷, com as primeiras balizas para a implementação de litígios estruturais na ordem jurídica brasileira.

O processo é estrutural porque os bloqueios institucionais apresentados, de tão complexos, não conseguem ser conformados pelos métodos tradicionais. Requer-se, para a resolução dos litígios de difusão irradiada (policêntricos e multipolares), a tomada de decisões estruturais.

Didier, Zaneti Jr. e Oliveira conceituam a decisão judicial estrutural (*structural injunction*) como aquela que “busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos”.²⁸⁸ Aqui, novamente regressamos aos ensinamentos de Chayes, que, em 1979, já observando os fenômenos ligados à complexidade das demandas que envolviam burocracias estatais na consecução de valores públicos, defendeu que

²⁸⁷ Cf. FISS, 1979.

²⁸⁸ Cf. DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2017.

esses fatores “colocam o juiz em um papel ativo, moldando, organizando e facilitando o litígio”.²⁸⁹

A *strucutral reform* brasileira tem caminho fértil para o seu desenvolvimento. No âmbito positivo, além eficácia irradiante dos direitos fundamentais contemplados no texto Constitucional, o Código de Processo Civil de 2015, em certa medida, concebe novas ferramentas para a resolução de *hard cases*: possibilita a autocomposição entre as partes (art. 3º, § 2º); dá relevo aos atos de cooperação (arts. 5º e 6º); possibilita aos juízes o pedido de cooperação para praticar atos processuais (art. 67); positiva na norma adjetiva a figura do *amicus curiae* (art. 138); prevê a cláusula geral de negociação processual (art. 190); cria a audiência de saneamento em cooperação (art. 357, § 3º), etc.

Nos tópicos seguintes, serão examinados, em cotejo com os resultados já alcançados na jurisprudência comparada, quais são os limites, riscos, dificuldades procedimentais, perspectivas e possíveis soluções para a utilização das decisões de cunho estrutural na ordem jurídica pátria, quer seja para o hodierno enfrentamento dos bloqueios inerentes ao sistema carcerário brasileiro, ou para a resolução de lides estruturais vindouras.

4.1 Protótipos de lides estruturais no Brasil.

De início, urge pontuar que Poder Judiciário brasileiro, aqui tratado em seus diversos graus de jurisdição, tem decidido, há mais de duas décadas, processos de feições estruturais, antes até do pedido de reconhecimento pelo STF do estado de coisas inconstitucional via ADPF nº 347/DF, objeto central deste trabalho.

Demais disso, o marco inicial para o estudo de ações estruturais no Brasil a Ação Civil Pública de nº 93.8000533-4²⁹⁰, conhecida como “ACP do Carvão”. A ACP foi ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF) de Santa Catarina no ano de 1993, perante a 8ª Vara Federal de Criciúma. Em síntese, pretendeu-se impor

²⁸⁹ Cf. CHAYES, 1979, p. 298.

²⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª região. *Ação Civil Pública nº 93.8000533-4*. Relator: Des. Federal Maria De Fátima Freitas Labarrère. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selfor ma=NU&txtValor=200104010162153&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=1>. Acesso em 14. Nov. 2019.

obrigações de fazer a um total de 24 réus, dentre eles a União, o Estado de Santa Catarina e empresas carboníferas, como forma de compensar as degradações ambientais causadas, desde o início da década de 70, pela atividade mineradora na região.

O pedido do MPF foi julgado procedente pelo juízo federal no ano de 2000, na qual determinou-se o prazo de até seis meses para que uma multiplicidade de atores (União, Estado de Santa Catarina e empresas mineradoras) apresentassem ao Judiciário o projeto de recuperação ambiental do local poluído, nos moldes realizados no caso *Mendoza*, em que a Corte Constitucional da Argentina ordenou em 2006 (i) que todas as empresas que participaram da degradação da bacia do rio Riachuelo apresentassem o estudo de impacto ambiental de cada atividade desenvolvida; e (ii) que fosse elaborado um plano ambiental pelos órgãos de proteção ambiental do Governo Federal, em consentâneo com a Lei Geral do Meio Ambiente.²⁹¹

Fato importante na ACP do Carvão foi a tempestiva observação do MPF sobre a inviabilidade prática de se aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória para deflagrar a recuperação ambiental das áreas degeneradas pela mineração do carvão. Nestas dobras, em meio aos recursos ordinários e excepcionais das rés, o *parquet* suscitou prontamente o pedido provisório da sentença sob a justificativa de que a demora na implementação de medidas esvaziaria o objeto da lide.

Não por outra razão que o processo foi dividido em fases, tendo o juízo federal emanado decisões fragmentadas para a execução de cada uma delas. Na primeira fase (2000-2004), dado o caráter genérico da sentença, houve tão somente a compilação de dados sobre o real estado do meio ambiente degradado; Na segunda fase (2004-2005), o MPF atuou identificando falhas no projeto de recuperação; Já na terceira fase (2006-2009), os demandados foram obrigados a apresentar em juízo um novo projeto, adequado aos novos elementos técnicos apresentados pelo MPF, cuja análise e acompanhamento ficaria a cargo do Grupo

²⁹¹ ARGENTINA. *Corte Suprema de Justicia de La Nación*, 2008.

de Assessoramento Técnico do Juízo²⁹²; Por fim, a quarta fase, iniciada em 2010 (até os dias atuais) relaciona-se à efetiva execução do projeto de recuperação ambiental.

Nota-se claros traços de processos estruturais na ACP do carvão. Seja pela multipolaridade dos destinatários afetados, pelo policentrismo do litígio ou mesmo pela complexidade das decisões em cascata que foram adotadas pelo Judiciário. Em adição, para além dos elementos típicos das lides estruturais, lembra Pasqualotto que a ACP do Carvão ainda contemplou a ampla participação na influência de diversos núcleos, inclusive pela realização de audiências públicas e autorização para que *amicus curiae* participassem do debate e influíssem nas decisões.²⁹³

Ato contínuo, outro caso relevante para o desenvolvimento dos litígios estruturais no Brasil foi a Petição nº 3.388/RR, que tratou do caso Raposa Serra do Sol. Essa ação popular pretendeu questionar o modo perene de demarcação da referida terra indígena, tendo-se manifestado clara oposição à juridicidade da Portaria nº 534/05, de lavra do Ministério da Justiça e do conseqüente Decreto homologatório do Presidente da República.²⁹⁴

O caso Raposa Serra do Sol se qualifica como processo de índole estrutural em razão das ordens insertas na decisão que julgou os pedidos parcialmente procedentes para manter os atos normativos impugnados: impôs-se regras de transição aos interessados, com a aplicação de dezoito condições para que os indígenas pudessem usufruir perenemente da terra.²⁹⁵

²⁹²Em base desses elementos, conseguiu-se elaborar vários acordos com os réus, para a recuperação dos danos ambientais (19 acordos, aotodo). Em razão desses acordos, 73% das áreas terrestres atingidas passaram a contar com um cronograma de atividades para a recuperação ambiental, a ser executado até o ano de 2020. In: ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. Revista de Processo Comparado, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015, p. 14.

²⁹³PASQUALOTTO, Victória Franco. O Processo Civil entre litígios tradicionais e litígios multipolares complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019.

²⁹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3.388/RR*. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal do Pleno. Disponível em:< <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>>. Acesso em 16. Nov. 2019.

²⁹⁵Em 2017, Michel Temer, enquanto Presidente da República avalizou manifestação consultiva da Advocacia-Geral para ampliar os efeitos da decisão aos demais casos de demarcação de terras indígenas, o que vem sendo alvo de críticas.

Também é citado como exemplo de demanda estrutural discutida no STF o caso da greve dos servidores públicos civis, conduzido pelo Mandado de Injunção nº 708. Dada a omissão parlamentar de regulamentar a hipótese, decidiu a Corte que, enquanto não editada a lei de greve dos servidores públicos, utilizar-se-ia para a resolução das contendas os regramentos contidos na Lei nº 7.783, de 1989, que disciplina a greve dos empregados regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas. Aduz Saraiva que a decisão é considerada estrutural porque “procurou sanar a causa da violação do direito à greve, ou seja, a omissão legislativa que impedia a regulamentação do direito”.²⁹⁶

Impende ainda citar dois casos recentes de litígios que demandaram decisões de natureza estrutural no Brasil: Mariana e Brumadinho. O caso Mariana advém do rompimento ocorrido em novembro de 2015 na barragem de rejeitos de mineração da empresa Samarco Mineração S/A, localizada no Município de Bento Rodrigues/MG, próximo à cidade de Mariana.

A chamada barragem de “Fundão” rompeu-se, provocando o vazamento de milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério na região. O desastre ambiental (considerado o maior do país), matou 19 pessoas e provocou uma degradação ao meio ambiente incalculável, a começar pela contaminação do Rio Doce, em toda sua extensão.²⁹⁷ Dentre as medidas já adotadas que aproximam o episódio aos processos estruturais estão: a celebração de termos de compromisso ambiental entre os interessados; a adoção de medidas de emergência, de prevenção, de reparo e de compensação da degradação ambiental; e a realização de audiências públicas envolvendo representantes de todas as comunidades afetadas.²⁹⁸

²⁹⁶ SARAIVA, Carolina Barros. *Condução Dialógica dos Processos Estruturais no Supremo Tribunal Federal*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019, p. 231.

²⁹⁷ Diante do ocorrido, foi instituída a Fundação Renova, entidade responsável pela mobilização para a reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana (MG). Trata-se de uma organização sem fins lucrativos, resultado de um compromisso jurídico chamado que define o escopo da atuação da Fundação Renova. Ao todo, são 42 programas que se desdobram nos projetos que estão sendo implementados nos 670 quilômetros de área impactada ao longo do rio Doce e afluentes. As ações em curso são de longo prazo. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao/>>. Acesso em 11. Nov. 2019.

²⁹⁸ Conquanto o MPF tenha ajuizado duas ações civis públicas para dirimir o litígio irradiado evidenciado no caso Mariana (ACP nº e 0069758-61.2015.5.01.3400 e ACP nº 0023863-07.2016.4.01.3800), ambas estão suspensas, aguardando a possibilidade de transação entre o poder

O caso Brumadinho, igualmente, relaciona-se ao rompimento de barragem de mineração no Estado de Minas Gerais. Diferencia-se do caso Mariana, além da questão espacial, porque a barragem de Córrego do Feijão era controlada pela empresa Vale do Rio Doce S/A. A catástrofe de Brumadinho aconteceu em abril de 2019, resultando no rompimento de mais de uma dezena de milhões de metros cúbicos de minérios despejados em pessoas, casas, plantações em bacias d'água (*ex vi* do Rio Paraopeba). O episódio trágico, para além da degradação ao meio ambiente, culminou na morte de 249 pessoas e no desaparecimento de mais 21.

Diante do segundo caso de rompimento de barragem, diversas medidas foram tomadas para coibir e reparar o grave incidente: reuniões periódicas entre integrantes da União, da Vale e da comunidade afetada; acordo emergencial para reparar os danos emergenciais; auto-responsabilização da Vale quanto aos deveres de reparação dos danos ambientais, etc. Contudo, a despeito das perenes tratativas administrativas, a Justiça Federal de Minas Gerais proferiu sentença condenando a Vale a indenizar todos os danos causados pelo rompimento da barragem (valores ainda não foram liquidados).

Decerto, porém, que, a despeito das inovadoras ferramentas processuais extraídas da ordem jurídica e da experiência jurisprudencial, as medidas até então implementadas nos casos dos desastres ambientais de Mariana (2015) e Brumadinho (2019), estão longe de uma resolução efetiva. Veja-se que, na matéria publicada no sítio eletrônico da Folha de São Paulo, em 3 de novembro de 2019, restou noticiado que nos dois desastres ambientais, as ações até então executadas pelo Poder Público e empresas mineradoras pouco têm gerado melhorias efetivas, quer seja no meio ambiente degradado ou na qualidade de vida dos moradores atingidos.²⁹⁹ Portanto, observa-se que as medidas até então executadas nos casos Mariana e Brumadinho possuíram o corolário de apenas mitigar a multiplicação de alguns prejuízos das vítimas (com indenizações pecuniárias), sem que se tenha noticiado, até o presente momento, resultados, de fato, otimistas.

público, a Samarco e o *parquet* (tendo-se utilizado, até a presente data, do Termo Aditivo ao Termo de Ajustamento Preliminar e do Termo de Ajustamento de Conduta Final).

²⁹⁹ A reportagem está disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/11/moradores-lutam-por-nova-vida-apos-tragedias-em-mariana-e-brumadinho.shtml>>. Acesso em: 29. Nov. 2019.

Outro caso relevante de processos estruturais no Brasil é o da fila de cirurgias ortopédicas no Estado do Ceará.³⁰⁰ Quem conduziu o caso foi a juíza Cíntia Menezes Brunetta, finalista do prêmio Innovare do ano de 2019.³⁰¹ O processo começou em 2006 a partir de Ação Civil Pública impetrada pelo Ministério Público Federal na Justiça Federal do Estado do Ceará (ainda em andamento). A juíza Cintia, grande responsável pelos remédios estruturais produzidos no caso, ingressou na lide tão somente em agosto de 2015, já na fase de cumprimento de sentença.

A ACP manejada pelo MPF foi deflagrada após reclamação individual de determinada pessoa que necessitava de uma cirurgia para colocar prótese no quadril, mas que não conseguia atendimento em razão da precária organização da fila de cirurgias ortopédicas no Ceará.³⁰² Os hospitais do Estado costumemente justificavam a negativa dos procedimentos em razão da dificuldade financeira de realizar todas cirurgias da fila (reserva do possível).

O processo de conhecimento foi concluído, com toda a fase recursal que lhe é inerente, sendo definido, ao final, que existia um direito violado (à saúde), motivo pelo qual a autora teria direito à implementação da política pública perquirida. Contudo, o Judiciário exarou a decisão sem adentrar em nenhum aspecto administrativo referente à reestruturação da caótica fila de cirurgias ortopédicas no Estado do Ceará. Ficou estabelecido, na ocasião, que essa matéria seria de atribuição do Poder Executivo.

³⁰⁰ BRASIL. Justiça Federal no Ceará. Ação Civil Pública nº 0002012.48.2006.4.05.8100.

³⁰¹ Em 2019, a juíza Cíntia Menezes Brunetta ficou entre os 12 finalistas da 16ª Edição do Prêmio Innovare, com o trabalho: *“Passando o Martelo Adiante: Sucessão de Juízes em Litígios de Alta Complexidade e Gestão de Transição – Fortaleza/CE”*. Disponível em:< <https://www.premioinnovare.com.br/noticia/premio-innovare-escolhe-finalistas-de-sua-16a-edicao>>. Acesso em: 09. Dez. 2019.

³⁰² Segundo consta do site da Justiça Federal no Ceará, “A elaboração do Sistema Integrado de Cirurgia é fruto do trabalho conjunto da JFCE, do Ministério Público Federal (MPF), Defensoria Pública da União (DPU) e do Estado (DPE), Prefeitura de Fortaleza, Governo do Estado, Advocacia-Geral da União (AGU), Procuradoria do Município de Fortaleza, Procuradoria do Estado do Ceará e Ministério da Saúde. A solução começou a ser discutida pelos órgãos por meio de Ação Civil Pública impetrada pelo MPF, que requisitava a regulação e regularização das filas de cirurgia ortopédica de alta complexidade. Segundo a juíza federal Cíntia Menezes Brunetta, “no início, percebemos que não havia uma organização destas filas, pois, muitas vezes, essas listas estavam anotadas nas agendas dos consultórios médicos, impossibilitando o conhecimento geral do número de pessoas e da identidade delas. Assim, concluímos que, para regularizar, era preciso elaborar e unificar este rol. Nós incluímos procedimentos de média complexidade porque evita que casos de média complexidade sejam esquecidos e possam evoluir na gravidade, trazendo mais custos para a Saúde”. Disponível em:< <https://www.jfce.jus.br/consulta-noticias/2599-sistema-integrado-de-cirurgia-e-lancado-na-jfce.html>>. Acesso em: 08. Dez. 2019.

Ato contínuo, já na fase de cumprimento de sentença, a União, o Estado do Ceará, o Município e o Ministério Público Federal dialogaram consensualmente sobre a melhor forma de se organizar a fila de cirurgia. Todavia, face à complexidade da medida, duas audiências foram realizadas, sem que se lograsse êxito na divisão de atribuições entre os responsáveis pela correção da política pública.

Foi então que a juíza Cintia ingressou no caso para dirimir a lide. Ao diagnosticar de logo o problema estrutural apresentado, a juíza, já na sua primeira audiência de cumprimento de sentença, chamou todos os envolvidos: os administradores do Hospital Geral de Fortaleza e do Hospital Universitário Walter Cantídio (Ceará), a União, o Estado, o Município de Fortaleza, o Ministério Público do Estado do Ceará e a Advocacia-Geral da União.

Pretendeu a juíza dar fim a omissão perene desses atores, os quais, desde o início da ação de conhecimento, declinavam da competência para resolver o problema. Mais que isso, quis-se identificar quais os bloqueios enraizados no sistema de saúde pública do Ceará.

As audiências lograram enorme êxito. Cada parte pôde se manifestar ao juízo, informando porque não se conseguia implementar satisfatoriamente uma fila de cirurgia no Estado. A juíza fixou, já na primeira audiência, que qualquer decisão sobre o caso apenas seria proferida em audiências, de modo que não mais seriam tomadas decisões unilaterais e inócuas.

Com efeito, em cada audiência, os atores envolvidos externavam para a juíza quais as dificuldades de execução da política pública. A partir de então, o debate era fomentado e as decisões judiciais buscavam solucionar, reciprocamente, todos os bloqueios institucionais até então existentes. Houve, inclusive, a criação conjunta de um plano de atuação para resolver a questão das filas de cirurgia, por meio do qual as partes davam ciência das medidas e dos prazos instituídos nas audiências.

O saldo desse modo colaborativo de emanar decisões judiciais foi absolutamente positivo. De 2015 até 2019, já foram proferidas mais de 50 decisões no caso da fila de cirurgias ortopédicas do Ceará, todas tomadas em comum acordo

entre os diversos interessados - sem que se tenha noticiado qualquer impugnação judicial – resultando, evidentemente, no ganho de legitimidade e aplicabilidade das medidas estruturais estabelecidas.

Ou seja, a juíza, ainda que intuitivamente (isto é, sem o respaldo formal de técnicas processuais positivadas), tentou sanar o problema de política pública de saúde apresentado, trazendo ao feito todos os responsáveis e fixando dialogicamente um plano de execução das medidas estruturais. Isso facilitou a própria predisposição dos atores na resolução do problema.

No decorrer dessas audiências, se descobriu, por exemplo, que o deficitário quantitativo de próteses decorria diretamente de um grave caso de corrupção (de venda para furar as filas e de venda das próteses). Disso foram vários fatos destrinchados, para poder afastar, dentro da estrutura burocrática, onde que estava o problema.

Segundo relata a magistrada, ao ser questionada dos resultados positivos obtidos, “O maior fator de sucesso foi a adesão entusiasmada de todos os atores do processo e de outros que poderiam contribuir para uma solução satisfatória do problema”.³⁰³ No final, o método dialógico foi apto não só na reorganização da fila de cirurgias ortopédicas, mas também na reformulação da própria estrutura da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará. Eles adotaram, após os excelentes resultados no case paradigma, a sistemática de planos consensuais de ação diversos serviços públicos de saúde oferecidos pelo Estado.

Em conclusão, assentada as premissas perfunctórias sobre o tratamento até então conferido aos processos estruturais examinados pelo Poder Judiciário, é chegado o momento de imergir nos contornos da implementação de processos estruturais pelo Supremo Tribunal Federal, em especial da ADPF nº 347/DF, que inaugura o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na correção de falhas estruturais.

³⁰³ Entrevista com a juíza extraída do sítio eletrônico da 13ª Edição do Prêmio Innovare, realizada em 2016, com o título: “Com as próprias pernas: o Judiciário como palco de construção coletiva de soluções na área de saúde pública”. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/pratica/1728/print>>. Acesso em: 09. Dez 2019.

O modo de agir do Judiciário em litígios de reforma estrutural pressupõe reinvenções institucionais, e a ADPF nº 347/DF, ao que tudo indica, trará resultados significativamente positivos à reforma do sistema carcerário brasileiro, o que naturalmente alinhará a jurisdição constitucional brasileira às novas formas de arranjos institucionais no enfrentamento de falhas estruturais

4.2 O transplante do ECI para o sistema carcerário brasileiro (ADPF nº 347/DF).

Não seria possível, consoante as explicações do Ministro Marco Aurélio, corrigir a calamitosa situação dos presídios brasileiros por ato individual de um único Poder. Em convergência, Campos advoga que o formato estrutural da tutela não é apenas necessário, *“mas a única adequada a modificar esse arranjo e tornar as instituições compatíveis com os valores e comandos da constituição”*.³⁰⁴

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF, em que pese não originar o primeiro processo de cunho estrutural a bater às portas do Judiciário brasileiro, é, certamente, a pioneira a promover o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos moldes disseminados pela Corte Constitucional da Colômbia nas últimas duas décadas.

O advogado Daniel Sarmiento, causídico do PSOL na sobredita arguição, sustentou que as prisões brasileiras são verdadeiros *“infernos dantescos”*, onde ocorrem violações generalizadas a direitos fundamentais, sendo, pois, dever do STF, no papel de instituição protetora da dignidade dos grupos vulneráveis (exercício da função contramajoritária), reconhecer o estado de coisas que jaz o sistema carcerário brasileiro.

Face à amplitude da causa de pedir e dos pedidos nela contidos, a ADPF nº 347/DF foi manejada, em litisconsórcio passivo, contra a União e todos os Estados-membros. A petição inicial que deu azo à ADPF nº 347/DF apresentou o suporte fático para o reconhecimento do ECI pelo Supremo, *in verbis*:

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios,

³⁰⁴ Cf. CAMPOS, 2016, p. 191.

espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.³⁰⁵

A partir de um paralelo com a “*Sentencia de Unificación (SU)*”, afirmou-se na arguição que o sistema carcerário brasileiro, tal como se constatou na Colômbia³⁰⁶, cumpriu os requisitos mínimos para o reconhecimento, pela Corte Constitucional, do estado de coisas inconstitucional, por apresentar: (i) transgressões sistêmicas à dignidade dos presos (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, “e”, XLIV, XLIX, XXXV, LIV, LV, LVII e 6º, todos da CF/88); (ii) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; (iii) um quadro de violações a direitos que demanda a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de atores para a resolução do problema estrutural.

No STF, o reconhecimento expresso do “estado de coisas” adveio quando do julgamento da medida cautelar pelo Plenário da Corte em 09 de setembro de 2015. Nos tópicos a seguir, demonstrar-se-á o modo de internalização dessa técnica decisória na ordem jurídica brasileira, o que se fará a partir do exame acurado das manifestações até então exaradas pelos membros do Supremo sobre os requisitos, limites, riscos, aplicabilidade, implicações e pretensa efetividade deste inovador arquétipo de decisão judicial para corrigir falhas estruturais no Brasil.

Destruir os múltiplos bloqueios institucionais que impedem o satisfatório funcionamento do sistema carcerário é um desafio das instituições democráticas. Aliás, há décadas a situação calamitosa dos presídios é discutida em todas as esferas de poder, de todos os entes federados, sem que se tenha encontrado, até o momento, soluções efetivas para o problema.

³⁰⁵ Petição exordial do PSOL no ventre da ADPF nº 347/DF, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em 12. Out. 2019.

³⁰⁶ GARAVITO, César Rodríguez. *Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America*, Texas Law Review, vol. 89, 2011, p. 1671.

No âmbito do Poder Legislativo, a Câmara dos Deputados instituiu Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), denominada “CPI do Sistema Carcerário” para investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro. A Comissão publicou em 2008 um relatório sobre os gargalos do sistema prisional, *ex vi* da superlotação, dos custos sociais e econômicos, da corrupção, da violência e do crime organizado.³⁰⁷

Na esfera de competências do Poder Executivo, em especial quanto à execução de políticas públicas pelo Governo Federal, inúmeros foram os atos normativos do Conselho Nacional de Política Criminal (CNPCP) relacionados ao aperfeiçoamento da administração da justiça criminal, da execução das penas e das medidas de segurança (p. ex. Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994; Resolução nº 16, de 17 de dezembro de 2003; Resolução nº 06, de 25 de novembro de 2009; Resolução nº 6, de 29 de junho de 2012; Resolução Conjunta CNPCP e CNAS nº 1, de 08 de novembro de 2018, etc.).³⁰⁸ Ademais, o CNPCP apresenta relatórios de inspeção, *in locu*, desde 1980, por intermédio dos quais as autoridades públicas estaduais tomam ciência do diagnóstico de cada estabelecimento penal.³⁰⁹

Já no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem realizado desde 2008 mutirões com a participação de magistrados nos estabelecimentos penais estaduais, com a divisão das ações coordenadas em dois eixos principais: (i) a garantia do devido processo legal com a revisão das prisões de presos definitivos e provisórios; e (ii) a inspeção nos estabelecimentos prisionais do Estado.³¹⁰

³⁰⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701#>>. Acesso em 22. Out. 2019.

³⁰⁸ As Resoluções do CNPCP publicadas até dezembro de 2018 foram objeto de consolidação da Resolução nº 1, de 7 de fevereiro de 2019, cf. Resolução nº 4/2016-CNPCP. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/resolucoes/copy2_of_Resoluo012019SistematizaocomanexoCompleta.pdf>. Acesso em: 17. Out. 2019.

³⁰⁹ Os relatórios anuais dos estabelecimentos penais inspecionados pelo CNPCP estão disponibilizados em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/relatorios-de-inspecao/relatorios-de-inspecao>>. Acesso em: 24. Set. 2019.

³¹⁰ Segundo dados do CNJ, “Desde que o programa teve início, e após visitar todos os estados brasileiros, cerca de 400 mil processos de presos já foram analisados e mais de 80 mil benefícios concedidos, como progressão de pena, liberdade provisória, direito a trabalho externo, entre outros. Pelo menos 45 mil presos foram libertados como resultado do programa, pois já haviam cumprido a pena decretada pela Justiça. No final de 2009, o Mutirão Carcerário do CNJ foi umas das seis práticas premiadas pelo Instituto Innovare, por atender ao conceito de justiça rápida e eficaz disseminado pela entidade.” Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/at-mutirao-carcerario/>>. Acesso em: 24. Out. 2019.

O CNJ, inclusive, publicou Resolução Conjunta com o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para autorizar que uma força tarefa, composta por juízes e promotores que atuam em varas criminais e de execução penal, procedessem à imediata revisão de prisões provisórias e definitivas, evitando o confinamento de presos que não mais deveriam estar sob a custódia estatal.³¹¹

Ainda no escopo do Judiciário, tem-se que, previamente ao ajuizamento da ADPF nº 347/DF, já havia grande preocupação dos Tribunais com o estado caótico do sistema carcerário brasileiro. No Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581/RS, o STF, em sede de repercussão geral, delibera sobre a possibilidade de ordem judicial obrigar os Estados a construir ou realizar obras em presídios.³¹² Outrossim, no RE nº 641.320/RS, o Supremo, também em sede de repercussão geral, discute se a impossibilidade estatal de fornecer local adequado para a custódia de presos é motivo autorizador do cumprimento da pena em regime carcerário menos gravoso.³¹³

Já no RE 580.252/MS, a Corte conferiu repercussão geral à possibilidade do pagamento de indenização a detentos custodiados no presídio de Corumbá/MS. Mostrando-se plenamente ciente de que milhares de presidiários cumprem pena privativa de liberdade em condições “não só juridicamente ilegítimas mas também humanamente ultrajantes, porque desrespeitosas a um padrão mínimo de dignidade”, fixou a seguinte tese:

(...) é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art.37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.³¹⁴

³¹¹ A Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 1, de 29 de setembro de 2009, tinha por finalidade institucionalizar mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Conjunta-001.2009-CNMP-CNJ.pdf>> Acesso em: 15. Out. 2019.

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 592.581/RS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *DJE* de 1º-2-2016, Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>> Acesso em: 04. Ago. 2019.

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 641.320/RS*. Rel. Min. Gilmar Mendes. *DJE* de 15-5-2016, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>> Acesso em: 06. Ago. 2019.

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 580.252/MS*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. *DJE* de 16-2-2017, Disponível em: <

Em arremate, na esfera de competências do STF, ainda pode-se citar a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5170/DF, de Relatoria da Min. Rosa Weber, na qual se discute a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos encarcerados³¹⁵ e as Intervenções Federais nº 114/MT, 5.129/RO e 5.179/DF.

Vê-se, inegavelmente, que os mais variados entraves burocráticos que circundam o sistema carcerário brasileiro são ventilados, ano a ano, no seio do STF. Porém, os comandos judiciais da Corte sobre o sistema carcerário brasileiro, até o ajuizamento da ADPF nº 347/DF, foram casuísticos, pois objetivaram implementar uma reforma estrutural “a conta-gotas”, vencendo-se os desvios pelo “cansaço”. Isto é, o Supremo vem tentando paliar os problemas crônicos de violações à dignidade dos presos, sem que tais medidas reflitam, sistematicamente, na melhoria efetiva do sistema prisional.

É preciso que se entenda que a *structural reform* pressupõe bem mais do que decisões difusas: exige-se, sobretudo, a correta implementação e o acurado controle das medidas estruturais outorgadas. Vitorelli aquiesce com esta ideia, *in verbis*:

Se decidir uma causa levando em conta todos os aspectos envolvidos em um litígio altamente complexo já é desafiador, a implementação da decisão é ainda mais difícil, ela demandará a alteração de uma realidade multifacetada, que envolve interesses superpostos e autoexcludentes,, não facilmente identificáveis, titularizados por atores que sofrem o impacto do litígio em diferentes graus, os quais não são proporcionais a sua mobilização para atuar.³¹⁶

Ou seja, a partir da premissa de que as ordens judiciais emanadas pelo Supremo, ao fim e ao cabo, pouco tiveram utilidade prática na resolução dos litígios estruturais sobre o sistema prisional, o multicitado reconhecimento do ECI na ADPF nº 347/DF delinea-se como uma factível alternativa para a perfectibilização das reformas estruturais que se fazem necessárias à própria continuidade do sistema.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623> >Acesso em: 07. Ago. 2019.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5170/DF*. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em:< <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4655662>>Acesso em: 07. Ago. 2019.

³¹⁶ Cf. VITORELLI, 2019, p. 301.

Nestas dobras, a petição inicial do PSOL, para além dos pedidos definitivos³¹⁷, apresentou oito pedidos cautelares à Corte Suprema, quais sejam:

³¹⁷ Os pedidos definitivos da ADPF nº 347/DF consistiram em: “a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima. c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos. O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iv) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (v) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (vi) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vii) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (viii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (ix) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT. O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades. d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas. e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça. f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas. g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF. h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça. i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. In: Petição exordial do PSOL no ventre da ADPF nº 347/DF, de 26 de maio de 2015. Disponível em:<

(...) requer o Arguente, com fundamento no art. 5º da Lei nº 9.882/99, a concessão de medida cautelar, a fim de que esta Corte Suprema, até o julgamento definitivo da ação:

a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.

e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.

h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a

superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.³¹⁸

O Ministro Marco Aurélio Mello, relator da arguição, inicia seu voto trazendo os números que apontam a superlotação dos presídios brasileiros. Segundo relatado, em maio de 2014 a população carcerária chegava ao número de 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para a ocupação de 357.219 vagas disponíveis. O déficit, portanto, abstraindo-se o número de presos em domicílio, totalizava 206.307 vagas. Ainda consta do voto condutor o diagnóstico dos problemas inerentes ao sistema prisional:

(...) superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.³¹⁹

Diante de tais evidências fáticas, posicionou-se o Ministro relator: “no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica”. Forte nessas considerações, sinalizou pela clarividente existência de violações a normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição (*ex vi* do art. 1º - dignidade da pessoa humana; do art. 5º, III – proibição de tortura e tratamento desumano; e do art. 5º, XLIX - segurança dos presos à integridade física e moral).

Em seguida, fazendo referência à jurisprudência que implementou o ECI na Colômbia, o relator utilizou os elementos caracterizadores da técnica decisória no direito comparado para inferir que o sistema prisional brasileiro configura um estado de coisas inconstitucional.³²⁰ Isto é, os requisitos exigidos para o reconhecimento do

³¹⁸ Petição exordial do PSOL no ventre da ADPF nº 347/DF, de 26 de maio de 2015.

³¹⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016. Medida Cautelar na ADPF nº 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Diário de Justiça, Brasília, Dje de 19 de fevereiro de 2016.

³²⁰ Em interessante passagem do voto condutor, o Min. Marco Aurélio assevera “A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal.”. Aliás, o relator defende piamente a atuação contramajoritária do STF na melhoria do sistema carcerário, notadamente por se tratar de um grupo de indivíduos esquecidos, com baixa força política junto aos demais poderes e à própria sociedade. Segundo consta do voto, “É difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego

EI no caso dos presídios brasileiros assemelharam-se àqueles sistematizados na *Sentencia* T-025/2004, de lavra da Corte Constitucional da Colômbia.

Avalizando o referido posicionamento do relator, plenário do STF entendeu que os requisitos necessários à importação do EI no caso dos presídios brasileiros estavam cumulativamente preenchidos: (i) existem falhas estruturais no sistema carcerária que causam violações generalizadas a direitos fundamentais de um vasto número de pessoas; (ii) há manifesta omissão inconstitucional parte das instituições democráticas do país, sobretudo quanto à ineficiência das políticas públicas voltadas ao enfrentamento do problema; (iii) a implementação dos *structural remedies* implica em ordens de execução complexas, a exigir ações coordenadas entre os atores reesponsáveis; e (iv) caso o desiderato não seja definitivamente solucionado, milhares de demandas individuais chegarão ao Judiciário, nas quais certamente se discutirá, para além da reforma estrutural do sistema prisional, a responsabilização civil do Estado pelos danos decorrentes das sistemáticas violações a direitos fundamentais dos presos, o que redundará no travamento completo da máquina.³²¹

Acerca do terceiro requisito (gênese da própria técnica decisória), pontuou expressamente o relator que a correção de falhas estruturais no Brasil suscita a “atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade”:

Trata-se do que a doutrina vem designando de “litígio estrutural”, no qual são necessárias outras políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas. A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. A eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal: intervenções legislativas,

legislativo” (legislative blindspot): o debate parlamentar não a alcança. Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016.

³²¹ Sérgio Cruz Arenhart, ao examinar os requisitos para a concessão de decisões estruturais, adiciona a necessidade de se atenuar o princípio da demanda. Segundo o autor, a flexibilização da norma processual é indispensável, “ (...) a permitir ao magistrado alguma margem de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado. (...) A decisão judicial haverá de considerar as contingências e as necessidades do caso e das partes, adequando as imposições àquilo que seja concretamente viável”. Cf. ARENHART, 2013.

executivas, orçamentárias e interpretativas (Judiciário). A solução requer ações orquestradas, a passagem do concerto (com C) institucional para o concerto (com S) do quadro inconstitucional.³²²

O plenário do STF, a despeito de ainda não ter exaurido o mérito da ADFP nº 347/DF, deferiu, em 09 de setembro de 2015, dois (do total de oito) dos pedidos cautelares insertos na peça vestibular. O primeiro pedido liminar (alínea “a”) foi concedido para que todos os juízes e Tribunais, consoante determinam os artigos 9.3 (do Pacto dos Direitos Civis e Políticos) e 7.5 (da Convenção Interamericana de Direitos Humanos), passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

Nos termos do decisório, “A providência conduzirá, de início, à redução da superlotação carcerária, além de implicar diminuição considerável dos gastos com a custódia cautelar – o custo médio mensal individual seria, aproximadamente, de R\$ 2.000,00” (dois mil reais).³²³

A concessão do segundo pedido (alínea “h”), relacionado ao imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, pretendeu obrigar a União a liberar todo o saldo acumulado no fundo para financiar projetos relacionados “não somente reformas dos presídios ou a construção de novos, mas também projetos de ressocialização que, inclusive, poderiam reduzir o tempo no cárcere”.³²⁴

Em que pese o deferimento liminar de apenas dois dos pedidos da petição inicial (alínea “b” - audiência de custódia e alínea “h” - liberação das verbas do FUNPEN), os fundamentos trazidos na decisão cautelar mostram que o Supremo tem plena convicção de que a atuação do Poder Judiciário em casos de litígios complexos necessita de uma outra conformação.

³²² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016.

³²³ Ficaram vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até sessenta dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; em indeferir as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que as deferiam; em indeferir em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, em indeferir a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. *In*: BRASIL, Supremo Tribunal federal, 2016.

³²⁴ *Ibid*.

Tanto é verdade que, de modo diligente, o Supremo emanou ordens judiciais não contempladas no rol de pedidos cautelares. Veja-se, por exemplo, o que fez o Ministro Luís Roberto Barroso: após defender a tese que o problema do sistema carcerário não cuida apenas do direito das minorias (pois as condições subumanas dos presídios refletem no aumento da criminalidade, o que é deletério para a sociedade), decidiu proferir uma liminar, de ofício, determinando que a União e os Estados-membros, no prazo de um ano, apresentem ao STF um diagnóstico atual dos estabelecimentos penais brasileiros, porquanto tais informações serão vitais quando da escolha dos remédios estruturais aplicáveis a cada estabelecimento prisional.

Numa síntese do julgado, a maioria do plenário da Corte foi formada pelos Ministros Marco Aurélio (relator), Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Luiz Fux, os quais se posicionaram favoravelmente ao pedido de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional dos cárceres brasileiros, tendo-se concedido dois pedidos cautelares da ADPF: (i) alínea "b", relacionada à realização de audiências de custódia; e (ii) alínea "h", que impôs à União o dever de liberar as verbas do FUNPEN para o cumprimento de duas finalidades.

Dessume-se dos votos proferidos pelos Ministros que o Supremo ainda está se familiarizando sobre o modo instrumentalização processual das lides estruturais. O instituto do estado de coisas inconstitucional, de fato, traz um caráter metodológico ao manejo de processos estruturais pela jurisdição constitucional, o que, a despeito de ser largamente positivo, demanda maior elucubração dos juízes na concessão ou denegação de alguns pedidos.

Em interessante passagem sobre os métodos de incorporação do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo, Carvalho relata³²⁵:

É possível extrair três observações preliminares sobre o movimento de incorporação da técnica decisória do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, deflagrado com o julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347/DF: (a) do ponto de vista

³²⁵ CARVALHO, Guilherme Augusto Alves. *A aplicabilidade do estado de coisas inconstitucional à ordem jurídica brasileira: entre a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a separação dos poderes*. 2017. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017.

declaratório, a decisão proferida se mostrou teoricamente consistente, aproximando-se de modo significativo dos parâmetros aplicativos traçados pela Corte Constitucional colombiana; (b) quanto à dimensão estrutural, a decisão apresenta inconsistências internas com a fundamentação teórica para como estado de coisas inconstitucional, ex vi o abstencionismo na determinação de medidas resolutórias de um quadro sistemático de decretos prisionais imotivados; (c) em seu aspecto prospectivo, o deferimento de cautelar de ofício, requisitando informações sobre o sistema prisional, sinaliza com a possibilidade da futura prolação de uma sentença estrutural determinante da elaboração de um conjunto de políticas públicas voltadas à solução do caos prisional brasileiro.

Há coerência no relato. Houve sim, na elaboração dos votos, a flagrante preocupação dos Ministros do Supremo de não deferir o reconhecimento do ECI de modo aleatório, isto é, restritos à retórica argumentativa da tese.

Buscou-se, de outra banda, os elementos fixados na jurisprudência comparada como pressupostos de deferimento do estado de coisas inconstitucional na ADPF nº 347/DF: existência de violações sistêmicas a direitos fundamentais, a ocorrência perene de bloqueios institucionais dos demais Poderes; e a necessidade de novos arranjos institucionais, a partir de ações coordenadas entre entidades públicas e privadas, para o saneamento das falhas estruturais apresentadas nos presídios.³²⁶

De modo distinto, os Ministros houveram por bem denegar determinados pedidos cautelares sem a correspondente fundamentação. Como exemplos, pode-se citar indeferimento das cautelares suscitadas nas alíneas “a” “f” e “g” da petição, atinentes, respectivamente, ao dever de fundamentação para a não aplicação de medidas preventivas; do abatimento do tempo de prisão da pena a ser cumprida quando demonstrado o descompasso da sanção estatal; e ao poder de determinar ao CNJ a coordenação de novos mutirões carcerários.

Outrossim, os aspectos prospectivos da ADPF serão examinados nos tópicos vindouros, oportunidade em que também se buscará apontar os riscos e apresentar soluções para otimizar o resultado prático das medidas estruturantes no sistema carcerário brasileiro.

³²⁶ Cf. GARAVITO, 2011, p. 1671.

4.3 Riscos e limites à adoção do ECI pelo Poder Judiciário.

Ao examinar a execução de sentenças em litígios estruturais na CSNJ da Argentina, Verbic³²⁷ aponta a existência de duas questões a serem ponderadas: a “*dificultad política*”, relacionada aos limites institucionais na atuação do Judiciário; e a “*dificultad procedimental*”, atinente à falta de regulação legal e à carência estrutural das instituições públicas para perfectibilizar os comandos judiciais. Estas balizas serão utilizadas adiante para evidenciar os riscos intrínsecos à *structural reform*.

A “dificuldade política” proposta por Verbic reconduz a discussão em tela aos limites de atuação do Judiciário. Destarte, consoante já demonstrado no capítulo 3, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional obedece a regra da maioria, e, em certa medida, causa espécie a possibilidade de o Judiciário extrapolar os limites democráticos para envolver-se em decisões de cunho nitidamente político. Isso porque a declaração de estado de coisas inconstitucional nada mais é que a atuação da jurisdição constitucional na função de ator político responsável por determinar o tempo para formular, implementar e fiscalizar políticas públicas.

Não por outra razão, o Ministro relator da ADPF nº 347/DF, a despeito de noticiar abertamente que apenas o Supremo Tribunal Federal seria capaz de superar os bloqueios políticos e institucionais que inibem a correção do sistema carcerário brasileiro, foi firme na indicação dos limites aplicáveis às decisões estruturais:

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções.³²⁸

Neste ponto, em acertada reflexão, Campos sopesou os fatores divergentes: pôs, de um lado da balança, a estrita obediência à legitimidade democrática e, do outro, a obrigação de se enfrentar os problemas estruturais (dada a deficiência ou

³²⁷ Cf. VERBIC, 2019, p. 71.

³²⁸ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016.

total ausência de ação dos Poderes Legislativo e Executivo).³²⁹ A ilação do autor após cotejar detalhadamente os pontos favoráveis e contrários ao manejo de sentenças estruturais foi a seguinte:

Nesses casos, verificam-se tanto a inércia legislativa quanto a ineficiência administrativa, verdadeiros bloqueios políticos e institucionais que frustraram a realização de direitos fundamentais. Assim, cabe a pergunta: é de manter-se, em um cenário de graves problemas sociais e de violações sistemáticas de direitos fundamentais, uma postura cética quanto ao papel dos juízes constitucionais em matéria de políticas públicas mesmo se evidenciadas falhas estruturais, profundas deficiências das políticas desenhadas pelo Legislativo e Executivo ou até a inexistência dessas?³³⁰

Dessume-se, pois, quanto aos limites políticos, que o Poder Judiciário pode (e deve), em casos análogos, determinar a produção imediata de políticas públicas, o que não se confunde com definir qual a política que será adotada, tampouco com o modo de implementação das medidas de correção. Em linhas gerais, a deferência à separação dos Poderes continuará incólume, conforme destacado na decisão cautelar da ADPF nº 347/DF, acaso o Judiciário se reserve ao papel de (i) determinar a criação, (ii) coordenar a implementação, e (iii) fiscalizar o cumprimento das metas estabelecidas para a efetivação da política pública.³³¹

As questões relacionadas ao conteúdo material, bem como à consequente forma de operacionalização da política pública, de modo diverso, estão adstritas às capacidades institucionais dos demais Poderes, sendo dever do Judiciário refrear-se nos limites políticos de sua atuação. Eis, exemplificativamente, a visão do relator sobre a forma pela qual a jurisdição constitucional deve autoconter-se na resolução de litígios estruturais:

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. (...) Como destaca a doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um “elaborador” de políticas

³²⁹ A dicotomia entre legitimidade democrática e correção de falhas estruturais também é enfrentada pela CSNL na decisão do caso “Verbistky”: “cuando una política es lesiva de derechos, siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que tiene el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política solo en la medida en que los lesion”. Cf. ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2005.

³³⁰ Cf. CAMPOS, 2016, p. 215.

³³¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016.

públicas, e sim um “coordenador institucional”, produzindo um “efeito desbloqueador”.³³²

Decerto que nos novos modelos de processos coletivos, mormente naqueles de compleição irradiada, tenciona-se ao equilíbrio entre a concretização de direitos fundamentais e a observância aos predicados da independência dos Poderes. Malgrado, a ávida discussão sobre como alcançar tal equilíbrio não pode ter o condão de inibir o Judiciário de corrigir as falhas estruturais já existentes, até porque a atuação da jurisdição constitucional se prestará a garantir, face às omissões inconstitucionais geradas pelos atores formalmente “competentes”, a fruição de direitos inatos do homem (precedentes à positivação do próprio direito em si), que devem sobrepor quaisquer arranjos teóricos institucionais.

Para encerrar o mote da dificuldade política dos litígios estruturais, apropria-se, aqui, da precisa ilação deduzida por Saraiva, para quem “não há que se falar em ausência de legitimidade do Poder Judiciário para a resolução dessas questões, uma vez que configurada a omissão ou insuficiência da prestação estatal ofertada pelos demais Poderes. Atuação subsidiária, portanto”.³³³

Lado outro, quanto às dificuldades operacionais, não se pode olvidar das limitações estruturais do próprio Poder Judiciário para instruir os processos, tomar as decisões e acompanhar de perto a execução dos projetos. As lides estruturais buscam remover gargalos burocráticos, complexos. Tão logo, implementar medidas efetivas demanda do Judiciário, inevitavelmente, uma estrutura mínima para possibilitar o monitoramento contínuo e a longo prazo dos remédios estruturais implementados.

Bem por isso, se faz salutar modificar o próprio significado da prestação jurisdicional. Se, por um lado, o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF/88) reclama a rápida resolução das lides pelos magistrados, de outro, as demandas estruturantes exigem tempo, demonstração de resultados progressivos e diálogo para maturação gradual das etapas fixadas. Cotejando-se tais elementos, é possível inferir que as metas de produtividade reiteradamente criadas pelo CNJ são barreiras operacionais intrínsecas ao desenvolvimento dos processos estruturais no Brasil.

³³² Ibid.

³³³ Cf. SARAIVA, 2019.

Ao ponderar a questão, Tosta e Marçal fazem duas sugestões cumulativas. A primeira, para que as Cortes brasileiras criem juízos específicos para dirimir processos estruturantes, de modo a concentrar em órgãos específicos a responsabilidade de exarar os remédios estruturais, sem se contaminar com a pressão de cumprir metas quantitativas do CNJ. A segunda proposta é para que sejam criados órgãos administrativos para executar ou coordenar o conteúdo impositivo das sentenças estruturais, otimizando a divisão das tarefas e, ao fim e ao cabo, retirando do Poder Judiciário as inúmeras atribuições relacionadas à implementação da *structural reform*.³³⁴

Neste ponto específico, convém rememorar que o efetivo desenvolvimento das *structural injunctions* estadunidense não se deu na resolução colegiada dos casos Brown I e II pela Suprema Corte, mas sobretudo a partir da atuação dos juízes de primeiro grau, os quais receberam a incumbência de tirar as ordens judiciais do papel.

Veja-se, acerca da descentralização no âmbito do Poder Judiciário na implementação dos remédios estruturais, que a doutrina aponta claras distinções nos resultados obtidos em processos que trataram das falhas do sistema prisional: enquanto que as decisões do juiz Henley em *Holt v. Saver* (Estados Unidos) colheu resultados positivos, a decisão estrutural exarada na *Sentencia T-153* (Colômbia), não logrou o mesmo êxito, porquanto os julgados da CCC eram genéricos e não recebiam monitoramento dos juízos locais.

Verbic, analisando os casos *Mendoza* e *Verbitsky*, na Argentina, pontuou que a grande dificuldade apresentada à CSJN foi decidir como problemas estruturais que envolviam danos ao meio ambiente e violações a direitos no sistema carcerário seriam remediados em sede judicial. Segundo o constitucionalista, “En ambos casos era necesario establecer una suerte de diálogo con la administración pública para avanzar progresivamente en el cumplimiento de la decisión”.³³⁵

³³⁴ TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019, p. 199.

³³⁵ Cf. VERBIC, 2019, p. 73.

Em síntese, tornou-se lugar comum entre os Ministros que a Suprema Corte da Argentina não teria condições operacionais de implementar reformas profundas em matérias de recuperação do meio ambiente e correção do sistema prisional sem a colaboração ativa dos demais atores responsáveis pelas mudanças estruturais.

Bem por isso, desde a instrução dos feitos, a CSJN lançou mão de mecanismos de descentralização e otimização de resultados: delegou a execução dos planos de reforma para Tribunais e juízos locais; efetivou o pagamento de multas (*“astreintes”*) em razão do descumprimento do plano de ação; instituiu reuniões permanentes para debate nas *“mesas de trabajo”*; e criou organismos públicos especializados, com expertise técnica para fiscalizar e monitorar o cumprimento das medidas. Segundo Verbic: “Esta delegación de la ejecución de la sentencia em manos de otros jueces o bien de sujetos que operan en calidad de oficiales de la Corte (officers of the Court o Special Masters) es una práctica frecuente en los Estados Unidos de América”.³³⁶

Logo, analisando a dificuldade operacional, tem-se que a execução e o acompanhamento das medidas estruturais devem ocorrer na jurisdição local – e não nas Cortes Constitucionais, que não possuem condições para tanto. Em relação a estas últimas, merece ser resguardada a competência da instrução processual inicial e o estabelecimento dos objetivos e metas, de modo que o acompanhamento *in locu* dos remédios seja efetivado pelos juízes de plano, tal como se viu nas exitosas experiências do direito comparado.

Por fim, impende alertar para o risco de que não seja banalizado o manejo dos instrumentos típicos das medidas estruturantes. Isso porque, a utilização desses mecanismos deve ocorrer em casos excepcionais, na medida em que só serão implementados se atenderem a pressupostos de fato e de direito predefinidos, tal como metodologicamente firmado Sentencia de Tutela nº 025/2004 da CCC, que fixou os requisitos mínimos para o reconhecimento do ECI. Não por outra razão, Vitorelli oportunamente traz o alerta: “Quem defende a reforma estrutural

³³⁶ Ibid.

usualmente propõe que seu resultado será sempre tornar melhor algo que antes era pior, mas pode ser que ocorra exatamente o contrário.”³³⁷

Portanto, infere-se não ser recomendável avistar o processo estrutural como uma fórmula mágica de correção de problemas sociais cotidianos, porque esse modelo excepcional de protagonismo judicial, se desmedido, pode trazer resultados indesejáveis, ainda mais nocivos que as falhas estruturais já existentes.

4.4 Efetividade das sentenças estruturais: a participação social e o debate dialógico enquanto instrumentos legitimadores da *structural reform*.

Decerto que aferir o grau de efetividade de reformas estruturais, quaisquer que sejam, não é tarefa simples. Para fugir do subjetivismo inerente a qualquer ilação dedutiva sobre processos de alargada complexidade, se faz necessário analisar o êxito da lide estrutural a partir da ponderação objetiva dos resultados positivos e negativos extraídos de cada decisão judicial, não sendo suficiente, pois, a observação de números.

Para isso, evidentemente, requer-se tempo. Cientificamente, é temerário determinar com certo grau de confiabilidade o resultado útil de uma reforma estrutural se esta estiver dissociada dos efeitos positivos e negativos dos comandos judiciais, os quais, em muitos dos casos, só atingirão a maturidade mínima para apontar caminhos seguros após anos de implementação.

Essa sujeição temporal na mensuração dos resultados, aliás, é característica dos litígios de feição estrutural. Isso porque os efeitos práticos dos remédios estruturais se perfectibilizam no tempo, a cada decisão em cascata que é tomada³³⁸, desaguando no que Owen cunhou de observância à “técnica da tentativa-erro-acerto”³³⁹. Isto é, remédios estruturais, por mais democraticamente elaborados que sejam, podem não lograr êxito. Pessoas são falhas e, conseqüentemente, decisões em processos de tamanha envergadura também o serão. Aprofundando a questão, Arenhart:

³³⁷ Cf. VITORELLI, 2019.

³³⁸ Cf. ARENHART, 2013, p.5.

³³⁹ Cf. FISS, 1979, p. 50.

Como afirma Owen Fiss, essa gradual implementação da decisão judicial é própria dos litígios estruturais. Somente à medida que a decisão judicial vai sendo implementada é que se terá a exata noção de eventuais problemas surgidos e, assim, de outras imposições que o caso requer. Aliás, a complexidade da causa implicará, comumente, a necessidade de se tentar várias soluções para o problema. Essa técnica de tentativa-erro-acerto é que permitirá a seleção da melhor técnica e do resultado ótimo para o caso.³⁴⁰

A despeito da dificuldade prática de se apontar objetivamente se determinada reforma estrutural “deu certo” ou “deu errado”, é possível - a par dos processos estruturais já maturados no direito comparado-, extrair algumas lições dos primeiros frutos colhidos na jurisprudência internacional desde o final do século XX, em especial às matérias que envolvem segregação racial, meio ambiente, sistema carcerário, deslocamento forçado de pessoas e valores públicos em geral.

Ultrapassada, em linhas gerais, a discussão sobre os aspectos teóricos que circundam o estudo das reformas estruturais, passemos, em cotejo com os mais expressivos resultados obtidos no direito comparado, a sugerir métodos que, se observados, fortificarão profundas melhorias na operacionalização dos litígios estruturais.

Não é demasiado afirmar que o sistema prisional brasileiro encontra-se num dramático estado de calamidade pública. Dentre as inúmeras mazelas do sistema, merece relevo a questão da superlotação carcerária, já que o Brasil tem a terceira maior população encarcerada do mundo, atrás dos Estados Unidos e da China.

Consoante relatório divulgado em 2018 pelo Banco Nacional de Monitoramento de Prisões do CNJ³⁴¹, dos 812.564 presos no sistema carcerário brasileiro, 33.126 são presos provisórios, o que corresponde a 41,5% da população carcerária, isto é, quase metade da população carcerária no Brasil está sob custódia estatal sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (Cf. art. 5º, LVII, da CF/88).

³⁴⁰ Cf. ARENHART, 2013, p.5.

³⁴¹ O relatório do Conselho Nacional de Justiça está disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 10. Out. 2019.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)³⁴², se nenhuma medida efetiva for tomada – sobretudo no que tange a cultura judicial dessas prisões provisórias – a população carcerária brasileira terá um crescimento anua de 8,3%, podendo chegar, em 2025 a uma população encarcerada de aproximadamente 1,5 milhão de pessoas (equivalente às capitais Recife, Goiânia, Belém e Porto Alegre).

Destarte, nos termos já noticiados, a insustentável conjuntura dos presídios brasileiros culminou na deflagração, pela Câmara dos Deputados, da CPI do sistema prisional (2007)³⁴³. Em que pese o Relatório da CPI tenha sido entregue em 2009 a uma multiplicidade de órgãos e autoridades, poucas foram as políticas públicas executadas para ao menos mitigar a situação dos encarcerados. Analisando os efeitos práticos do alarmante diagnóstico produzido no relatório da CPI, Campos:

Desde então, o que mudou? O quadro de violação massiva de direitos fundamentais foi, ao menos, reduzido? Políticas públicas eficazes foram formuladas? Implementadas? (...) As respostas são todas negativas. As diversas diligências realizadas pelo CNJ, em datas posteriores à confecção do relatório, por meio das quais tem atualizado o perfil dos presos e das prisões, revelam que o déficit de vagas do sistema prisional apenas aumenta a cada ano (...)³⁴⁴

De igual modo, como já relatado no item 4.2 deste trabalho, também existiram tentativas para mitigar os problemas no sistema carcerário, a exemplo dos mutirões coordenados pelo CNJ e dos Tribunais de Justiça, das regulamentações publicadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal (CNPCC) e das decisões do STF sobre temas pontuais, atinentes a resolução de problemas específicos do sistema carcerário.

No entanto, raras melhorias permanentes foram alcançadas até então. Talvez por isso, é dizer, em razão dos reiterados fracassos nos esforços empreendidos para a adequação do sistema às balizas constitucionais, instalou-se no Brasil uma inércia generalizada, materializada pela omissão inconstitucional coletiva das autoridades, entidades e órgãos de todos os Poderes e unidades da Federação.

³⁴² Cf. DEPEN, 2018. Disponível em: < <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/penitenciaria-federal-de-brasilia-entra-em-funcionamento>>. Acesso em: 14. Out. 2019.

³⁴³ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário.

³⁴⁴ Cf. CAMPOS, 2019, p. 269.

A saída presentemente encontrada foi reconhecer, via ADPF nº 347/DF, o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. As medidas cautelares até então deferidas, conforme descrito no tópico 4.3 deste trabalho, relacionam-se à realização de audiências de custódia e ao descontigenciamento de recursos presos no Fundo Penitenciário Nacional (Funpen).

Quanto ao descontigenciamento do valores retidos no Funpen, em que pese tenha ocorrido em 2017 a liberação de mais de 1,1 bilhão de reais (44 milhões para cada Estado), o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - MNPCT, instituído pela lei 12.847, de 2013, informou que, por falta de projetos dos governos estaduais, apenas 0,17% dos valores liberados pelo Funpen foram destinados para obras de melhorias no sistema carcerário.³⁴⁵

Dessarte, no que cinge às audiências de custódia, embora, isoladamente, não sejam capazes de resolver todos os bloqueios do sistema, a sua exigibilidade pelos juízos criminais colaborarão para refrear, em alguma medida, a superpopulação carcerária. Neste sentido, o CNJ³⁴⁶ publicou relatório em 2016 sobre a indispensabilidade das audiências de custódia – tal como determinado na cautelar da ADPF nº 347/DF, inclusive porque a adesão dos Estados Federados ao projeto, além de evitar a prisão provisória de mais de 120 mil pessoas, resultará na economia calculada de aproximadamente 4,3 bilhões aos cofres públicos.

Ademais, segundo dados também produzidos pelo CNJ sobre as Estatísticas das Audiências de Custódia Nacional³⁴⁷, até o mês de outubro de 2019 foram realizadas mais de 550 mil audiências de custódia no Brasil, “com um aumento consistente na quantidade de registros ao longo do tempo – de 41,4 mil audiências entre outubro de 2015 e setembro de 2016 para 199,1 mil entre outubro de 2018 e

³⁴⁵ Relatório Anual (2017) / Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): José de Ribamar de Araújo e Silva, Victor Martins Pimenta, João Vitor Rodrigues Loureiro, Ana Claudia Nery Camuri Nunes, Valdirene Daufemback, Lucio Costa. 166 p. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-mnpct/relatorios-1/RelatorioAnual20172018.pdf>>. Acesso em: 11. Nov. 2019.

³⁴⁶ O relatório completo do CNJ sobre a realidade das audiências de custódia no Brasil está disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>. Acesso em: 16. Nov. 2019.

³⁴⁷ As Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional estão disponíveis em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shSISTAC>. Acesso em: 16. Nov. 2019.

setembro de 2019, um aumento de 380,6%.” Tem-se, aqui, razões suficientes para se inferir o quão acertada foi o deferimento da alínea “b” do pedido cautelar na ADPF nº 347/DF.

Ato contínuo, questiona-se: para que se alcance a efetividade da reforma estrutural conduzida na APDF nº 347/DF, os dois pedidos cautelares deferidos pelo Supremo mostram-se realmente suficientes? Que soluções adicionais podem ser implementadas para que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional tenha aplicabilidade no Brasil? Em última análise, como superar bloqueios políticos institucionais por meio de reformas estruturais?

A partir das experiências recentes do direito comparado, foi possível concluir que a aplicabilidade de reformas estruturais deve estar umbilicalmente associada a três principais aspectos: fiscalização, participação popular e diálogo institucional. Esta é, portanto, a tríade de efetividade que será adiante desenvolvida.

Primeiramente, quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações, tem-se que a cada *structural injunction* é pressuposto indissociável de qualquer reforma estrutural, ainda mais daquela relacionada a falhas no sistema carcerário. O controle do Poder Judiciário em reformas estruturais, a bem da verdade, confere uma maior segurança a todos os atores de que as medidas estruturantes estão sendo levadas a sério. Logo, para além de servir como elemento chave na execução das metas, a atuação fiscalizatória garantirá que os atores responsáveis pelas mudanças estruturais tenham sanções decorrentes da inobservância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ainda quanto à fiscalização, veja-se que, nos Estados Unidos, o caso *Brown II* espelhou uma demanda estrutural multipolarizada que angariou bons resultados práticos. Alterou-se uma realidade social, de modo que a Suprema Corte norte-americana pôs fim, considerando inconstitucional, a doutrina separatista. Mais que isso, concretizou o mandamento inserto na 14^a Emenda à Constituição quando se adotou ações diferidas no tempo para cessar a segregação racial praticada sobretudo nas escolas públicas localizadas nos Estados do sul.

A razão da importância conferida ao caso está no contexto do decisório: embora a Suprema Corte tenha alterado a interpretação segregacionista que se fazia da 14ª Emenda (*ex vi* do caso *Plessy v. Ferguson*), a decisão judicial do paradigmático caso *Brown I* não alcançava a desejada igualdade material perante a lei (ideologia do “juntos e iguais”) por razões eminentemente ligadas à burocracia estatal (falta de fiscalização *in locu*), de modo que as tradicionais *injunctions* - outrora destinadas ao cumprimento específico de obrigações – não mais detinham exequibilidade para a resolução de demandas de espectro estrutural.³⁴⁸ Em suma, a decisão mandamental do caso *Brown I* não foi suficiente para cessar as práticas segregacionistas.

Na decisão do caso *Brown II*, os *Justices* impuseram às autoridades escolares locais que reconhecessem, em cada escola norte-americana, quais os principais problemas que impediam a concretização do mandamento exarado no caso *Brown I*. Dai então, apontados os gargalos burocráticos pelas autoridades, as Cortes locais receberiam a incumbência de examinar as particularidades do caso e impor quais medidas fiscalizatórias que deveriam ser praticadas, por cada autoridade pública, sob pena de responsabilização.³⁴⁹

Leciona Arenhart³⁵⁰ que em *Brown II*, a Suprema Corte norte-americana, à vista da resistência de muitos Estados em atender ao novo marco da igualdade estabelecido pela primeira decisão, decidiu que a implementação da ordem de não segregação de crianças negras em escolas deveria ser feita com a progressiva adoção de medidas resolutivas, sob a supervisão das Cortes locais. Tal medida, de fato, possibilitou a produção de decisões judiciais mais consentâneas com a verdade de cada local.

Quanto ao resultado obtido a partir da *structural injunction* dos casos *Brown*, vê-se que este não teve fim em si mesmo, como não poderia deixar de ser.

³⁴⁸ Owen Fiss ensina que aplicabilidade das *injunctions* em processos estruturais conviveu com duas dificuldades básicas: a primeira, relacionada à falta de conhecimento dos juízes sobre a forma de proceder das organizações; e, a segunda, inerente à capacidade dessas organizações de inobservar as decisões judiciais de cunho estrutural. Cf. FISS, 1979.

³⁴⁹ O autor parte do pressuposto de que o processo estrutural é aquele em que determinado agente ou organização (pública ou privada), ao confrontar-se com uma burocracia estatal sobre valores da dimensão constitucional, se compromete a reestruturar a organização para eliminar uma ameaça aos valores apresentados pelos atuais arranjos institucionais. Cf. FISS, 1979.

³⁵⁰ Cf. ARENHART, 2013, p. 391.

Observe-se que, nos seguintes, já em meados da década de 1960, reformas estruturais foram adotadas em larga escala pelos Tribunais norte-americanos para resolver questões estruturais ligadas à reforma dos sistemas hospitalares, prisionais e habitacionais do país.

Logo, a despeito de ter se originado nas “*school cases*” – o que não se questiona-, a utilização de medidas estruturantes em processos judiciais obteve resultados ainda mais expressivos nos casos que sucederam *Brown II*, especialmente porque houve forte fiscalização do Judiciário nos processos relacionados ao sistema carcerário norte-americano.

Cite-se, nesse sentido, o caso *Holt v. Sarver*³⁵¹ como modelo na demonstração de decisões estruturais que deram certo. Em verdade, a tratativa do sistema carcerário norte-americano, como já explanado no capítulo 1, não se resumiu a um único litígio, mas a um conjunto de demandas conexas. Aqui, o juízo *a quo* constatou de plano que o sistema carcerário do Arkansas não carecia de atos paliativos, mas sim de uma ampla reforma em sua estrutura.

Bem por isso, etapas foram de logo estabelecidas: primeiramente, seria preciso diagnosticar a situação *in locu*; logo após, um arranjo estrutural de entidades públicas e privadas deveria ser criado para produzir o plano de adequação dos presídios à ordem constitucional; em seguida, o planejamento deveria ganhar concretude, o que deveria ocorrer gradualmente, a curto, médio e longo prazo, mediante firme fiscalização do Poder Judiciário.³⁵²

Num primeiro momento, houve uma alteração na forma de se exigir resultados. Após diagnosticar todas as falhas do sistema (estrutura física, higiene, corrupção, violência, manutenção de prisões indevidas, etc.), o juízo de plano exigiu que o cumprimento do plano fosse quantificado, a partir do estabelecimento de metas ao Poder Executivo, de modo que, gradativamente, e cada decisão em cadeia, os percentuais negativos do sistema prisional fossem mitigados. Vê-se,

³⁵¹ Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. 309 F.Supp. 362 (1970), p. 362.

³⁵² A teoria, ao que parece, funcionou satisfatoriamente na prática. Os resultados positivos idealizados pelo juiz Henley, em sua maioria, foram em certa medida obtidos. Porém, a significativa melhoria no sistema carcerário de Arkansas dependeu do cumprimento de diferentes fatores cumulados.

novamente, o papel da fiscalização como elemento sepulcral no êxito de medidas estruturais.

Além disso, dezenas de audiências foram realizadas para aferir as melhorias na estrutura dos presídios e as adequações no tratamento dos presidiários foram observadas. A cada etapa ultrapassada, o caso Holt II rendia decisões ainda mais minudenciadas, de sorte que as instituições públicas envolvidas (sobretudo o departamento penitenciário estadual) foram compelidas perenemente a executar medidas distintas, adequando-as às necessidades de cada momento processual.

O foco central do Judiciário, portanto, cingiu-se a (i) acabar com a superlotação nas celas; (ii) proibir veementemente os maus tratos; (iii) impedir os abusivos confinamentos na solitária (fixou período máximo de 30 dias, com prévia justificativa); e (iv) assegurar o devido processo legal dos custodiados. Abriu-se, para tanto, a porta do Judiciário para a participação da população, que, inclusive, detinha voz ativa nas reuniões colegiadas instituídas pelo juízo.

Adicionalmente, os atores envolvidos na reforma estrutural mostraram-se diligentes na execução do plano de adequação, especialmente porque o juiz Henley soube lidar com os limites de sua jurisdição: as decisões judiciais, quase sempre, eram genéricas e impunham ao Poder Executivo a responsabilidade escolher o modo de operacionalização das medidas indicadas, de forma que os pormenores ligados ao mérito administrativo permaneceriam no escopo de competência governamental. Segundo Violin:

Essa peculiaridade faz de Holt II um importantíssimo precedente. Sua causa de pedir aberta e seus pedidos fluidos relativizam o princípio da demanda. E, por isso, impactam diretamente na correlação entre pedido e *decisium*. Mais ainda, o julgamento é orientado ao futuro. Em vez de reconhecer uma violação exaurida e determinar o pagamento de indenização, a demanda visava a adoção de medidas concretas para fazer cessar a infringência a direitos dos custodiados.³⁵³

O saldo final das sentenças estruturais extraídas em Holt II, ainda que tímido, impulsionou tantas outras ações judiciais, a exemplo do caso Holt III – que pressionou fortemente os Estados a tomarem medidas para cessar a insatisfação dos presos. Fato é que, a cada decisão judicial envolvendo a precariedade do sistema prisional

³⁵³ Cf. VIOLIN, 2019.

estadunidense, a inicial generalização das ordens judiciais ganhou contornos de imposição progressiva e fiscalização de obrigações específicas, o que contribuiu para a efetividade das reformas estruturais neste sistema carcerário.

Lado outro, na Argentina, os casos *Medoza* e *Verbitsky*, reconhecidos iterativamente pela doutrina como os de maior repercussão na jurisprudência da CSJN sobre reforma estrutural, contribuíram significativamente na fomentação do modelo processual de reforma. Os mecanismos de aplicabilidade implementados pela Corte, nos dois casos, foram além das já mencionadas descentralização de competências e fixação de multas por descumprimento.

Estas medidas, aliás, podem e devem ser aplicadas no caso da APDF nº 347/DF, notadamente pela falta de estrutura física e de pessoal do Supremo para fiscalizar a implementação do plano de reforma estrutural nos presídios de todos os Estados federados. É salutar, assim como idealizado nas reformas da Argentina, que o STF descentralize as competências de execução (aos demais Poderes) e de fiscalização (aos demais órgãos do Judiciário) dos remédios estruturais, impondo-se, adicionalmente, multas pelo descumprimento das metas prefixadas.

Veja-se, por exemplo, o caso *Mendoza*, que tratou da degradação ambiental no rio Matanza-Riachuello. Foi criado um sistema de monitoramento e controle de implementação dos remédios estruturais, cujos objetivos medulares residia na designação de uma auditoria geral (i) para fiscalizar a utilização dos valores destinados à recuperação do meio ambiente; e (ii) para fortalecer a participação popular no processo, por meio da atuação da Defensoria Pública da Nação e de Organizações Não Governamentais ligadas ao meio ambiente. O resultado foi extremamente positivo, pois os planos de execução devolveram ótimos resultados, muito em razão da incontestável legitimidade na tomada das decisões.

De outra banda, na resolução das falhas estruturais apresentadas em *Verbitsky*, Fililipini ressalta a mesa de diálogos que resultou em alterações legislativas consensuais entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A lei de processo penal foi alterada para adequar as condições para aplicação da prisão preventiva e a legislação sobre execução penal e penitenciária foi atualizada em

consentâneo com as balizas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos.³⁵⁴

Na Colômbia, o Poder Judiciário progrediu na análise de processos estruturais quando do primeiro reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional da Colômbia na *Sentencia de Unificación (SU) 559/1997*, que versou sobre a não concessão de benefícios previdenciários devidos a professores municipais. Nele, se previu a necessidade de atuação articulada dos atores públicos para cessar um estado de lesividade a direitos fundamentais.

Há de se ressaltar ainda a *Sentencia de Tutela (T) 153/1998*, relativa à superlotação no sistema prisional colombiano. A partir desta decisão, pode-se dizer que a Corte Constitucional, esteve, enfim, diante de um caso incontestado de falha estrutural. Demais disso, a Corte teve a sensibilidade de observar de há muito existir uma pluralidade de omissões inconstitucionais: das instituições públicas e privadas, dos agentes públicos, das autoridades competentes e da própria sociedade. Poucos eram aqueles efetivamente interessados em salvaguardar, via políticas públicas efetivas, os direitos básicos dessas minorias.

Afirma Campos que a falta de representação política dos presos e a indiferença dos governantes para resolver a situação apontam para a improbabilidade de que a solução da violação fosse alcançada sem a interferência da Corte Constitucional colombiana. Não por outra razão, a CCC reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário dos presídios de Bellavista de Medellin e Bogotá e reconheceu os direitos dos autores da ação, motivo porque exarou ordens de cumprimento para múltiplas entidades públicas do país.³⁵⁵

³⁵⁴ Ainda segundo Fillipini, “O Tribunal arrogou alguns poderes e estabeleceu um sistema para a definição de políticas públicas: estabeleceu o objetivo, identificou alguns dos participantes necessários, atribuiu-lhes competências mais ou menos claras e estabeleceu algumas condições operacionais. Observar criticamente essa decisão é, conseqüentemente, observar criticamente o funcionamento desse sistema peculiar e, para isso, devemos identificar quais facetas do processo gerado pela Corte devemos observar e como poderíamos fazê-lo.” (traduzido) In: FILLIPINI, Leonardo. La ejecución del fallo Verbitsky. Una propuesta metodológica para su evaluación. In: Leonardo G. Pitlevnik (Org.) *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de la Nación* 3. Buenos Aires: Hammurabi, p. 148-175.

³⁵⁵ Na *Sentencia T – 153*, de 1998 a CCC: 1. Ordenou a notificação do ECI aos Presidentes da República, do Senado, da Câmara, da Truma de Direito Penal da Corte Suprema de Justiça, aos Governadores, aos Prefeitos, ao Fiscal da Nação (dentre outros); 2. Ordenou ao Instituto Nacional e Carcerário - INPEC, ao Ministério de Justiça e do Direito e ao Departamento Nacional de

Malgrado, em que pese todas as ordens exaradas pela Corte para corrigir as falhas estruturais dos presídios colombianos, os remédios estruturais aplicados não foram efetivos para a correção do estado de coisas inconstitucional.³⁵⁶ Esclarece Campos que o erro da CCC foi proferir ordens estruturais sem estabelecer procedimentos adequados de monitoramento.

“As ordens foram flexíveis, possibilitando que os outros poderes manifestassem suas capacidades institucionais, mas faltou uma “jurisdição provisória” sobre essa efetiva manifestação”. A Corte pecou em acrescentar que sua autoridade contida nas decisões, por sí só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente as medidas ordenadas. (...) Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas”³⁵⁷.

Veja-se, na jurisprudência brasileira, o exemplo da decisão do plenário do STF em *Habeas Corpus* coletivo³⁵⁸ que coibiu detenções cautelares decretadas de forma abusiva e irrazoável de mulheres grávidas ou com crianças sob guarda. Ora, verificou-se rapidamente que decidir sobre a incapacidade do Estado de assegurar direitos fundamentais às encarceradas não tem valia se a decisão judicial não é corretamente fiscalizada pelas estruturas adequadas de supervisão.

Esse, portanto, é um importante *case* que evidencia a necessidade de fiscalização das decisões exaradas na APDF nº 347/DF: é um problema estrutural, ligado ao sistema carcerário e que envolve a violação de direitos fundamentais de pessoas custodiadas. Forte nessas considerações, tem-se por oportuna e indispensável a utilização de mecanismos confiáveis de controle das decisões judiciais proferidas em sede de processos estruturais, mormente porque, onde inexistir controle, certamente haverá corrupção e inefetividade.

Planejamento a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias; 3. Determinou ao Governo nacional providências quanto ao orçamento necessário para o cumprimento das medidas estruturais indicadas no plano de construção e reparação; 4. Determinou que a Defensoria do Povo e a Procuradoria-Geral da Nação supercionasse a exequibilidade do plano; 5. Ordenou que o INPEC, no prazo de 4 anos, separasse em definitivo os presos provisórios daqueles já condenados; 6. Exigiu que o INPEC e os Ministérios da Justiça, do Direito e da Fazenda solucionasse a carência de pessoal especializado para trabalhar nos presídios; 7. Ordenou que os Governadores, Prefeitos e Presidentes das Assembleias e dos Departamentos e Conselhos Municipais cumprissem com a obrigação de criar e manter presídios próprios; 8. e determinou que o Presidente da República e o Ministro da Justiça e do Direito assegurassem a ordem pública e o respeito dos direitos fundamentais dos internos enquanto perdurassem as obras públicas. Cf. CAMPOS, 2016, p. 132.

³⁵⁶ Recentemente, a CCC proferiu as Sentencias T-388 de 2013 e T-762/2015, nas quais afirmou-se expressamente que o sistema carcerário colombiano ainda vive um estado de coisas inconstitucional.

³⁵⁷ Cf. CAMPOS, 2016, p. 134.

³⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 143641*, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, publicado em 09-10-2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em 11. Nov. 2019.

Ato contínuo, a participação popular, outro vetor de efetividade do ECI, é corolário medular do princípio democrático. Além de útil à aceitabilidade das decisões judiciais, legitima sobremaneira a aplicabilidade das ações planejadas. Isso porque os remédios estruturais exigem não só a concretização difusa dos interesses policêntricos, mas sobretudo que o devido processo legal substancial seja, de fato, observado.

Viu-se, das experiências internacionais, que a participação popular, seja ela no planejamento, na execução ou na supervisão de reformas estruturais, é elemento que traz legitimidade de informações e incrementa a capacidade institucional do Poder Judiciário. Elas representam mecanismos de democratização das decisões estruturantes e podem ser instrumentalizadas através de mecanismos processuais como o “*amicus curiae*” (“*amigo da corte*”) e as audiências públicas.

Bergallo³⁵⁹, em exame das reformas estruturais na Corte Argentina, aponta que um dos remédios estruturais que acarretaram maior efetividade ao caso *Mendoza* foi a abertura do Judiciário à participação de organizações da sociedade civil (governamentais e não-governamentais), que contribuíram a apresentação de informações inéditas, extremamente úteis ao diagnóstico correto das falhas estruturais.

Em verdade, de modo realmente contributivo para o encontro de soluções para o sistema carcerário brasileiro na ADPF nº 347/DF está a *Sentencia de Tutela* (T) 025/2004. Neste processo, a Corte Constitucional colombiana afastou-se do modo formalista de tomar decisões. O foco – como não poderia ser diferente – foi na concretização de direitos fundamentais, o que se fez a partir do conhecimento detalhado da situação dos deslocados. Após o devido diagnóstico, a CCC exarou ordens gradativas e genéricas a agentes específicos, fixando prazos, realizando audiências públicas com representantes das vítimas e fiscalizando o cumprimento das medidas.

³⁵⁹ BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (org.) Por una justicia dialógica: *El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

Gravito e Franco³⁶⁰ observam que do proferimento da sentença em 22 de janeiro de 2004 até junho de 2014, foram realizadas 20 audiências públicas e emanadas mais de 80 decisões em cadeia, todas com o objetivo de, progressivamente, conferir efetividade às determinações da *Sentencia* – T nº 025, de 2004. Diante da ampla quantidade de ordens de execução, supervisão e monitoramento dos remédios estruturais, os autores denominaram a decisão de “macro sentença”, em razão do acúmulo de três fatores: (i) a gravidade das violações a direitos; (ii) a quantidade de pessoas beneficiadas pelas decisões; e (iii) a perenidade na implementação das medidas.

Fato é que a *Sentencia* – T nº 025 foi um marco para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pela CCC. Houve um notório aperfeiçoamento na Corte no estabelecimento das medidas estruturais, mormente pela manutenção de sua jurisdição. Para conferir exequibilidade às ordens judiciais, além da implementação de programas de monitoramento, inúmeras tratativas dialógicas foram firmadas com representantes dos demais Poderes. Demais disso, dezenas de audiências públicas foram realizadas, inclusive com a participação da sociedade civil, que contribuiu ativamente na formulação das políticas públicas de assistência aos deslocados.

O resultado, em consequência, foi deveras positivo. Afirma Campos que após a implementação de medidas estruturais por mais de uma década, a CCC, em 2015, cogitou a possibilidade de declarar superado o ECI no caso dos deslocados na Colômbia. Em conclusão, diante dos êxito das ordens estruturais, domonitoramentos, das audiências públicas e das múltiplas decisões em cascata, é possível afirmar que o modo de operacionalização do caso dos deslocados pelas FARC é um modelo a ser seguido pelos países que objetivam adotar o reconhecimento do ECI para sanar falhas estruturais.³⁶¹

No sistema jurídico brasileiro, as audiências públicas estão previstas expressamente nas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, que tratam do controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF). Ademais, o Código de Processo Civil de 2015 também prevê a realização de audiências públicas em

³⁶⁰ Cf. GARAVITO e FRANCO, 2010, p. 84.

³⁶¹ Cf. CAMPOS, 2016, p. 153.

diversas hipóteses (p. ex. os artigos 927, § 2º, 983, § 1º e 1.038, II). Não obstante, a figura do *amicus curiae*, além de estar prevista no artigo 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99, recebeu capítulo específico no art. 138 do Código de Processo Civil, o que demonstra a importância de tais instrumentos processuais na perfectibilização do devido processo legal material.

Em suma, visa o legislador, ao positivar as audiências públicas e o *amicus curiae*, incrementar o debate democrático no Poder Judiciário, de modo que os fundamentos ofertados por setores variados da sociedade também possam ter o condão de influir nas decisões judiciais, ampliando sobremaneira a legitimidade das lides estruturais.

Sturm³⁶², em complemento, defende a utilização da participação material nos processos estruturais. Para tanto, se torna indispensável que atuem ativamente na lide todos os que podem e devem influir na decisão, a exemplo dos juízes (responsáveis pelas decisões), dos afetados pela decisão e dos que dispunham da expertise necessária para colaborar com a proposição e a fiscalização das medidas.

Em endosso, Vitorelli³⁶³ afirma que o processo coletivo pode acarretar o efeito benéfico de contribuir para o empoderamento da comunidade, sobretudo se forem observadas algumas estratégias pontuais. Inicialmente, a sociedade precisa fazer com que seus diversos subgrupos trabalhem em conjunto, para evitar que o litígio fique associado apenas a pessoas ou organizações específicas.

A importância da participação popular em processos que buscam mudanças permanentes e estruturais é latente, especialmente porque os destinatários diretos da decisão, ao terem ciência prévia dos riscos e efeitos do decisório, certamente ficarão encorajados para colaborar com a efetivação dos remédios estruturais. Não por outra razão que ora se defende a participação direta de grupos reduzidos – ou de especialistas no tema objeto da demanda³⁶⁴, somada a representação adequada

³⁶² STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. *The Georgetown Law Journal*, v. 79, p. 1.355-1.446, 1991.

³⁶³ VITORELLI, 2016.

³⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019, p. 823.

dos demais grupos de interesse para instituir o plano de medidas do sistema prisional brasileiro.

Contudo, deve-se advertir que a participação popular majora os custos e aumenta o tempo de duração do processo³⁶⁵, pelo que necessita ser ponderado pelos Ministros do Supremo (ou, caso delegada tal incumbência, aos juízes de plano), o custo-benefício da abertura da participação popular para cada medida estrutural que for expedida. Para alguns bloqueios, portanto, podem ser extremamente úteis; para outros, ao revés, podem até prejudicar a celeridade das medidas.

Ato contínuo, o terceiro vetor de efetividade para a correção de falhas estruturais no sistema carcerário brasileiro é o diálogo institucional, ou seja, a construção do decisório a partir da atuação cooperativa, em todas as fases do processo, entre o Poder Judiciário e demais órgãos e agentes responsáveis. Esse método de produção consensual dos remédios estruturais foi denominado por Garavito de “ativismo dialógico por mecanismos institucionais.”³⁶⁶

Ter diálogo institucional nada mais é que adotar estruturas de participação pelo contraditório adequado. Veja-se, aliás, que um dos requisitos importados pelo STF para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na ADPF nº 347/DF foi a necessidade de atuação conjunta de múltiplos órgãos:

O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações, existe quanto à busca por soluções.³⁶⁷

Logo, ao se inserir o diálogo institucional como um dos requisitos para a caracterização de um estado de coisas inconstitucional, implicitamente, já se está a indicar que este mecanismo inerente ao devido processo legal também será um dos basilares para conferir efetividade à reforma estrutural.

³⁶⁵ Cf. VITORELLI, 2016.

³⁶⁶ GARAVITO, César Rodríguez. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. Revista Argentina de Teoría Jurídica, v. 14, dez./2013, p. 7. Disponível em: <https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10619/RATJ_V14N2_RodriguezGaravito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15. Nov. 2019.

³⁶⁷ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016.

No voto condutor do Ministro Marco Aurélio afirma-se que a solução para o sistema carcerário brasileiro requer ações orquestradas, com a passagem do concerto (com C) institucional para o conserto (com S) do quadro inconstitucional. Não por outra razão, o relator tratou de explicar de que forma o pressuposto do diálogo entre as instituições democráticas deve ser materializado, *in verbis*:

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções.³⁶⁸

Vê-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal já idealiza na arguição quais mecanismos de participação devem ser utilizados para proporcionar maior legitimidade e ampliar o grau de efetividade das decisões estruturais.

Em Interessante estudo sobre a utilização de debates dialógicos para conferir aplicabilidade do sistema carcerário brasileiro, via ADPF nº 347/DF, o parecer da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), relatou:

As decisões estruturais tornam ainda mais complexo o problema da atuação judicial em casos de efetivação de direitos mediante políticas públicas. Elas colocam a legitimidade do Judiciário sob um grau máximo de contestação. Se a abordagem sob a ótica da última palavra já não se mostrava a mais adequada para os casos tradicionais que versam sobre a concretização de direitos, ela se mostra ainda menos apropriada para a ADPF 347. Adotar uma atuação focada no diálogo mostra-se a saída mais coerente, legítima e eficaz. Teorias do diálogo tendem a remover do debate as figuras do juiz, do gestor e do legislador ideais, assim como a conceber uma separação de poderes mais flexível, em que as instituições têm um papel menos estanque e há maior probabilidade de alcançar resultados mais eficientes.³⁶⁹

O citado parecer, subscrito por Carlos Ari Sundfeld em 2015, defendeu que as decisões estruturais podem ser classificadas, consoante as hodiernas teorias do diálogo, dentro de dois níveis contrapostos de diálogo institucional (monológico ou

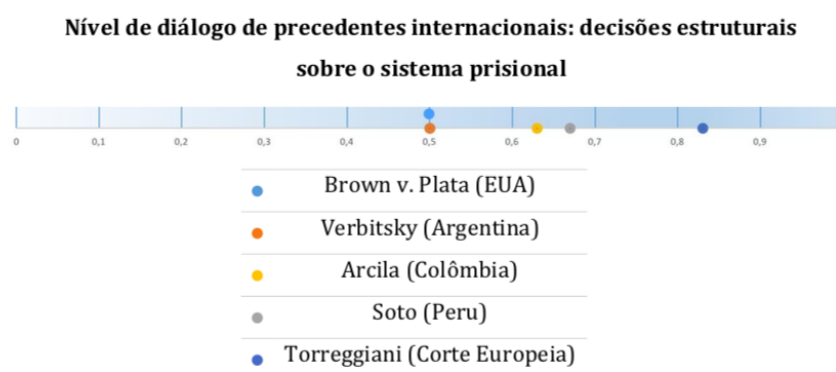
³⁶⁸ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016.

³⁶⁹ No referido parecer, foram selecionados os seguintes casos para análise (listados em ordem cronológica de decisão): 1) Corte Constitucional Colombiana – Sentença T-153 de 1998 (“Caso Arcila”); 2) Corte Suprema de Justiça da Nação (Argentina) – V. 856. XXXVIII, Recurso de Hecho – (“Caso Verbitsky”); 3) Tribunal Constitucional Peruano – Expediente no 03426-2008-PHC/TC (“Caso Soto”); 4) Suprema Corte dos Estados Unidos da América – Brown, Governor of California, et al. v. Plata et al. (“Caso Brown v. Plata”); 5) Corte Europeia de Direitos Humanos – Torreggiani e outros v. Itália (“Caso Torreggiani”). Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/09-contribuicao-sbdp-paraADPF347-01-12-15.pdf>>. Acesso em: 11. Out. 2019.

dialógico)³⁷⁰, estabelecidos a partir de dois fatores vitais: (a) a solução que a decisão oferece e (b) o tipo de monitoramento posterior que exerce, *in verbis*:

A decisão dialógica: (a) desenha procedimentos e metas a serem cumpridos por outros órgãos e que podem ser renegociados ao longo do período de monitoramento. Ela deixa em aberto os possíveis mecanismos de coerção; e (b) encoraja discussões de políticas alternativas para resolver o problema estrutural detectado no julgamento, frequentemente envolvendo outros atores e acompanhando as etapas da implementação. Já a decisão monológica: (a) determina exatamente o que o poder ou órgão responsável deve fazer e em qual prazo. Normalmente estabelece astreintes para o caso de não cumprimento; (b) deixa o monitoramento da execução apenas a cargo do Ministério Público ou de outro órgão específico, sem encorajar a participação de múltiplos atores³⁷¹

Ao aplicar essa escala de dialogicidade nas decisões proferidas pela jurisprudência comparada, notadamente em processos que buscavam implementar reformas estruturais em sistemas carcerários, chegou-se ao seguinte resultado:



A pesquisa da SBDP teve por escopo analisar processos estruturais exitosos. Utilizou-se como parâmetro de análise algumas decisões sobre reformas em sistemas prisionais que, em alguma medida, deram bons frutos. O resultado da pesquisa, como se observa da ilustração acima, mostrou que todos os casos examinados posicionaram-se do lado mais dialógico do espectro de referência, uns

³⁷⁰ Para realizar essa classificação, em primeiro lugar, analisamos cada ordem da parte dispositiva dos julgados analisados. A cada um dos dispositivos, foram aplicados os seguintes critérios de análise: O dispositivo define uma medida específica ou está aberto à posterior definição por outros órgãos? Medida específica: aspecto monológico. Disposição aberta: aspecto dialógico. A ordem se dirige a apenas um órgão ou indica um conjunto de órgãos responsáveis pela medida? Apenas um órgão: aspecto monológico. Conjunto de órgãos responsáveis: aspecto dialógico. O dispositivo estabelece prazo para execução da medida? Sim: aspecto monológico. Não: aspecto dialógico. O dispositivo prevê sanção para o descumprimento? Sim: aspecto monológico. Não: aspecto dialógico. Foram, então, atribuídos pontos de diálogo aos dispositivos que apresentaram aspectos dialógicos de acordo com os critérios acima (um ponto para cada critério). Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/09-contribuicao-sbdp-paraADPF347-01-12-15.pdf>>. Acesso em: 11. Out. 2019.

³⁷¹ Ibid.

mais e outros menos, evidenciando a essencialidade do diálogo na decomposição dos inúmeros bloqueios institucionais ligados ao sistema prisional alienígena. Para Sundfeld, “(...) esses tribunais, em decisões estruturais sobre o sistema prisional, não só valorizaram o diálogo interorganizacional no enfrentamento de violações de direitos, mas o fizeram em parte significativa de cada julgado.”³⁷²

Frise-se, contudo, que somente haverá diálogo institucional onde existir um Poder Judiciário atuante. Ao conduzir o processo estrutural pelo debate dialógico, com estrita observância aos postulados do contraditório adequado, o juiz instará as partes a participar ativamente da tomada de decisões estruturais, perfectibilizando o que Yeazell chamou de “*Town Meeting*”.³⁷³ Portanto, aqui, os temores de que a atuação diligente da jurisdição pode causar máculas irreversíveis à separação dos Poderes aparece como elemento heterodoxo, pois o protagonismo judicial é a solução e não a causa do problema.

Em endosso, Vitorelli³⁷⁴ se utiliza do conceito lançado por Yeazell para afirmar que a transformação de audiências judiciais em *town meetings* não resultaria apenas no ganho de legitimidade da decisão ou de participação popular ativa. Mais que isso, representaria uma necessidade inafastável desse modelo de demanda, que pressupõe uma multiplicidade de mãos (órgãos e entidades) para realizar o plantio (remédios estruturais) e a superveniente colheita dos frutos (resultados).

Conclui-se, portanto, não ser produtora à resolução dos processos estruturais atribuir a um único órgão o papel de agir individualmente na tomada de decisões de reforma. Construir diálogos significa transitar entre o constitucionalismo e a legitimidade democrática para prestigiar o equilíbrio das relações institucionais. O modelo a ser seguido nos litígios de reforma estrutural é aquele no qual o Poder Judiciário exara, após os debates dialógicos, ordens estruturais flexíveis aos demais Poderes (dever de agir), possibilitando-se que estes atores escolham como as metas serão alcançadas (mérito administrativo), o que será levado a efeito sob a constante fiscalização e monitoramento da jurisdição local (descentralização estrutural).

³⁷² Ibid.

³⁷³ YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles School Case. UCLA Law Review, vol. 25, 1997, p. 244-260.

³⁷⁴ Cf. VITORELLI, 2016.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, buscou-se demonstrar os principais aspectos das reformas estruturais, especialmente quando inseridas em litígios irradiados que reconhecem a existência de estado de coisas inconstitucional. No Brasil, o caso paradigma (escopo da pesquisa) dos processos estruturais é a ADPF nº 347/DF, em trâmite desde 2015 no Supremo Tribunal Federal, que tem por corolário sanear as falhas estruturais que vierem a ser implementados no Brasil.

Delineou-se, inicialmente, que a jurisdição precisa respeitar a ideologia constitucional contida nas ponderações sobre os direitos fundamentais, notadamente quanto aos limites do processo constitucional. Da mesma forma, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional necessita de um maior debate quanto ao modo de colaboração entre os Poderes, entidades e órgãos responsáveis pela implementação dos remédios estruturais.

A análise sobre a efetividade das reformas estruturais exigiu aprofundamento doutrinário e jurisprudencial sobre diversos temas que circundam a *structural reform*. Primeiro, foi necessário rediscutir o modo de instrução processual no Brasil, pois o raciocínio a ser tomado em demandas estruturais (partes, pedidos, cumprimento de sentença, coisa julgada, etc.) difere radicalmente daquilo assentado nas lides bipolares.

Foi demonstrada a necessidade de se trabalhar com os instrumentos (técnicas processuais) já disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, os quais permitem essa atuação do Poder Judiciário em processos estruturais. Essas cláusulas processuais abertas irão possibilitar respostas processuais exequíveis às reformas estruturais.

Viu-se igualmente que no processo estrutural não há razão para confinar o juiz aos pedidos do autor. O Código de Processo Civil de 2015, inclusive, permite uma atuação mais elástica do Poder Judiciário, a ser tomada de acordo com o conjunto da postulação e da boa-fé. O Poder Judiciário, assim, dá uma resposta de acordo com o contexto apresentado na demanda.

É por essa razão, aliás, que o conceito de coisa julgada é pouco importante para a conformação de processos estruturais que visem a concretização de direitos fundamentais ou valores públicos. Não há proveito algum na utilização de decisões proferidas nos moldes dos processos bipolares, pois o que se objetiva aqui é resolver os problemas - e não extrair uma decisão bem fundamentada estabilizada pelo trânsito em julgado. Não é, definitivamente, a coisa julgada (material ou formal) que irá pacificar ou mesmo solucionar demandas estruturais.

Ressaltou-se em diversas passagens que nos litígios estruturais não existem partes, mas polos, os quais, além de multipolares, atuam de forma policêntrica na consecução de valores públicos. A causa de pedir e os pedidos formulados nos processos estruturais não vinculam o magistrado no mesmo grau das demandas individuais e coletivas, podendo-se transpor a barreira do princípio da congruência para privilegiar a criatividade judicial na resolução das falhas estruturais.

Veja-se, por exemplo, o caso da decisão cautelar na ADPF nº 347/DF. O Ministro Luís Roberto Barroso determinou, liminarmente, a expedição de ofícios para que União e Estados federados esclareçam detalhadamente a situação de cada estabelecimento prisional no Brasil. A decisão incidental foi exarada *ex officio* pelo Ministro, não mantendo qualquer relação com os pedidos da petição inicial do PSOL.

Ato contínuo, foram analisadas as jurisprudências de alguns países que já implementam reformas estruturais para a adequação de políticas públicas à Constituição, inclusive com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Viu-se a evolução progressiva na resolução dos litígios estruturais mais expressivos da Corte Constitucional dos Estados Unidos, da Argentina, do Peru e da Colômbia.

A partir da premissa de que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional tem espaço quando ocorre violação massiva e sistemática de direitos fundamentais ou valores públicos, destrinchou-se os suportes fáticos que favorecem a recepção do ECI no Brasil: a positivação de direitos na Constituição, a eficácia das normas constitucionais, e a existência de omissões (bloqueios), os quais constituem a causa das violações a direitos fundamentais.

Outro importante ponto desenvolvido foi a reformulação da visão tradicional de ativismo judicial e de separação dos Poderes. Primeiramente, porque no arranjo institucional atual, em que se requer flexibilidade na concretização de valores constitucionais, a divisão estática de Poderes, para bem de “garantir a democracia”, acaba, em verdade, sendo um óbice ao funcionamento do Estado. Em segundo lugar, porque quando se trata de processos estruturais, a participação mais ativa do juiz é condição essencial ao desenrolar da lide, justamente por representar o último suspiro democrático para desmobilizar os bloqueios institucionais construídos pelos demais Poderes.

Delineou-se, outrossim, que um dos maiores desafios no implemento do estado de coisas inconstitucional no Brasil é a fixação de limites ao “ativismo judicial estrutural”, de forma a possibilitar que os remédios estruturais sejam efetivos instrumentos de proteção aos direitos fundamentais. A demarcação desses limites é desafio de extrema relevância atual, e será, inclusive, enfrentada pelo STF nas decisões vindouras em que expressamente reconhecer a aplicabilidade da tese do estado de coisas inconstitucional.

Nessa mesma trilha argumentativa, concluiu-se que o excesso de formalismo na concepção de teorias pode prejudicar a essência do bem jurídico tutelado. O que deve ser perquirido pelo aplicador do direito, em verdade, é a efetividade constitucional, os fins almejados pela ordem jurídica. O foco precisa ser direcionado à consecução dos direitos fundamentais, e não à fiel observância dos atores que possuem atribuições estanques para a edição de atos administrativos ou regulamentares. Ressalve-se, porém, que o âmbito de aplicação da tese precisa ser delimitado, uma vez que a utilização do ECI para a correção generalizada de todas as hipóteses de lesão à direito fundamental subverte a própria razão de existir do instituto, tornando-o, ao fim e ao cabo, contraproducente à efetividade dos remédios estruturais.

A partir do capítulo quarto mostrou-se com melhor exatidão que há um problema grave a ser enfrentado no sistema carcerário brasileiro, e ele é estrutural. Com efeito, para que as reformas estruturantes saiam do papel, salutar o desenvolvimento permanente e colaborativo do planejamento de execução, de monitoramento e de fiscalização das medidas estruturantes. Dai então a

necessidade lógica do debate perene entre os responsáveis para que a resposta ao problema estrutural seja construída de forma acordada, consensual e dialógica.

Como já reverberado, a solução operacional para a implementação do referido diálogo institucional pode ser encontrada nos instrumentos processuais aplicáveis aos processos coletivos e, subsidiariamente, o Código de Processo Civil (p. ex. os artigos 139, IV, e 536), que são técnicas, cláusulas processuais abertas de execução, que permitem ao juiz, de acordo com o caso concreto, adotar quaisquer medidas que sejam necessárias para a resolução de determinado problema.

Fato é que o processo constitucional brasileiro deve abalizar-se na participação e na colaboração entre todos os entes que compõem o Estado Democrático. E a observação histórica, social, política e econômica dos destinatários das normas, tão fomentada no processo constitucional – revela-se indispensável para o concretismo da ideologia constitucional do ECI.

Deve-se respeitar a tríade da fiscalização, participação social e diálogo institucional. Isso porque não basta uma decisão normativamente coerente e com amparo legal. Salutar, desde a formalização das demandas estruturais, que todos os atores políticos compreendam que as decisões estruturais não conseguirão resolver imediatamente os problemas insertos nos litígios irradiados.

É dizer, cada instituição deve assumir o seu papel no jogo: o Judiciário, tem dever de fazer a gestão do processo, garantir o contraditório adequado, fomentar o diálogo institucional, proferir as decisões estruturais (obrigação genérica de fazer) e descentralizar a fiscalização do cumprimento do plano de reforma. Especialmente quanto aos remédios estruturais, consigne-se que o juiz, ao se deparar com litígios estruturais, precisará exarar múltiplas decisões judiciais, em diferentes momentos processuais, imergindo no que Arenhart chamou de “provimentos em cascata”.³⁷⁵

Ao Poder Executivo caberá o papel de escolher o conteúdo da decisão estrutural, isto é, de fixar a política pública que será adotada. O Poder Legislativo, a seu turno, terá a obrigação de realizar os atos que lhe forem impostos no plano, bem como exercer a função típica de editar os atos normativos necessários. As demais

³⁷⁵ Cf. ARENHART, 2013.

instituições públicas e privadas, em adição, terão o papel vital de participar das deliberações, apontar soluções, alertar dos riscos técnicos e executar as atribuições que lhes forem impostas, sobretudo no papel fiscalizatório.

Uma ideia interessante para materializar essa atuação cooperativa e dialógica entre os atores responsáveis foi desenvolvida por Ricardo Lorenzetti³⁷⁶. Segundo ele, os processos estruturais são “microinstitucionalidades”. Deve-se, em consequência, fomentar a criação de microinstituições (micro estruturas) para resolver os problemas impregnados nessas microinstitucionalidades.

No Brasil, por exemplo, poder-se-ia criar microinstituições para fiscalizar se o planejamento foi tomado conforme a decisão estrutural. Inicialmente, faz-se um planejamento; depois, estabelece-se metas factíveis para que o problema seja resolvido; e, caso o problema não seja resolvido, o Poder Judiciário utiliza de suas atribuições institucionais para modificar as decisões inefetivas.

Apenas com o permanente e colaborativo diálogo, as determinações judiciais se distanciarão da realidade prática dos bloqueios institucionais e se aproximarão do corolário democrático. Do contrário, caso as decisões de reforma continuem sendo exaradas unilateralmente pelo Judiciário, a perda de legitimidade democrática do decisório mitigará a concretude da reforma.

Mostrou-se, ademais, que o novo Código de Processo Civil previu a figura dos atos concertados, extremamente importantes quando se fala de reformas estruturais (arts. 67 a 69 do CPC/15). No caso da fila das cirurgias de prótese ortopédica no Ceará, viu-se que além do processo principal, paralelamente deflagravam-se processos individuais, por intermédio dos quais também era solicitada a realização de cirurgias. Se cada juízo individualmente resolvesse interferir na ordem da fila de cirurgia, todo o esforço empreendido pela juíza Cintia seria prejudicado.

Daí então, mesmo antes da chegada no novo código adjetivo civil, a juíza dialogou com todos os demais juízes e solicitou uma conexão por efetividade de todas as demandas individuais que fossem distribuídas com relação a necessidade de cirurgia de colocação de prótese. Todos os juízes anuíram com o pedido da

³⁷⁶ Cf. LORENZETTI, 2010.

magistrada, e passaram a encaminhar, por conexão, os processos que envolviam as filas de cirurgia ortopédicas no Estado. Pretendeu-se centralizar todas as lides num só juízo, evitando que decisões individuais atrapalhassem a efetividade do processo estrutural que corria em concomitância.

Vê-se, neste caso, que a inclusão dos atos concertados pelo CPC vem justamente para codificar o modo de atuação do Poder Judiciário em processos estruturais. Isto é, tal como implementado intuitivamente no caso das próteses ortopédicas no Ceará, o emprego, pelos magistrados, do atos concertados formalmente previstos no CPC/15 (arts. 67 a 69) apresenta-se, sem dúvida, como elemento vital à ampla efetividade dos litígios estruturais.

Em vista do todo aqui explanado, quanto à ADPF nº 347/DF, espera-se que o STF, para além de julgar procedente os pedidos definitivos, construa dialogicamente com os demais órgãos e entidades um planejamento de ação para modificar as terríveis condições apresentadas nos presídios brasileiros. Instituições como o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, o CNJ e as organizações de direitos humanos precisam urgentemente unir forças para executar as medidas estruturais necessárias à melhoria do sistema carcerário.

Evidentemente, a situação atual não se resolverá a curto prazo. Trata-se, como o próprio nome denota, de um problema estrutural, que demanda tempo. Contudo, a superlotação carcerária, os abusos físicos e psicológicos, a corrupção, a falta de condições higiênicas e a ausência de assistência são questões que exigem a adoção de medidas urgentes, porque devolver a dignidade dos presos é medida que se sobrepõe a qualquer delimitação institucional de competência ou regras fixas de legitimidade democrática.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce, *Constitutional Politics/Constitutional Law*. Faculty Scholarship Series. Paper 140, 1989.

_____. *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4-23-51, out/dez, 2006, p. 2. Disponível em <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4 Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: 04. Set. 2019.

ALEXY, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, in: ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

_____. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara, 1993.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Constituição Federal Comentada*. Guilherme Assis de Moraes... [et al.] [organização equipe forense]. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ALVES PINTO, Henrique. A condução de decisões estruturais pelo Código de Processo Civil de 2015. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019.

ANDREWS, Neil. *A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica*, In: Revista de processo, ano 35, n. 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo, v. 225, 2013.

_____. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019.

_____. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. Revista de Processo Comparado, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. *Mendoza, Beatriz Silvya y Otros, C/ Estado Nacional y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños Derivados de La Contaminación Ambiental del Río Matanza - Riachuelo nº M. 1569. XL. ORI.* Buenos Aires, 2008. Disponível em: <<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=647639>> Acesso em: 05 out. 2019.

_____. *Verbitsky, Horacio S/ Habeas Corpus.* Julgado em 03.05.2005. Disponível em: <<http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonomabuenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corpus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-0otseupmocsollaf>>. Acesso em 04. out. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.* Revista diálogo jurídico. vol. 15. jan.-mar.2007.

BARNES, Catherine A. *Journey from Jim Crow: The Desegregation of Southern Transit., New York: Columbia University Press. 1983. p. 313.* Disponível em: <<https://conservancy.umn.edu/handle/11299/164518>> Acesso em: 04 out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática.* Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.* 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos.* RDE. Revista de Direito do Estado, v. 10, p. 25-66, 2008. <Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf>. Acesso em: 09. Out. 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BERGALLO, Paola. *Justice and Experimentalism: The Judiciary's Remedial Function in Public Interest Litigation in Argentina* (January 1, 2015). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Paper 44. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=yls_sela>. Acesso em 12. Abr. 2019.

BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (org.) Por una justicia dialógica: *El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. N. York: Vail-Ballou Press 2d ed. 1986.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODIN, Jean, *Les Six livres de la République* (1593), Livro I, chap. 8. Paris: Fayard, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BORK, Robert H.. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. New York: First Touchstone Edition, 1991.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ativismo Judicial – primeiras aproximações. In: Paulo Gustavo Gonet Branco (Org.). *Ativismo judicial e efetividade de direitos fundamentais*. 1, ed. Brasília: Editora IDP, 2016.

_____. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. *O Supremo Tribunal Federal Brasileiro em 2014. Tendências Jurisprudenciais*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, v. 19, 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Disponível em:<<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701#>>. Acesso em 22. Out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ªTurma. *RE 612.592-AgR/SC*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJe 27.06.14.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Preceito Fundamental n. 347/DF*. Requerente: PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 27 de maio de 2015. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

_____.Supremo Tribunal Federal. *ADI 5170/DF*. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em:<

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4655662>>Acesso em: 07. Ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 143641*, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, publicado em 09-10-2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em 11. Nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3.3388/RR*. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal do Pleno. Disponível em:< <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>>. Acesso em 16. Nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 580.252/MS*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. *DJE* de 16-2-2017, Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623> >Acesso em: 07. Ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 592.581/RS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *DJE* de 1º-2-2016, Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>.>Acesso em: 02. Ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 592.581/RS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *DJE* de 1º-2-2016, Disponível em:< <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302> >Acesso em: 04. Ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 641.320/RS*. Rel. Min. Gilmar Mendes. *DJE* de 15-5-2016, Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>Acesso em: 06. Ago. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª região. *Ação Civil Pública nº 93.8000533-4*. Relator: Des. Federal Maria De Fátima Freitas Labarrère. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=200104010162153&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=1>. Acesso em 14. Nov. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANON, Bradley C. *Defining the Dimensions of judicial Activism*. *Judicature* Vol. 66 n. 6 December-January. Lanham: Lexington Books, 1983.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 9ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Guilherme Augusto Alves. *A aplicabilidade do estado de coisas inconstitucional à ordem jurídica brasileira: entre a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a separação dos poderes*. 2017. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017.

CASTILLO, L. (2005). *Conflictos entre derechos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. *Revista Peruana de Jurisprudencia* (51), 2005, págs. 22-23. Disponível em: <https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1900/Conflictos_derechos_constitucionales_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23. Ago. 2019.

CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 *Harvard Law Review*. 1281 (1976).

CHEMERINSKY, Erwin. *The case against the Supreme Court*. New York: Viking, 2014.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia SU-559 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 10 fev. 2019.

_____. *Sentencia T-025 de 2004*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em 14 fev. 2019.

_____. *Sentencia T-153 de 1998*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em 11 fev. 2019.

COMPSTON, Christine L. *Earl Warren: Justice for all*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

CORTES, O. M. P. *A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo*. Revista de Processo, v. 251, 2016.

COURTIS, Christian, "El caso "Verbitsky": Nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos? In: CELS, *Temas para pensar la crisis: Colapso del Sistema carcelario, Siglo XXI*, Argentina, 2005.

DAHL, Robert. *Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker*. In. Journal of Public Law. Role of The Supreme Court Symposium, n. 1, 1957.

DANTAS, Bruno. *Política, Constituição e a Suprema Corte dos Estados Unidos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/bruno-dantas-politica-constituicao-suprema-corte-eua>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. *Constituição & processo*. 2ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2011.

_____. *Novo direito Constitucional Comparado*. 3ª Edição./Curitiba, Juruá, 2010.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Estado de Coisas Inconstitucional*. In: Estadão em 19.09.2015:<<http://opinio.estado.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em 08.11.2018.

DIAZ, Omar Huertas; CARLI, Ana Alice De; SOARES, Bruno P. *El estado de cosas inconstitucional como un mecanismo de exigibilidad de respeto y garantía de los derechos humanos en Colombia y en Brasil pelo STF*. v.3, n.1. Campo Grande: Revista de Direito da UFMS, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Notas sobre as decisões estruturantes*. Civil Procedure Review, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Normas constitucionais e seus efeitos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *A leitura moral e a premissa majoritária*. In: *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo B. Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Casos Constitucionais. In: Levando os direitos a sério.* 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* São Paulo, Martins Fontes, 1999.

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

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital de Arkansas. 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970) February 18, 1970. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/309/362/2096340/>>. Acesso em: 22.set. 2019.

_____. *Suprema Corte. Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294,1955.* Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/>>. Acesso em 17 jun. 2019.

_____. *Brown vs. Board of Education of Topeka. 347, U.S. 483, 1954.* Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Acesso em 14 jun. 2019.

FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale (2003). Rule of democracy and rule of law. *In: Maravall, José María e Przeworski, Adam (ed.). Democracy and the rule of law;* Cambridge University Press.

FERNANDES. Ricardo Vieira de Carvalho. *Experiências De Ativismo Judicial Na Europa Continental. Revista de informações legislativas.* Brasília: Senado Federal, ano 48, n. 192, out./dez. 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição.* São Paulo: Saraiva, 2004.

FILLIPINI, Leonardo. La ejecución del fallo Verbitsky. Una propuesta metodológica para su evaluación. *In: Leonardo G. Pitlevnik (Org.) Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de la Nación 3.* Buenos Aires: Hammurabi, p. 148-175.

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

_____. "The forms of justice". *Harvard law review*, vol. 93, n. 1, 1979.

_____. To make the Constitution a living truth. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix(Org.). Processos estruturais.* Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. Two models of adjudication. *In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. Teoria geral do processo.* Salvador: JusPodivm, 2007.

FLECHTER, William A. *The Discretionary Constitution : Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*. The Yale law journal, vol. 91, n. 4, Yale, 1982.

FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, José Renato. *O Problema do tempo decisório nas políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, v. 187, p. 21-34, 2010.

FREITAS, Vladimir. *Entenda a Estrutura Judiciária da Itália*. Artigo do site Consultor Jurídico. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2010-mai-23/segunda-leitura-entenda-estrutura-judiciario-italia#top>>. Acesso em: 12. Abr. 2018.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010. Pág. 39. Disponível em:< https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf>. Acesso em: 12. Out. 2019.

_____. *Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America*, Texas Law Review, vol. 89, 2011.

_____. *El activism dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. Revista Argentina de Teoría Jurídica, v. 14, dez./2013, p. 7. Disponível em:<https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10619/RATJ_V14N2_RodriguezGaravito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15. Nov. 2019.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2001.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press. 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã* (Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner). 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JELLINEK, G. *Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi*, trad. ital., Milão, 1912.

JOBIM, Marco Félix. *Brown v. Board of Education: A origem das medidas estruturantes*. In: Janaina Machado Sturza; Nina Tricia Disconzi Rodrigues (org.) *Processo e Constituição: interfaces possíveis*. 1ed. Santa Cruz: Essere nel mundo, 2014, v. 1, p.65-85.

_____. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2013.

_____. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019.

JUNIOR, Dirley da Cunha. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Artigo publicado in: <http://brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 03.11.2018.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. cit., p. 161; SOUTO, João Carlos. Op. cit., p. 124. O voto original: KUTLER, Stanley I. Op. cit., p. 549-552.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KLINKNER, Philip A.; SMITH, Rogers M. *The unsteady march: The rise and decline of racial equality in America*. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

LANDA ARROYO, César. *Dignidad de la Persona Humana*. En: *Cuestiones Constitucionales*. Revista mexicana de Derecho Constitucional. Número 7. México: julio-diciembre, 2002, p. 127.

_____. *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional. La experiencia del Perú*. Revista IPSO JURE Nº. 9. Mayo 2010.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Da judicialização da Política no Brasil após a Constituição de 1988: Linhas gerais sobre o debate*; In: Estudantes Caderno Acadêmico. Edição comemorativa. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria da Constituição*. 2ª ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LONGO FILHO, Fernando José. *A Última Palavra e Diálogo Institucional: Relações com as Teorias Democráticas em Dworkin e Waldron*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58328>>. Acesso em: 20 set. 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2010.

LY, Miguel Enrique Falla; TELLO, Sergio Enrique Zapata. *Estado de Cosas Inconstitucional en el Perú: Análisis jurisprudencial y Derecho Comparado*. IUS Revista de investigación de la Facultad de Derecho, (ene. – jul.), Año 4. nº. 7, 2014.

MAGALHAES, J. L. Q. *O constitucionalismo moderno - origem e crise - reflexões*; Revista Universo Jurídico; 03/04/2007; 2007; 02; 06. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-constitucionalismo-moderno-origem-e-crise-reflex%C3%B5es>>. Acesso em 04. Jul. 2019.

MAQUIAVEL. *O Príncipe*; Comentado por Napoleão Bonaparte. 6. Ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008.

MARMELSTEIN, George. *O estado de coisas inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? Direitos Fundamentais*, 2 out. 2015. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apanas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 8 Set. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Instituto Brasiliense de Direito Público. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98421&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

_____. *O apelo ao legislador – na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 29, n. 114, abr./jun. 1992.

_____. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. In: Revista Diálogos Jurídicos. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2003;200625765>>. Acesso em 20. Jan. 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PASQUALOTTO, Victória Franco. O Processo Civil entre litígios tradicionais e litígios multipolares complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019.

PAVLOVSKY, Fernando Awensztern. *O funcionamento do Judiciário no Reino Unido*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51162/o-funcionamento-do-judiciario-no-reino-unido>>. Acesso em: mai. 2018.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal* Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2017.

PERU. Tribunal Constitucional Da República do Peru. *Proceso nº 03148-2004-AC/TC de 2005*. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03149-2004-AC.pdf>>. Acesso em 12. Set. 2019.

_____. *Proceso nº 03121-2013-PA/TC de 2014*. Disponível em: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03121-2013-AA.pdf>>. Acesso: 13. Set. 2019.

_____. *Proceso nº 00017-2008-PI/TC de 2010*. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00017-2008-AI.html>>. Acesso em 13. Set. 2019.

_____. *Proceso nº 03426-2008-PHC/TC de 2010*. Disponível em: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html>>. Acesso em 13. Set. 2019.

_____. *Proceso nº 2579-2003-H de 2004*. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>>. Acesso em: 13. Set. 2019.

PILDES, Richard H.. *Is the Supreme Court a “Majoritarian” Institution?* In New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 251, 2011.

PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown v, Board of education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019.

_____. *La realización de derechos en casos estructurales: Las causas ‘Verbitsky’ y ‘Mendoza’*. Borrador 5 de Mayo. Faculdade de direito da Universidade de Palermo, 2008. Disponível em: <<https://www.palermo.edu/derecho/noticias/pdf/Realizacion%20de%20derechos%20-Mayo-2.pdf>>. Acesso em 22. Set. 2019.

_____. *Litigio Estructural*. Tese de Doutorado. 329 p. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAQUEL CÁRDENAS, Bianca. *Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

REFOSCO, Helena Campos; GOUVÊA, Carlos Portugal. Ação coletiva e acesso à justiça: uma análise da reforma do judiciário à luz de estudos de caso. 2017. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

ROBL FILHO, I. N. *Autogoverno e autolegislação dos estados-membros na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: ações diretas de inconstitucionalidade e art. 25 da Constituição Federal Brasileira*. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 181-202, jan./jun. 2016.

_____. MARRAFON, M. A. Paradoxos da Hipermodernidade: Reflexões sobre a Análise Econômica do Direito, os Direitos Fundamentais e o Papel da Jurisdição Constitucional no Brasil à Luz da Filosofia de Gilles Lipovetsky.. In: Julio Cesar Marcelino Junior, Julio Keller do Vale, Sergio Ricardo Fernandes de Aquino.. (Org.). *Direitos Fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempos de crise..* 1ed. Florianópolis: Conceito, 2010, v. 1, p. 265-285.

_____. SARLET, I. W. . *ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COM DESTAQUE PARA O PROBLEMA DA SUA COLISÃO COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS, EM ESPECIAL, COM OS DIREITOS DE PERSONALIDADE*. Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 8, p. 112-142, 2016.

_____. *Accountability e independência judiciais: o desenho institucional do Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no estado democrático de direito brasileiro*. Tese de Doutorado, Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo – SP: Editora Martin Claret, 2003.

SANTIAGO, Alfonso. *El Alcance del Control Judicial de Razonabilidad de las Políticas Públicas – perspectivas argentina y comparada*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. n.20. Bogotá: Konrad Adenaur Stiftung, 2014. p.6. Disponível em:< http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r22_trabajo-1.pdf>. Acesso em 12. Ago. 2019.

SARAIVA, Carolina Barros. *Condução Dialógica dos Processos Estruturais no Supremo Tribunal Federal*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>>. Acesso em: 12. Nov. 2019.

SCHLEDER, A. F. P. ; ROBL FILHO, I. N. . Teoria da Constituição, Jurisdição Constitucional e Democracia: uma Análise das Camadas Clássica (SCHMITT) e Pós-Clássica (LOEWENSTEIN) no Direito Constitucional. *In*: SCHLEDER, A. F. P. ; ROBL FILHO, I. N. . (Org.). *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Itajaí: Univali, 2016, v. 1, p. 9-40.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; Sarmento, DANIEL. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

SOUZA, Felipe Oliveira de. *Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de derecho en Robert Alexy*. *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, n. 88, p. 101-135, 2010. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones--y-ensayos-88-paginas-101-135.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

STRECK, L. L. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. *Conjur*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 18. Abr. 2018.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. *The Georgetown Law Journal*, v. 79, p. 1.355-1.446, 1991.

TANEY, Roger B.; Cornell University. *Dred Scott v. Sandford - 60 U.S. 393. Opinion of the Court - Supreme Court of the United States*. Law School: Legal Information Institute. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/60/393>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. 24ª Ed. 4ª triagem. Revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2014.

TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019.

TUSHNET, Mark. *Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century*. Nujs law review. June, 2011.

_____. *Responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement*. Harvard international law journal. April, 2012, vol. 53, pág.161. Disponível em: <https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf>. Acesso em: 28. jul. 2019.

UPRIMNY, Rodrigo e VILLEGAS, Mauricio García. Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. Boaventura Santos y Mauricio García (Org.). *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá: Editora Norma, 2004.

VERBIC, Francisco. “El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación”. Revista ANALES nº 43. Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la UNLO, 2013.

_____. Ejecución de sentenças em litígios de reforma estrutural em la República Argentina. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese de Doutorado, São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2013.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco FÉLIX (comp.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodvum, 2019.

_____. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. In: *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. *The core of the case against judicial review*, 115 Yale L.J, 2006.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles School Case. *UCLA Law Review*, vol. 25, 1997, p. 244-260.

ZANETTI JR. Hermes. *Processo coletivo no Brasil: sucesso ou decepção? Coletivização e Unidade do Direito*. Org. Luís Alberto Reichelt e MARCO Félix Jobim. Londrina, PR: Thoth, 2019.