

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**TIAGO MAGALHÃES COSTA**

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL:  
ORIGEM NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS ESTRANGEIROS E  
DESENVOLVIMENTO NO BRASIL**

**BRASÍLIA - DF**

**2022**

TIAGO MAGALHÃES COSTA

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL:  
ORIGEM NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS ESTRANGEIROS E  
DESENVOLVIMENTO NO BRASIL**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Osmar Mendes Paixão Côrtes, apresentada ao Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

**BRASÍLIA - DF**

**2022**

TIAGO MAGALHÃES COSTA

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL:  
ORIGEM NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS ESTRANGEIROS E  
DESENVOLVIMENTO NO BRASIL**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Osmar Mendes Paixão Côrtes, apresentada ao Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

Data da defesa: 20 de maio de 2022.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Osmar Mendes Paixão Côrtes**  
**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**  
**Orientador**

---

**Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier**  
**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**

---

**Prof. Dr. Clodoaldo Moreira dos Santos Junior**  
**Universidade Federal de Goiás – UFG**

Aos meus pais, Venêisia e Obedes, por sempre  
me apoiarem em toda minha trajetória  
profissional e pessoal.

À minha amada esposa, Tatyana e à minha filha,  
Isabel, por todo amor, incentivo, apoio e  
compreensão.

Nada disso teria sentido se vocês não se  
fizessem presentes em minha vida.

## AGRADECIMENTOS

Estudar, em qualquer etapa da vida, como regra geral não é uma tarefa fácil, contudo é uma atividade prazerosa, que traz imensa satisfação e elementos para o crescimento pessoal, técnico e profissional.

Ingressar no mestrado, acompanhar as aulas e realizar as atividades propostas em meio à rotina de trabalho e das exigências da vida pessoal, demandou grande esforço e muitas renúncias.

Essa trajetória de estudos e pesquisas, desenvolvida durante a elaboração da dissertação, foi permeada por inúmeras incertezas, alegrias e tristezas; percalços comuns a qualquer atividade nova e que é efetivada com responsabilidade e dedicação.

Nesses momentos, de altos e baixos, sempre contei com muita ajuda.

De forma que o caminhar trilhado só foi possível com o apoio, dedicação e força de várias pessoas, em especial a do meu orientador, Professor Doutor Osmar Mendes Paixão Côrtes, que acreditou no projeto e me forneceu o subsídio necessário para sua evolução e conclusão.

Assim, agradeço imensamente a orientação exemplar, de elevado e rigoroso nível científico, visão crítica e técnica, pelo empenho e exigências realizadas, o que contribuiu para o aprimoramento e evolução do trabalho desenvolvido.

À minha amada esposa, Professora Doutora Tatyana Xavier Almeida Matteucci Ferreira, que além de me apoiar no aspecto pessoal, também dedicou parte de seu tempo, de sua vida, para me ajudar com as questões estruturais da pesquisa e da redação da dissertação. Sem você, este trabalho não seria possível.

Sem os amigos, a vida não faria sentido e, neste contexto de estudos e pesquisas, agradeço imensamente a meu irmão de vida, Professor Doutor Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior, que sempre me incentivou a estudar e trilhar os caminhos da docência, além de muito me auxiliar com os estudos no ramo do Direito Constitucional e na elaboração dessa dissertação.

Por fim, agradeço toda a minha família, a minha filha Isabel, minha mãe, bem como, a todos aqueles que, de forma direta ou indireta, colaboraram para a concretização deste trabalho.

## RESUMO

A dissertação aborda, em primeiro plano, a técnica decisória, conhecida como declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, apresentando os processos estruturais e lides estruturais, surgidas nos Estados Unidos da América como embrião do fenômeno observado em diversos países. Na produção textual, empregou-se o método dedutivo, por meio de pesquisas bibliográficas, com análises doutrinárias, livros, artigos científicos publicados em bibliotecas virtuais. Objetiva-se traçar um paralelo entre o uso da técnica decisória e o ativismo judicial, expondo como o Estado Democrático de Direito está a todo momento sendo testado, no que diz respeito à separação dos poderes, como se dá a harmonia entre eles e a possibilidade de um movimento de ruptura com a ordem instituída, que pode ser fomentada pela declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Demonstra como o constitucionalismo influenciou na limitação dos poderes constituídos, no surgimento dos Direitos Fundamentais e como esses influenciaram nos procedimentos que visam à declaração de inconstitucionalidade de uma norma ou ato normativo, até chegar na mutação constitucional observada na ordem jurídica colombiana, a qual deixou de declarar a inconstitucionalidade de uma norma ou ato normativo para reconhecer a inconstitucionalidade de uma estrutura estatal burocratizada, dando origem ao Estado de Coisas Inconstitucional. E, também, apresenta a chegada da técnica decisória no Brasil, sua evolução no direito pátrio e seu momento de maturação atual. A conclusão induz à compreensão de que, no Brasil, o referido instituto ainda está em sua fase preliminar de desenvolvimento, carecendo de maior maturidade para que a jurisprudência, em conjunto com a doutrina balizadora, possa traçar seus contornos precisos em território nacional

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; constitucionalismo; separação dos poderes; Estado de Coisas Inconstitucional; mutação constitucional; ativismo judicial.

## ABSTRACT

The dissertation approaches, in the foreground, the decision-making technique, known as declaration of the Unconstitutional State of Things, presenting the structural processes and structural disputes, which emerged in the United States of America as an embryo of the phenomenon observed in several countries. In the textual production, the deductive method was used, through bibliographic research, with doctrinal analyses, books, scientific articles published in virtual libraries. The objective is to draw a parallel between the use of decision-making technique and judicial activism, exposing how the Democratic State of Law is being tested at all times, with regard to the separation of powers, how the harmony between them occurs and the possibility of a movement to break with the established order, which can be fostered by the declaration of the Unconstitutional State of Things. It demonstrates how constitutionalism influenced the limitation of constituted powers, the emergence of Fundamental Rights and how these influenced the procedures aimed at declaring a norm or normative act unconstitutional, until reaching the constitutional mutation observed in the Colombian legal order, which ceased to be declare the unconstitutionality of a rule or normative act to recognize the unconstitutionality of a bureaucratized state structure, giving rise to the Unconstitutional State of Things. It also presents the arrival of the decision-making technique in Brazil, its evolution in national law and its current maturation moment. The conclusion leads to the understanding that, in Brazil, the aforementioned institute is still in its preliminary stage of development, lacking greater maturity so that the jurisprudence, together with the guiding doctrine, can trace its precise contours in the national territory.

**Keywords:** Fundamental Rights; constitutionalism; separation of powers; Unconstitutional State of Things; constitutional mutation; judicial activism.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgR/CE	Agravo Regimental em Recurso/Ceará
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ABEN	Associação Brasileira de Enfermagem
ABONG	Associação Brasileira de Organizações não Governamentais
ABRASCO	Associação Brasileira de Saúde Coletiva
CEBES	Centro Brasileiro de Estudos de Saúde
CNM/CUT	Confederação Nacional dos Metalúrgicos da CUT
CNTE	Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
CNTSS/CUT	Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social da CUT
CONATRAN	Confederação Nacional dos Trabalhadores Públicos Municipais
CONTRACS/CUT	Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio e Serviços da CUT
CPC	Código de Processo Civil
CTB	Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil
CUT	Central Única dos Trabalhadores
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
EUA	Estados Unidos da América
FENAFAR	Federação Nacional dos Farmacêuticos
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
IDP	Instituto Brasiliense de Direito Público
MORHAN	Movimento de Reintegração das Pessoas Atingidas Pela Hanseníase
NAACP	<i>National Association for the Advancement of Colored People</i>
NCST	Nova Central Sindical dos Trabalhadores
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UERJ	Universidade Estadual do Rio de Janeiro
UFG	Universidade Federal de Goiás
UGT	União Geral dos Trabalhadores
UNASUS SINDICAL	Sindicato dos Servidores do Sistema Nacional de Auditoria do Sus

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 PROCESSOS ESTRUTURAIS .....</b>	<b>13</b>
1.1 ORIGEM .....	16
1.2 DEFINIÇÃO.....	24
1.3 CARACTERÍSTICAS.....	26
1.4 RELAÇÃO COM O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL .....	30
1.5 ATIVISMO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO ESTRUTURAL .....	37
<b>2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....</b>	<b>42</b>
2.1 ORIGEM .....	43
2.1.1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA COLÔMBIA.....	46
2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS .....	53
2.3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO ESTRANGEIRO .....	55
<b>3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL.....</b>	<b>58</b>
3.1 ORIGEM .....	61
3.2 DESENVOLVIMENTO.....	70
3.3 SITUAÇÃO ATUAL DO INSTITUTO.....	72
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>76</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>78</b>

## INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais entendidos como limitadores da atuação estatal, inseridos no contexto do constitucionalismo, são de extrema importância enquanto elementos que moldam a estruturação da grande maioria dos estados contemporâneos, afastando os governantes do exercício ilimitado e arbitrário do poder.

Na evolução dos Direitos Fundamentais, iniciando-se com a delimitação e redução do poder dos monarcas, período no qual se observa forte influência da religião sobre as estruturas estatais, marcadas pelos estados teocráticos, o constitucionalismo apresentava, como uma de suas características, a defesa da existência de um conjunto de princípios que garantiam a existência de direitos mínimos perante ao soberano, segundo Marcelo Novelino (2009).

Nesse contexto, observando-se os Direitos Fundamentais ao longo da história, bem como a evolução do movimento constitucionalista, constata-se duas grandezas inversamente proporcionais, sendo essas o exercício ilimitado do poder estatal e o fortalecimento das prerrogativas fundamentais asseguradas a toda e qualquer pessoa pelo simples fato de existir, de ser dotada de dignidade e possuir direitos mínimos frente a seus pares e ao estado em que se encontra inserida.

Assim, como consequência da evolução da limitação do poder estatal, da migração do direito consuetudinário, não escrito, para as regras escritas, os Direitos Fundamentais passaram a permear tais normativas, inserindo-se de forma definitiva nas regras inaugurais das ordens estatais, como resultado da crescente influência do constitucionalismo.

Não é exagerado afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido nos Direitos Fundamentais, forjou a ordem constitucional das grandes democracias de nosso período histórico.

A separação dos poderes em executivo, legislativo e judiciário, enquanto elemento limitador de poder e ponto de equilíbrio entre as estruturas estatais, é de suma importância, tendo tal teoria origem nos estudos de Aristóteles, especificamente em sua obra Política, que posteriormente serviu de sustentáculo para Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau desenvolverem suas próprias teorias sobre o tema, conforme dispõe Pedro Lenza (2021).

Nesse contexto, o poder constituinte originário, assim como o derivado com suas limitações características, definem os rumos a serem seguidos pelos administrados e pelos administradores, ou seja, dão origem às políticas públicas, assim como definem como elas

devem se desenvolver e serem efetivadas no meio social, servindo de guia para a conduta dos governantes e dos cidadãos, ambos sujeitos a ordem instituída na norma inaugural do estado.

Trata-se, em suma, da criação integral de uma estrutura estatal para implementação de uma política basilar, que se posiciona enquanto fundamento do estado, como regra, abordando os Direitos Fundamentais em suas diversas dimensões, abarcando desde os individuais até os transindividuais.

O fato dos Direitos Fundamentais apresentarem papel de destaque em diversas constituições, encontrando-se muitas vezes expressamente descritos, não os tornam necessariamente efetivos, autoaplicáveis; sendo que os cidadãos não os observam em sua plenitude, requerendo intervenção do próprio estado para que eles possam se tornar realidade.

No Brasil, em conformidade com os autores Tiago Magalhães Costa e Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior (2021)<sup>1</sup>, infere-se considerável distanciamento entre o que é previsto no Título II de nossa Constituição Federal, tratando “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e o que se constata no meio social quanto à sua materialização. As inúmeras lesões aos Direitos Fundamentais geram incontáveis conflitos, geralmente envolvendo o Estado e os cidadãos.

Em verdade, o que se deduz é que, diante das omissões dos Poderes Executivo, Legislativo e do Judiciário, na efetivação dos Direitos Fundamentais, o próprio Judiciário é motivado para que intervenha, determinando a adoção de medidas necessárias a efetivação de tais direitos. E, por fim, deduz-se que as violações aos Direitos Fundamentais citadas não são casos isolados, como regra são omissões recorrentes dos poderes e que resultam em consequências nefastas à sociedade, bem como dão origem a milhares de demandas, sobrecarregando o Poder Judiciário.

Em tal cenário, em âmbito mundial, os estados buscaram meios para solucionar tais conflitos, tanto políticos como jurídicos, sendo que o Brasil adotou a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), enquanto técnica decisória em situações extremas.

Para compreensão do instituto, este trabalho partirá do surgimento das lides estruturais nos Estados Unidos, abordando os casos *Plessy vs Ferguson* e *Brown v. Board of Education*, passando pela experiência colombiana no trato com os Direitos Fundamentais, berço da técnica nos termos em que é empregada no Brasil e em outros países na atualidade.

---

<sup>1</sup> *In: O Estado de Coisas Inconstitucional no Direito Pátrio*. Artigo produzido pelo autor deste estudo, em coautoria com Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior (2021). Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/332529/o-estado-de-coisas-inconstitucional-no-direito-patrio>. Acesso em: 4 dez. 2021.

Em solo nacional, o Estado de Coisas Inconstitucional será tratado quanto à sua origem, abordando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), bem como o desenvolvimento do instituto até atingir seu estado atual de maturação.

A questão da saúde no Brasil, em relação à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, também será objeto de estudo com a declaração da existência de inconstitucionalidade em relação a política de combate a pandemia causada pelo coronavírus (ADPF 822).

Desse modo, com a introdução do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema jurídico brasileiro, observando-se a amplitude das medidas que devem ser adotadas para efetivação dos Direitos Fundamentais no caso concreto, envolvendo os três poderes, incluindo atos de gestão e legislativos, é prudente a análise da competência do Poder Judiciário, de seus limites, para determinar e fazer cumprir suas decisões frente a tal realidade.

Na visão de Costa e Santos Júnior (2021), o instituto em estudo muito se assemelha ao movimento denominado ativismo judicial, trazendo os mesmos questionamentos quanto a sua viabilidade jurídica. Por fim, os mesmos autores fazem a seguinte reflexão acerca do ativismo em sua relação com o ECI:

Com o ativismo judicial os juízos e tribunais, órgãos técnicos, passam a exercer atividades atípicas da jurisdição, e, em uma análise mais ampla, atuam como entes políticos, visto que suas decisões interferem em questões econômicas e sociais que, muitas vezes, encontram no Poder Judiciário a definição de vários institutos e condutas válidas, o que, em tese, caberia exclusivamente ao Poder Executivo ou Legislativo. Muito se questiona acerca da legitimidade da função jurisdicional para exercer tal atividade, pois não possuem a chancela da vontade popular, não tendo representantes eleitos pelo povo. Faz-se necessário registrar, que Poder Judiciário, para efetivar os Direitos Fundamentais, irá coordenar os demais poderes, fiscalizar, e determinar condutas para fazer cessar a lesão ou implementar uma determinada política. Assim, o Estado de Coisas Inconstitucional, como mais uma nuance do ativismo judicial, suscita os mesmos questionamentos, aprofundados pela possibilidade real de lesão a competência típica de cada um dos poderes através de decisões emanadas do judiciário, visto que essa buscará a reestruturação de uma política pública, estatal, de forma ampla (COSTA; SANTOS JÚNIOR, 2021, p.3).

Nesse contexto, depreende-se dos julgados em nosso país que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil surgiu com a decisão proferida na ADF 347, e que ainda se encontra em pleno desenvolvimento, necessitando de muitos contornos para ser firmado no direito pátrio.

Observando-se o objeto de estudo, sendo esse uma técnica de julgamento, será efetivada uma pesquisa bibliográfica, pautada em doutrinas, julgados e documentos oficiais sobre o tema, tendo por finalidade a compreensão ampla da declaração de existência do Estado de Coisas

Inconstitucional, bem como explicar possíveis controvérsias sobre ele no Brasil. Assim, realizar-se-á uma pesquisa qualitativa, abordando aspectos subjetivos do fenômeno social no presente momento de seu desenvolvimento.

Ter-se-á por objetivo principal determinar como a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional foi inserida no sistema jurídico brasileiro, aferindo seu estágio atual de desenvolvimento. Como desdobramento deste, alia-se a pretensão de conhecer e comparar o elemento motivacional para efetivação do Estado de Coisas Inconstitucional em seu país de origem e no Brasil, bem como apontar, no sistema jurídico brasileiro, os instrumentos processuais capazes de efetivar o Estado de Coisas Inconstitucional.

A dissertação estrutura-se em introdução, desenvolvimento e conclusão. A introdução apresenta uma breve síntese a respeito da produção textual. O desenvolvimento corresponde a três seções.

A primeira seção aborda as concepções de processos estruturais, em sua origem, definição e características, bem como sua relação com o Estado de Coisas Institucional e o ativismo judicial.

A origem do Estado de Coisas Institucional na Colômbia e suas principais características compõem os estudos da segunda seção. A litigância estrutural, na qual se insere a técnica decisória deste instituto, disseminou-se pelo mundo, razão que justifica, na mesma seção, um enfoque no Direito Estrangeiro.

Ao trazer o foco do Estado de Coisas Inconstitucional no cenário brasileiro para a seção 3, buscar-se-á aprofundar conhecimentos acerca de suas origens e desenvolvimento no país e, principalmente, a sua atual situação no contexto jurídico nacional.

A conclusão refere-se às considerações finais a respeito do tema em pesquisa, apresentando em sequência as referências que deram sustentação para a produção da presente dissertação.

## 1 PROCESSOS ESTRUTURAIS

O Estado de Coisas Inconstitucional, enquanto técnica decisória, reconhecido em diversos países, surge no seio das lides estruturais, em meio aos processos estruturantes, também denominados de estruturais. Frente a esta realidade, faz-se necessário o conhecimento preliminar da lide estrutural, ou estruturante, e de seu peculiar processo, o que se observará neste capítulo.

Os conflitos de interesses surgidos no meio social, em sua maioria, requerem a adoção de soluções envolvendo somente as partes interessadas, visto que versam sobre direitos individuais.

Assim, em regra, a decisão sobre uma pretensão resistida, de uma lide, produz efeitos somente *Inter partes*, não necessitando que terceiros realizem qualquer atividade ou se abstenham de fazer, para que o direito resguardado na manifestação de mérito seja implementado, observando-se sua efetivação no meio social.

Nessa perspectiva constata-se que, preponderantemente, não há interesse público, coletivo, envolvido nas pretensões acerca de direitos individuais, inferindo-se a prevalência do direito privado.

Nesse processo, que pode ser descrito como tradicional em relação ao estrutural, a demanda é bipolar, sendo a pretensão resistida estruturada entre dois indivíduos ou, ainda, entre dois interesses distintos, diametralmente opostos, onde a lide será decidida na perspectiva da existência de um ganhador e um perdedor.

O procedimento desenvolve-se por impulso oficial, entretanto o juízo é inerte, cabendo as partes envolvidas adotar todas as medidas cabíveis para que o feito progrida e atinja seu fim, qual seja, a entrega da prestação jurisdicional com a solução da controvérsia apresentada ao Estado-juiz.

Logo, os ocupantes do polo ativo e passivo da demanda, ao longo do processo de rito comum, passam por diversas etapas do procedimento, apresentando duas muito bem definidas: conhecimento e cumprimento da decisão de mérito; tratando-se de um processo sincrético, o qual permite que a declaração e a satisfação do direito material ocorram em uma única relação jurídico-processual, retratando o clássico exercício de jurisdição pelo Estado.

Luiz Fux, em sua obra “Processo Civil Contemporâneo”, quanto à jurisdição assevera:

O Estado, como garantidor da paz social, avocou como uma de suas funções típicas a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem típica, limitado o âmbito da autotutela. Conseqüentemente, dotou um de seus três Poderes (o Judiciário) da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do Direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto. A supremacia dessa solução revelou-se pelo fato incontestável de ela provir da autoridade estatal, cuja palavra, além de coativa, torna-se a última manifestação do Estado soberano acerca da controvérsia, de tal sorte que os jurisdicionados devem-na respeito absoluto, porque haurida de um trabalho de reconstituição dos antecedentes do litígio, com a participação dos interessados, cercados isonomicamente de diversas garantias. Essa função denomina-se jurisdicional, distinguindo-se das demais soluções do Estado pela sua imodificabilidade por qualquer outro poder, por adquirir o que se denomina em sede anglo-saxônica de “*final enforcing power*”, consubstanciado no que denominamos “coisa-julgada” (FUX, 2019, p. 23).

O mesmo autor, em outro enfoque sobre o tema, na mesma obra, descreve como o Poder Judiciário atua na entrega da Prestação Jurisdicional:

O exercício da jurisdição, poder estatal atribuído de forma típica ao Poder Judiciário, tem por objetivo principal a criação e a aplicação da norma jurídica ao caso concreto, até que se chegue à satisfação real do direito afirmado. E o processo é instrumento pelo qual se realizam esses objetivos: de início, de forma cognitiva (processo de conhecimento); depois, de forma satisfativa (procedimentos de caráter executivo). Com efeito, o processo, como instrumento de realização de justiça, destina-se à realização de uma pretensão justa e resistida, passível de ser resolvida no âmbito da definição de direitos, bem como na hipótese de à satisfação de um direito já definido, a merecer pronta realização. No primeiro caso, a definição judicial é exteriorizada por meio da tutela jurisdicional de cognição, que consiste basicamente no conhecimento dos fatos e na aplicação soberana da norma jurídica adequada ao caso concreto. Na segunda hipótese, o direito já se encontra definido e à espera de sua realização pelo obrigado, caso em que a forma de tutela não é mais de simples cognição, senão de “realização prática do direito” via órgãos judiciais. Assim, da mesma forma como o Estado-juiz define a situação litigiosa com ou sem a colaboração direta das partes, também satisfaz o direito, independentemente da cooperação ou do cumprimento voluntário da obrigação (FUX, 2019, p. 01).

A compreensão da lide estrutural, do processo estrutural, passa pelo entendimento do modelo tradicional do instituto, apresentado em singelas linhas até o presente momento, visto que possui pequenos pontos de contato, em comum, e diversos que são diametralmente opostos.

Os conflitos estruturais, conforme se verá adiante, têm sua origem e ponto de partida para seu estudo sistematizado em algumas discussões surgidas na década de 1950, nos Estados Unidos da América (EUA), que foram levadas ao conhecimento do judiciário, tendo como precursor o caso *Brown v. Board of Education*.

Nesse tipo de litígio, existem diversos feixes de conflitos, marcados pela complexidade e pela multipolaridade, envolvendo Direitos Fundamentais que, como regra, não podem ser exercidos pelos administrados, cidadãos, em decorrência da conduta estatal positiva ou

negativa. Em tal contexto, Ada Pellegrini Grinover argumenta que tais conflitos, os estruturais, pertencem a uma categoria diferenciada:

Conflitos de interesse público ou estratégico são os que surgem na sociedade em função da impossibilidade ou dificuldade de fruição de direitos fundamentais sociais, de natureza prestacional. Envolvem eles a atuação do Estado, obrigado a prestações positivas, nem sempre cumpridas ou indevidamente cumpridas. Trata-se de conflitos com o próprio Estado, grandes instituições ou serviços públicos – como sistemas escolares, estabelecimentos carcerários, instituições e organismos destinados à saúde pública, acesso ao transporte, moradia, saneamento, mobilidade urbana. Derivam daí os litígios de interesse público, desenvolvidos a partir da década dos anos 50 do século passado no direito norte-americano (GRINOVER, 2016, p. 48).

Na lide estrutural, constata-se uma deficiência estatal em sua estrutura, de forma que os Direitos Fundamentais, constitucionalmente assegurados, não podem ser plenamente exercidos. Assim, o proferimento de uma decisão judicial em lide de natureza estrutural deve promover a reorganização de estruturas estatais constituídas, em regra, permeadas pela burocracia e práticas consolidadas pelo tempo, as quais são violadoras das prerrogativas básicas de uma coletividade.

Segundo dispõe Costa e Santos Júnior (2021), na prática, visualiza-se a jurisdição funcionando como um instrumento que possibilita, através de determinações e fiscalização, a adequada atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e do próprio Judiciário, no que diz respeito à concretização dos Direitos Fundamentais e da implementação de uma política pública.

Frente a tais características, Alexandre Vitorino Silva, informa que:

[...] o procedimento na litigância estrutural só é reconhecido como um processo judicial porque ele ocorre em um tribunal, perante um magistrado que integra, formalmente, o Poder Judiciário, e porque sua causa é uma violação a um direito assegurado pela Constituição (e, excepcionalmente, pela legislação ordinária). Todavia, as regras que formatam a participação de interessados de forma abrangente, a mutabilidade da solução e o apelo a especialistas muito aproximam o procedimento de uma espécie de microassembleia legislativa para cuidar de uma política pública específica (ou, melhor dizendo, reformá-la). E, consoante se percebe logo à primeira vista, não parece nada fácil conciliar as funções que o juiz exerce nesse tipo de demanda com o esquema de separação dos poderes, ao menos na forma mais ortodoxa preconizada pela doutrina constitucional departamentalista. Afinal, o juiz, na litigância estrutural, vale-se de poderes coercitivos para tentar persuadir autoridades eleitas (por meio de força, se necessário), a modificar uma política pública vista como ineficiente e violadora de direitos constitucionais (ou estatutários), e ainda estabelecer uma supervisão sobre o cumprimento de suas determinações por tempo definido, rompendo, portanto com a lógica preclusiva dos provimentos, em autêntico reconhecimento de espécie de relação de direito material de trato continuado que requer mais do que execução, mas verdadeiro exercício de coadministração judicial (SILVA, 2020, p. 63).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Camila Perez Yeda Moreira dos Santos tece o seguinte comentário acerca do processo estruturante:

O processo estrutural surge com um modelo processual para a resolução de litígios estruturais que demandem a reestruturação de um ente, um sistema ou uma organização, envolvendo a sociedade e o Estado para que sejam cumpridos os mandamentos previstos no texto constitucional. O litígio em questão não exige apenas uma simples decisão de condenação de pagamento de quantia certa ou de obrigação de fazer ou não fazer, mas uma série de comandos que reorganizem um sistema, também relacionado a políticas públicas, como a educacional, de saúde, ou carcerário, por exemplo (SANTOS, 2021, p. 57).

Desse modo, quando comparada com a lide tradicional, constata-se a complexidade da lide estrutural, bem como a dificuldade, em âmbito procedimental, de implementar as decisões judiciais sem que haja interferência indevida, de um poder em outro, no que diz respeito a suas competências típicas.

## 1.1 ORIGEM

A primeira demanda entendida como estrutural remonta à década de 1950 nos Estados Unidos da América, sobretudo, à decisão de *Brown v. Board of Education*, que consagrou o período histórico comumente denominado “*civil rights*”, segundo informa Bruno de Lima Picoli (2018).

Ao analisar tal processo, Vitorino Silva expõe a seguinte consideração sobre o surgimento do processo estrutural:

Nos EUA, a litigância estrutural desenvolveu-se por meio de criação jurisprudencial, no melhor estilo fiel à tradição da *common law*, muito antes de vir a ser objeto das primeiras formulações legislativas (como *Prison Litigation Reform Act*) e teóricas por fontes secundárias de direito (doutrina) (SILVA, 2020, p. 64).

O processo estrutural, em sua gênese, surge da superação da separação que existia entre negros e brancos nos Estados Unidos, observada por décadas após a abolição da escravidão no país. Nesse contexto, faz-se necessário entender tal processo histórico.

Em 1º de janeiro de 1863, entrou em vigor nos EUA o Ato de Emancipação assinado pelo presidente Abraham Lincoln, tratando-se da décima terceira emenda à constituição americana de 1787.

O ponto central dessa disposição constitucional foi a libertação de cerca de 4 milhões de escravos, contudo, apesar da abolição da escravidão, mesmo após um século, os negros continuavam segregados dos brancos, em seus redutos.

A décima quarta emenda à constituição americana, de 9 de julho de 1868, trouxe a proteção das leis estaduais que possibilitavam a segregação racial, especificamente no que diz respeito aos locais frequentados por brancos e negros; sobre o tema, Vitorino Silva expõe que:

[...] a Décima Quarta Emenda à Constituição Americana, apesar de instituir a famosa cláusula de igual proteção das leis, permitia a segregação racial espacial, por meio de tese jurisprudencial que ficou conhecida como a doutrina dos separados, mas iguais (SILVA, 2020, p. 71).

Ou seja, a igualdade entre brancos e negros era apenas formal, adotando-se a política dos “separados, mais iguais”, sendo tal entendimento que vigorava nos anos de 1950 e 1960 nos Estados Unidos, momento histórico que tal paradigma começou a ser superado. Sobre tal situação, de segregação racial, Moreira dos Santos relata:

Na década de 60, vigia nos Estados Unidos a doutrina do *separate but equal* (em tradução livre, “separados, mas iguais”). Essa segregação racial foi declarada constitucional no caso *Plessy v. Ferguson*. Assim, a própria Suprema Corte chancelava referida posição que permaneceu por muito tempo, permitindo a segregação em praticamente todos os serviços públicos. No entanto, o dinheiro investido para cada grupo era diferenciado, de modo que os serviços públicos oferecidos para os negros não eram de qualidade igual em relação aos prestados aos brancos. Assim, “não era possível estar em situação de igualdade, mas ao mesmo tempo separados” (SANTOS, 2021, p. 54).

No momento do caso *Plessy v. Ferguson*, em 1896, consoante Lívia Mayer Totola Britto e Tatiana Mascarenhas Karninke (2019), encontrava-se em vigor, no Estado da Louisiana, uma norma determinando que as companhias ferroviárias, no transporte de passageiros, deveriam providenciar acomodações iguais para brancos e negros, mas em espaços físicos diferentes, determinados pela cor da pele (*Louisiana’s Separate Car Act*).

Um jovem mestiço de vinte anos, Homer Plessy, no estado onde a lei em comento encontrava-se em vigor, ingressou em um dos vagões do trem destinados a passageiros exclusivamente brancos, geridos pela empresa Ferguson, sabendo que a penalidade pela conduta ilícita seria pagar US\$ 25 ou permanecer 20 dias preso.

Diante da fiscalização, o jovem foi apanhado, sendo-lhe conferida a chance de seguir viagem no vagão de passageiros negros, o que não foi aceito por ele, dando ensejo a sua prisão.

Em seu julgamento, *Plessy*, se declarou negro, bem como a norma questionada foi declarada constitucional pela Suprema Corte americana, enraizando na jurisprudência o precedente *separate but equal*, “separados, mas iguais”, o que repercutiu em todos os setores da sociedade americana, reafirmando a existência e legalidade de separação de espaços frequentados por brancos e negros.

O *leading case*, *Brown v. Board of Education*, iniciou-se de uma discussão acerca da possibilidade de uma criança negra estudar em uma instituição exclusiva para brancos, segundo dispõem Melina Girardi Fachin e Caio Bueno Schinemann:

Oliver Brown, em 1951, tentou matricular a sua filha, Linda Brown, em uma escola próxima à sua residência, em Topeka, cidade do Estado do Kansas, nos Estados Unidos e teve o pedido rejeitado, pois ambos eram negros e a escola em questão aceitava apenas crianças brancas (FACHIN; SCHINEMANN, 2018, p. 10).

A garota Linda Brown, para ter acesso a uma escola exclusiva para negros, em virtude de onde morava, teria que atravessar boa parte da cidade, entretanto, a instituição de ensino que atendia somente brancos, estava próxima de sua residência.

Visando modificar essa realidade histórica de desigualdade, buscando que uma criança negra pudesse estudar em uma escola para brancos, o caso Linda Brown teve início, Henrique Alves Pinto informa que:

[...] o processo foi proposto por 13 pais, patrocinados pela NAACP – National Association for the Advancement of Colored People, que é uma associação de proteção e promoção de direitos civis e de direitos humanos de afro-americanos, fundada em 12 de fevereiro de 1909 e localizada nos EUA (PINTO, 2017, p.56).

Tendo como referência a situação concreta vivenciada pela criança, segundo Sérgio Cruz Arenhart, após efusivo debate envolvendo a sociedade americana, o caso chegou ao fim. “A Suprema Corte, em decisão unânime, concluiu pela inconstitucionalidade da prática impugnada, por violação à 14ª Emenda à Constituição dos EUA, colocando fim à prática até então autorizada da doutrina dos “separados mais iguais” (ARENHART, 2013, p. 22).

A tese dos “separados, mais iguais”, em relação a brancos e negros, foi firmada pela Suprema Corte Americana em 1896, no caso *Plessy vs Ferguson*, e superada, em princípio, através do precedente em comento.

Os dois casos apresentados demonstram notória mutação constitucional, ou seja, o texto da décima quarta emenda não foi alterado, mantendo-se idêntico durante a resolução das duas

demandas, contudo a maneira de entender, de extrair o seu real conteúdo, foi modificado em virtude da interpretação dada pela Suprema Corte Americana.

Quanto ao fenômeno interpretativo apontado e surgimento das lides estruturais, advoga Vitorino Silva:

A mutação do princípio da igual proteção das leis, pois, que foi reorientado, por obra interpretativa, para tornar ilegítima a separação racial escolar e superar falhas estruturais políticas foi, assim, a fonte completamente heterodoxa que deu origem à forma de litigância estrutural, ou seja, a litigância voltada à reforma de instituições cuja organização e funcionamento é inconstitucional, e cuja inconstitucionalidade deriva de uma falha de coordenação (na maior parte das vezes, estrutural) (SILVA, 2020, p. 99).

Moreira dos Santos descreve a situação do julgamento em comento da seguinte forma:

Em 17 de maio de 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por unanimidade, declarou que a segregação racial nas escolas públicas era inconstitucional, por violar o princípio da isonomia, por meio da interpretação da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, invalidando as leis Estaduais locais que permitiriam a existência de escolas separadas para brancos e negros. A decisão provocou um grande impacto na sociedade norte-americana, permitindo que os negros pudessem frequentar as mesmas escolas dos brancos. Foi um marco para o fim da segregação racial. No entanto, a mera declaração de inconstitucionalidade não era suficiente, já que deveriam ser tomadas medidas para a concretização da decisão, que mudava radicalmente toda uma cultura impregnada na sociedade. Toda uma estrutura precisava ser modificada, com exigência de novos procedimentos para a escolha dos alunos; novos critérios de construção de escolas; a substituição dos corpos docentes; a revisão do sistema de transportes públicos para acomodar novas rotas; nova alocação de recursos entre escolas e atividades; a modificação do currículo; o aumento de verbas; novos sistemas de informação para monitorar o desempenho da organização, entre outros. A mera sentença judicial determinando algo, principalmente em litígios estruturais, não é suficiente. Tanto que houve dificuldades na concretização de tal decisão (SANTOS, 2021, p. 55).

Evidencia-se que a demanda transcendia aos interesses individuais, atingindo o campo do coletivo, visando à superação de um sistema de separação de indivíduos, em função da cor de sua pele, para Arenhart:

[...] o objetivo principal da ação era a reversão de uma política de segregação racial, praticada naquela comunidade desde o ano de 1879 e que se baseava numa lei que permitia às escolas só realizarem a matrícula de seus alunos conforme sua raça (ARENHART, 2013, p. 32).

O que de fato deveria ser alterado era a estrutura estatal que estava constituída há anos, funcionando de forma burocrática para manter a desigualdade social existente entre brancos e negros, cuja separação em escolas distintas era apenas uma de suas nuances.

A lide é eminentemente estrutural, pautada na postulação para melhora do aparato estatal, de sua estrutura, diante da sua incompatibilidade com prerrogativas fundamentais, atribuíveis a toda e qualquer pessoa pelo simples fato de existir, de ser humano. Neste contexto, Vitorino Silva faz mais algumas observações sobre o surgimento da lide estrutural:

A litigância estrutural nasce, assim, em contexto de resposta a um gargalo deliberativo que a própria jurisprudência da Suprema Corte havia ajudado a cristalizar, como a exclusão de uma minoria do processo de acesso à educação de melhor qualidade (SILVA, 2020, p. 70).

Frente à lide complexa, que demandava uma alteração da estrutura estatal para que a decisão judicial fosse cumprida, Bruno de Lima Picoli informa que, após um ano do julgamento da ação, ela foi novamente levada a Corte, visto que: “[...] criou-se um enorme problema: se as escolas públicas estavam estruturadas, até então, a partir do sistema de segregação, como reformar estas estruturas de modo a readequá-las ao mandamento constitucional?” (PICOLI, 2018, p. 52). E, conforme o mesmo autor, observou-se:

[...] resistência de diversos Estados em atender à reforma de suas estruturas segregacionistas, o que ensejou a prolação de nova decisão, determinando a implementação da ordem não segregativa, mediante progressiva adoção de medidas eliminatórias das disfunções institucionais (PICOLI, 2018, p. 52).

Dessa forma, o precedente *Brown v. Board of Education*, ficou conhecido por ter duas etapas extremamente distintas, uma denominada por parte da doutrina como *Brown I*, em que reconhece a superação das normas que permitiam separação das criança negras e brancas em escolas distintas, seguindo o previsto em leis regionais ou locais; e outra denominada *Brown II*, quando adotou-se medidas concretas para que o provimento judicial, que possibilitava que brancos e negros estudassem nas mesmas escolas, superando as regras que impunham a separação, fosse cumprido, dando assim efetividade à decisão que reestruturava a falha estatal observada.

Como em todo e qualquer processo estruturante da atualidade, o caso em apreço contou com uma série de medidas visando a modificação da forma de agir do Estado, alterando a sua estrutura.

Renato Woolley de Carvalho Martins, tratando do julgado, *Brown II*, informa que:

[...] a Suprema Corte determinou as providências concretas a serem executadas pelos tribunais locais, que, a seu turno, dispõem de amplos poderes de equidade para alcançar o desiderato da dessegregação, impondo políticas públicas e dispondo de recursos financeiros para atingir esse fim (MARTINS, 2017, p. 45).

No mesmo sentido, em relação ao julgado em tela, de extrema relevância para o surgimento do processo estrutural, Picoli (2018, p. 52) asseverou que “[...] medidas deveriam ser expressas em planos de ação, cuja execução seria acompanhada pelo Poder Judiciário local, de modo a viabilizar a aderência às peculiaridades de cada região”.

Neste segundo julgado pertinente ao caso *Brown*, a decisão proferida foi branda, de longo prazo, visando alterar a estrutura imposta pelo governo em relação ao ensino, nessa realidade, buscou-se a descentralização na figura das Cortes locais, para que, assim, a decisão proferida pudesse ser cumprida em cooperação com os poderes.

Na abordagem dessa decisão, situando-a nos processos estruturais, Moreira dos Santos dispõe o seguinte:

Tanto que em 1955, a Corte reuniu-se novamente para analisar o caso, o que ficou conhecido como caso *Brown vs Board of Education II*, em que se visou analisar as resistências ocorridas em relação à decisão. Assim, decidiu-se que o cumprimento da ordem deveria ser realizado pela progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das cortes locais. Foi proferida uma decisão mais flexível, já que os planos demandariam tempo, precisando se adaptar às peculiaridades de cada local. Owen Fiss ressalta que “pressionado pelas forças das circunstâncias, o judiciário federal transformou a medida liminar tradicional em uma ferramenta para gerenciar esse processo reconstrutivo” (SANTOS, 2021, p. 56).

Em verdade, pela natureza da lide, observando-se a sua complexidade, os direitos envolvidos e suas inúmeras partes, entre elas o próprio Estado, na figura de seus poderes típicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, não existia um método específico para que o julgado fosse cumprido.

A demanda em comento, como já se declarou, deu início às lides estruturantes e ao processo estrutural, assim como inaugurou a discussão acerca da efetividade dos julgados dessa natureza, bem como eles deveriam ser cumpridos, especialmente levando-se em consideração a reestruturação da política pública objeto da decisão, sem que isso represente violação às competências típicas de cada poder.

Nesse sentido, *Brown I* e *II* mesclaram, em suas decisões, obrigações de não fazer, com a obrigação de reformular a estrutura instituída, de segregação racial nas escolas, que era contrária a nova interpretação da décima quarta emenda (mutação constitucional).

O foco da decisão não são as situações vivenciadas no passado, mas sim a modificação da estrutura estatal, pertinente ao ensino, para que a falha identificada, a inconstitucionalidade, não se manifeste no futuro.

Assim, o Poder Judiciário, em posicionamento completamente diverso do adotado nas lides tradicionais, visando não interferir em matérias típicas dos outros poderes, assume uma postura mais voltada para a gestão do cumprimento da decisão, em oposição a sua tradicional conduta de, valendo-se do aparato estatal, da coerção, fazer cumprir seus julgados.

Faz-se necessário um equilíbrio, a existência de uma margem de segurança, para que o Judiciário, possa exercer seu papel precípua, sem interferir nos demais poderes, autônomos e independentes.

Essa nova forma de litígio, o estrutural, segundo Owen Fiss (2017), apresenta duas características: que as ameaças principais aos valores constitucionais vêm da burocracia estatal e que, para eliminação delas, as organizações precisam ser reestruturadas; destacando que as medidas judiciais tradicionais não se mostram adequadas a tal finalidade.

Vitorino Silva descreve com precisão a delicada situação do Poder Judiciário em relação a lide estruturante e ao cumprimento da decisão proferida em seu bojo, bem como se deu a efetivação do decidido no caso Brown II:

É bem de ver, nesse particular, que a própria Suprema Corte, ao construir, delicadamente, esse que se tornou um super-precedente, em um voto unânime, não tinha um projeto claro, ou uma visão procedimentalizada com começo, meio e fim de como erradicar o sistema de segregação que vigorava em diversos Estados dos Estados Unidos. Tanto assim que a questão do remédio foi deixada para uma segunda oportunidade. O processo de superação de uma burocracia organizada de forma contrária ao princípio da igualdade não seria impulsionado por uma ordem específica de não fazer (*injunction*), mas dependeria de uma enigmática e complexa determinação de reforma estrutural (*structural reform*) das instituições responsáveis pela segregação. A situação era ainda mais dramática para os juízes federais de primeira instância, que, mesmo após Brown II, agiram, rigorosamente, em um modo experimental de tentativa e erro, ora nomeando *special masters* (auxiliares especiais do juízo) com expertise em educação, ora se valerem de planos de dessegregação formulados pelo próprio Estado para dar cumprimento à decisão que transformara o significado de igual proteção das leis. Não deve haver qualquer dúvida, porém, de que a litigância estrutural, embora celebrada pelo enorme simbolismo de ter contribuído para colaborar com o acatamento do projeto de República igualitária nos EUA, passou longe de ser um sucesso na implementação de escolas unitárias (SILVA, 2020, p. 80).

O precedente *Brown v. Board of Education*, em seus dois julgados, associado a vários outros nos Estados Unidos, voltados para a questão carcerária, posteriores a eles, evidenciaram a existência de uma forma específica do Poder Judiciário decidir demandas complexas, envolvendo estruturas do Estado e sua reformulação, tratando-se da gênese do processo estruturante, das lides estruturais.

Consoante Vitorino Silva, há um ponto específico, definidor do nascimento do processo estrutural:

O marco inicial da litigância estrutural na literatura mundial é, em rigor analítico, *Brown v. Board of Education II*, por meio do qual a Suprema Corte decidiu que a dessegregação racial das escolas, prática então corrente em especial no Sul dos EUA, deveria ocorrer de forma gradual, de acordo com o parâmetro (algo ambivalente) que ficou registrado pela expressão *with all deliberate speed* (SILVA, 2020, p. 74).

Desta forma, também é possível afirmar que se tratou do embrião da técnica de julgamento que deu origem a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

Como consequência da amplitude da decisão proferida, de seus efeitos em face do Estado, compreendidos esses na esfera do executivo, legislativo e do próprio judiciário, também se iniciou uma ampla discussão acerca da interferência de um poder no outro, e de possíveis ofensas às suas competências típicas por parte do judiciário.

Neste momento, aflorou também as controvérsias sobre o ativismo judicial e a definição dos limites de atuação do Poder Judiciário. Questionou-se, também, se haveria desequilíbrio no mecanismo de freios e contrapesos - *Checks and Balances System*, entre os poderes.

No caso Brown, em seus dois julgados, o que de fato se observou no cumprimento das decisões, foi o aumento do diálogo das instituições, dos poderes, visando assim a reformulação da estrutura objeto da decisão, do sistema educacional.

Vitorino Silva ressalta a importância histórica desta demanda, bem como descreve como o processo estruturante, exerceu relevante papel na dessegregação racial dos Estados Unidos:

O que se percebe é que o caso Brown iniciou um lento processo de reações de (barulhento) diálogo institucional que levou o Congresso a aprovar o *Civil Rights Acts*, bem como a criar incentivos econômicos para que os Estados passassem a dessegregar as escolas, sob pena de perderem massivos investimentos federais que colaboravam para a manutenção do bom nível de qualidade das escolas do Sul do País. Ele é uma modesta parte (ou catalisador) do processo dialógico que, juntamente com os movimentos populares de desobediência civil, sepultou a segregação, e não a sua única causa, como por vezes se quer fazer crer (SILVA, 2020, p. 86).

Em verdade, frente a uma decisão estruturante, como já se alegou, o papel precípua do Poder Judiciário é o de coordenar os entes estatais, os demais poderes, visando a reestruturação da estrutura incompatível com os Direitos Fundamentais e, por consequência, obter a consecução do objeto da demanda, qual seja, a efetivação do direito violado.

O Estado de Coisas Inconstitucional, segundo compreendido na atualidade em nosso país, foi moldado no Direito Colombiano, o qual se apropriou das técnicas de decisão de lides complexas, obtidas no processo estruturante norte americano.

## 1.2 DEFINIÇÃO

A definição do processo estrutural, em princípio, parte da identificação de seu objeto, ou seja, do reconhecimento da existência de uma falha na estrutura estatal, incompatível com a ordem constitucional instituída, visto ser contrária a efetivação das garantias mínimas asseguradas a qualquer pessoa.

O processo estrutural, em linhas gerais, tem sua origem na concepção de uma demanda apresentada ao Poder Judiciário buscando a reforma, ou reorganização de uma estrutura, burocraticamente organizada, no seio de uma instituição pública que esteja atuando, ou deixando de agir, em conformidade com o preconizado pela Magna Carta.

Assim, a lide estruturante, ou estrutural, que se materializa em um processo com características próprias, é um instrumento que serve a consecução dos Direitos Fundamentais, efetivação de políticas públicas, através da resolução de litígios complexos, que apresentam inúmeras partes envolvidas e resguarda o interesse coletivo.

Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira trazem a seguinte abordagem de processo estrutural:

O processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal. [...] O objetivo imediato do processo estrutural é alcançar o estado ideal de coisas – um sistema educacional livre de segregação, um sistema prisional em que sejam asseguradas a dignidade do preso e a possibilidade de ressocialização, um sistema de saúde universal e isonômico, e, também, por exemplo, a preservação da empresa recuperada. Nesses casos, busca-se remover o estado de desconformidade, promovendo uma transição para o estado de conformidade (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 107).

Segundo os mesmos autores, a melhor forma para definir se um processo é, ou não estrutural, está na observação de suas principais características, expostas no próximo tópico deste trabalho. Assim, valendo-se do raciocínio tipológico, identificando as características típicas da controvérsia posta em juízo, é possível afirmar se tal lide é estrutural e se se amolda às suas feições principais.

Em julgado de 2020, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), na apreciação de um recurso especial – Resp 1.854.842/CE, entendeu, em manifesto colegiado unânime, que a ação civil

pública que tratava de acolhimento institucional de um menor por período acima do máximo legal, é uma demanda estrutural.

Desse modo, a Terceira Turma da Corte, ao apreciar o processo em epígrafe, com o voto condutor da relatora Ministra Relatora, Nancy Andrichi, acompanhada de seus pares, os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro (Presidente), entenderam que a natureza do litígio seria um empecilho para o julgamento prematuro do feito, da forma como ocorreu na instância inferior.

Neste julgado, especialmente em sua ementa, podem ser observados importantes pontos acerca dos processos estruturais e suas características:

6- Os litígios de natureza estrutural, de que é exemplo a ação civil pública que versa sobre acolhimento institucional de menor por período acima do teto previsto em lei, ordinariamente revelam conflitos de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica, insuscetíveis de solução adequada pelo processo civil clássico e tradicional, de índole essencialmente adversarial e individual. 7- Para a adequada resolução dos litígios estruturais, é preciso que a decisão de mérito seja construída em ambiente colaborativo e democrático, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações do Estado em relação aos anseios da sociedade civil adequadamente representada no processo, por exemplo, pelos *amici curiae* e pela Defensoria Pública na função de *custos vulnerabilis*, permitindo-se que processos judiciais dessa natureza, que revelam as mais profundas mazelas sociais e as mais sombrias faces dos excluídos, sejam utilizados para a construção de caminhos, pontes e soluções que tencionem a resolução definitiva do conflito estrutural em sentido amplo. 8- Na hipótese, conquanto não haja, no Brasil, a cultura e o arcabouço jurídico adequado para lidar corretamente com as ações que demandam providências estruturantes e concertadas, não se pode negar a tutela jurisdicional minimamente adequada ao litígio de natureza estrutural, sendo inviável, em regra, que conflitos dessa magnitude social, política, jurídica e cultural, sejam resolvidos de modo liminar ou antecipado, sem exauriente instrução e sem participação coletiva, ao simples fundamento de que o Estado não reuniria as condições necessárias para a implementação de políticas públicas e ações destinadas a resolução, ou ao menos à minimização, dos danos decorrentes do acolhimento institucional de menores por período superior àquele estipulado pelo ECA. (STJ, REsp 1.854.842/CE, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, julgado em 02/06/2020).

A complexidade das lides estruturais é evidente, assim como a sua identificação e conceituação, podendo-se dizer o mesmo quanto ao processo e procedimento estruturais. Assim, segundo observa-se da manifestação do STJ/2020, não existe em nosso país o arcabouço jurídico adequado para lidar com as ações que demandam providências estruturantes, contudo não se pode negar a tutela jurisdicional minimamente adequada a tais litígios.

### 1.3 CARACTERÍSTICAS

Quanto às características dos processos estruturantes, Didier Júnior, Zaneti Júnior e Oliveira (2020), as dividem em dois grupos, os não essenciais e os essenciais.

No primeiro grupo, segundo os autores supramencionados, estão a multipolaridade; coletividade e complexidade, assim explicitadas:

(i) A multipolaridade é uma característica típica do processo estrutural. Para Sérgio Cruz Arenhart, “o conflito estrutural trabalha com a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado”.

[...]

No entanto, como dito acima, a multipolaridade não é uma característica essencial do processo estrutural, nem tampouco é uma característica determinante.

É possível que o processo seja estrutural e seja bipolar – isto é, envolva apenas dois polos de interesses; também é possível que, a despeito da multipolaridade, o processo não seja estrutural.

[...]

(ii) Como consequência disso, tampouco é característica essencial do processo estrutural que seja ele coletivo. “Coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva”.

Embora normalmente o processo estrutural seja coletivo, por discutir uma situação jurídica coletiva, é possível que um processo que veicule demanda individual esteja pautado num problema estrutural e tenha que, por isso, ser tratado como processo estrutural. Isso acontece especialmente quando ocorre o fenômeno da múltipla incidência, que se caracteriza quando o mesmo fato pode “afetar a esfera de situações jurídicas individuais e de situações jurídicas coletivas”.

[...]

(iii) A complexidade é outra característica típica do processo estrutural. Complexo é o processo em que se discute um problema que admite diversas soluções. O número de soluções possíveis é a medida da complexidade do processo. É comum que o problema estrutural possa ser resolvido de diversas formas: estabelecida a meta a ser alcançada (o novo e ideal estado de coisas), diversos são os meios com os quais normalmente se pode implementá-la.

Exatamente por isso, Edilson Vitorelli sugere que os litígios estruturais sejam enquadrados na categoria dos litígios irradiados, assim entendidos aqueles que “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” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 110).

No segundo grupo, em conformidade com os mesmos autores, são características essenciais para a observância da demanda estrutural, a lide: I) discutir um problema estrutural; II) buscar a implementação de um estado ideal de coisas, substituindo a estrutura que apresenta o problema estrutural; III) desenvolver-se em um procedimento bifásico; IV) permitir uma intrínseca flexibilização do procedimento e, por fim, V) ser permeada por consensualidade, inclusive à adaptação do processo.

O problema estrutural, conforme já se abordou neste trabalho, refere-se à “[...] reestruturação de um ente, um sistema ou uma organização, envolvendo a sociedade e o Estado para que sejam cumpridos os mandamentos previstos no texto constitucional”, segundo Moreira dos Santos (2021, p. 57).

Ou ainda, em conformidade com os autores da classificação, problema estrutural “[...] é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 107).

Buscar a implementação de um estado ideal de coisas, corresponde a constituir, criar, ou ainda, substituir uma estrutura que se encontra deficitária em relação as garantias necessárias para fruição do Direito Fundamental assegurado constitucionalmente. Ou seja, trata-se de, através de uma decisão judicial, atingir a estrutura necessária a concretização dos Direitos Fundamentais constitucionalmente assegurados.

Didier Júnior, Zaneti Júnior e Oliveira afirmam que tal provimento judicial é complexo, por dois motivos:

Primeiro, ela prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontica de uma norma-princípio. Segundo, ela estrutura o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontica de uma norma-regra (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 109).

Os processos estruturais, conforme se observou, desenvolvem-se por procedimentos atípicos, flexíveis, capazes de atender a todas as particularidades dos problemas estruturais, geralmente extremamente controversos e dinâmicos.

Diante dessa realidade, Didier Júnior, Zaneti Júnior e Oliveira afirmam que eles devem se desenvolver em um procedimento bifásico:

Em razão disso, podemos afirmar que existe – e deve existir – certa flexibilidade intrínseca ao procedimento pelo qual se desenvolve o processo estrutural. Essa flexibilidade do processo estrutural deve ser assegurada (i) pela utilização de um procedimento bifásico, aproveitando-se o *standard* do processo falimentar, que lhe pode servir de base em razão da previsão legal expressa da possibilidade de fracionamento da resolução do mérito (arts. 354, par. ún., e 356, CPC); e (ii) pela aplicação de técnicas processuais flexibilizadoras, como a que atenua as regras da congruência objetiva e da estabilização objetiva da demanda, a ampliação do regime de participação no processo, a atipicidade dos meios de prova (art. 369, CPC), a atipicidade das medidas executivas (art. 139, IV, e art. 536, 1º, CPC), a atipicidade dos instrumentos de cooperação judiciária (art. 69, CPC). Além disso, a consensualidade tem especial importância nesse tipo de processo. A possibilidade de

ajustar negócios processuais (art. 190, CPC) é potencializada nos processos estruturais em razão das usuais complexidade e multipolaridade envolvidas na sua tramitação. Se a solução negociada é sempre preferível num processo individual de natureza bipolar, em que normalmente são facilmente identificáveis os interesses contrapostos, tanto mais se pode dizer quando há múltiplos interesses envolvidos – convergentes ou divergentes, a depender da questão em foco – e múltiplas possibilidades de solução do problema. No processo estrutural, o apelo à consensualidade é ainda mais exigível (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 115).

O Código de Processo Civil (CPC) em vigor incentiva e determina, em uma análise sistêmica da norma, a realização da autocomposição após o ajuizamento da demanda. Assim, tal ato representa a efetivação de negócio jurídico em âmbito material, realizado com autorização da norma que regulamenta o procedimento (CPC), gerando efeitos também no campo processual (sentença homologatória da transação).

A certeza do rito a ser seguido em uma determinada demanda continua existindo, assim como a rigidez na aplicação das normas processuais, contudo, com possibilidade e incentivo por parte do legislador para que o rito privilegie a autocomposição e atitudes dos interessados nesse sentido, o que na lide de natureza estrutural, é essencial ao seu desenvolvimento saudável.

A rigidez das normas processuais, no aspecto abordado, teve seu âmbito de incidência reduzido, contudo, sem que houvesse prejuízo para a segurança jurídica.

A previsão para efetivação do negócio jurídico em âmbito processual, de maior expressão, está prevista no ordenamento jurídico no CPC/2015 com a seguinte redação:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Fredie Didier Júnior traz um conceito objetivo para negócio processual como sendo “[...]o ato voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais” (2015, p. 376).

Tais convenções, firmadas pelas partes, não estão sujeitas a homologação judicial, visto que, nos termos do artigo 200 do Código de Processo Civil, os atos das partes consistentes em declarações de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Cabe ao juízo somente, com ou sem motivação (de ofício), controlar a validade das convenções firmadas entre as partes. Destaca-se, ainda, que somente direitos que admitem autocomposição poderão ser submetidos a negócios jurídicos processuais, cabendo ao magistrado condutor do feito reconhecer nulidade, fazendo o controle do uso do instrumento.

Nesses termos, pode-se afirmar que o Código de Processo Civil em vigor, favorece o elemento da consensualidade para desenvolvimento e resolução das lides estruturais.

Quanto ao procedimento a ser seguido na marcha processual estruturante, observando-se a sua intrínseca flexibilização, é salutar a seguinte observação:

É absolutamente inviável estipular previamente os circuitos procedimentais adequados ao desenvolvimento do processo estrutural, tendo em vista a extrema variância dos tipos de litígios estruturais. Como constata Jordão Violin, “variando o objeto da ação, variam também as adaptações procedimentais necessárias à proteção do bem da vida. A tutela do direito à saúde, à habitação ou à erradicação do trabalho infantil, por exemplo, exigirá medidas diversas daquelas adotadas para a dessegregação das escolas” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 115).

A flexibilização do rito a ser seguido na demanda estrutural é de extrema importância para garantir a participação de todos os interessados, bem como promover a interação adequada entre os poderes envolvidos na demanda para a reestruturação da estrutura, da política a ser adequada na consecução do direito violado, sem que haja ingerência indevida de um poder em outro, sem que se observe violação de suas competências típicas no cumprimento da decisão judicial.

Nessa perspectiva, as técnicas de negociação quanto ao objeto da demanda, adequação do procedimento, distribuição dinâmica do ônus probatório, enfim, todo e qualquer meio que viabilize a adequação da marcha processual às especificidades da demanda estrutural, é bem-vinda e necessária para os ajustes dos poderes, deveres e faculdades dos sujeitos processuais, bem como ajudam com o comprometimento deles em relação a efetivação nas mudanças da política objeto do processo estrutural.

No processo estruturante, diferentemente do que ocorre nos demais, o que se regulamenta com as decisões de mérito não são atos pretéritos, mas sim determina-se a implementação de alterações para o futuro, para reforma de uma estrutura burocraticamente organizada, visando a concretização dos Direitos Fundamentais violados até o momento do proferimento da decisão.

Em referência à flexibilização do rito dos processos estruturantes e ao cumprimento de suas decisões, Moreira dos Santos tece excelente comentário para compreensão da temática, fornecendo elementos para dimensionar a complexidade da resolução das lides estruturais:

O cumprimento das ordens judiciais advindas de um processo estrutural não pode simplesmente seguir a lógica individualista do processo civil, em que o magistrado impõe uma decisão rígida e as partes devem cumprir. No caso de litígios estruturais, o sucesso da execução demanda uma ampliação dos poderes do magistrado e a construção do diálogo entre as partes. As decisões devem ser flexíveis, pois a situação fática pode se modificar, sendo que a sentença não se limita a resolver o conflito para trás, já que normalmente se projeta para o futuro e habitualmente tende a incidir em políticas públicas do setor envolvido; assim, a jurisdição passa a ter uma função remedial de localizar soluções para a situação por completo, olhando sempre para o futuro e não apenas resolvendo o conflito em si com critérios tradicionais. [...] Assim, o litígio estrutural demanda uma nova forma de tutela jurisdicional, com a transformação do papel do Judiciário, que deve ser mais ativo, e das próprias partes, que devem cooperar para que o conflito possa ser efetivamente solucionado, por meio do constante diálogo não apenas dos envolvidos, mas de toda a coletividade atingida, já que de nada adianta um procedimento com uma decisão que em nada modifica a situação dos que têm constantemente seus direitos violados (SANTOS, 2021, p. 69).

Expostas as características dos processos estruturantes, as não essenciais e essenciais, pode-se identificar as lides de natureza estruturante bem como constatar que os procedimentos que as envolvem, via de regra, são atípicos. Sob esse prisma, contempla-se também do rito do observado na declaração do estado de coisas inconstitucional, objeto precípua deste trabalho.

#### 1.4 RELAÇÃO COM O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisas Inconstitucional pode ser definido, de forma sintética, como uma técnica de julgamento, apresentando-se como uma das nuances do processo estruturante, voltado à concretização dos Direitos Fundamentais nos moldes do que preconiza a norma inaugural do Estado.

Como já se expôs, frente a uma decisão estruturante, o papel precípua do Poder Judiciário é o de coordenar e supervisionar os demais poderes e entes, visando assim o cumprimento de seus comandos e enunciados com cunho orientativo e, por consequência, obter a consecução do objeto da demanda, qual seja, a efetivação do direito violado através da reforma da estrutura política, burocrática.

Nesse contexto, o Estado de Coisas Inconstitucional observado no Brasil, segundo compreendido na atualidade, tem origem no Direito Colombiano, o qual apropriou-se das

técnicas de decisão de lides complexas, obtidas no processo estruturante norte americano, e as aplicou e adaptou especificamente na consecução Direitos Fundamentais, nos termos do que determina a Magna Carta da Colômbia, promulgada em 1991.

Assim, efetuou-se a declaração de inconstitucionalidade não de uma norma, como se observa no tradicional controle de constitucionalidade, mas de uma estrutura estatal constituída, visto ser incompatível com os preceitos constitucionais fundamentais direcionados às pessoas, entendidas essas enquanto seres dotados de dignidade, sendo essa a grande inovação da técnica.

O surgimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, passando pela experiência Colombiana, será abordado em capítulo específico deste trabalho, visto ser de grande relevância para a evolução das lides estruturais e, por consequência, para o instituto em comento.

Para melhor entendimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil faz-se necessária a compreensão, ainda que superficial, do que é o constitucionalismo e das prerrogativas essenciais que são comuns a todo e qualquer ser humano, visto que desses originam os Direitos Fundamentais, que servem de sustentáculo e fundamento a toda sistemática específica, diferenciada, dos processos e procedimentos estruturais.

Constitucionalismo, na visão de Costa e Santos Júnior (2021), compreende um movimento que visa a criação e desenvolvimento de normas, escritas ou não, que tem por objetivo sistematizar e organizar o Estado, sua estrutura administrativa e, nesse contexto, impor limites aos poderes dos governantes através da definição de seus direitos e de suas obrigações coibindo, desse modo, o absolutismo e a arbitrariedade.

Portanto, mais do que limitar o poder estatal, o surgimento do constitucionalismo trouxe proteção mínima aos direitos atribuídos à população, aos cidadãos, representando verdadeiro mecanismo de contenção do exercício indiscriminado do poder político.

Observando-se o constitucionalismo em sua evolução, inferisse tratar da busca incessante do homem, enquanto ser político, pela limitação do poder estatal em face daqueles que organizam e estruturam a sociedade, dos governantes, garantindo desse modo uma proteção mínima, para que assim os Direitos Fundamentais sejam preservados. Ou seja, trata-se do movimento que, em sua gênese, essencialmente se contrapôs ao absolutismo, representado essencialmente pelas monarquias existentes até final do século XVIII.

Desse modo, frente a tal realidade, surgem os Direitos Fundamentais, em suas diversas dimensões, atribuíveis a toda e qualquer pessoa, pelo simples fato de existir, de possuir a prerrogativa de resguardar a sua dignidade enquanto humano.

Ao analisar o constitucionalismo quanto à sua origem, Lenza afirma que:

Canotilho identifica vários constitucionalismos, como o inglês, o americano e o francês, preferindo falar em “movimentos constitucionais”. Em seguida, define o constitucionalismo como uma “[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo [...]”. Partindo, então, da ideia de que todo Estado deva possuir uma Constituição, avança-se no sentido de que os textos constitucionais contêm regras de limitação ao poder autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais, afastando-se da visão opressora do antigo regime (LENZA, 2021, p. 113).

Flávio Martins, tratando da mesma temática, extremamente relevante para o Direito Constitucional e para a compreensão da cristalização dos Direitos fundamentais nas normas que inauguram os Estados, apresenta o constitucionalismo sob três aspectos, social, político e jurídico, dando mais amplitude às discussões:

Constitucionalismo é o movimento social, político e jurídico, cujo principal objetivo é limitar o poder do Estado por meio de uma Constituição. É um movimento social, pois resultou na soma de uma série de episódios sociais historicamente relevantes, buscando a limitação do poder do Estado e o reconhecimento de direitos fundamentais. Importante exemplo é a Revolução Francesa, que originou o Constitucionalismo Francês, com a posterior abolição de várias instituições e a queda do paradigma do Estado absolutista no Ancien Régime. Em Portugal, a primeira Constituição decorreu de movimentos sociais, como a Revolução do Porto de 1820, que contou com amplo apoio popular. É um movimento político. Foram necessários acordos e negociações políticas no intuito de limitação do poder estatal e organização do Estado por meio de uma Constituição, como se verifica, por exemplo, no movimento constitucional norte-americano, bem como na outorga da Magna Charta Libertatum, de 1215. Por fim, é também um movimento jurídico, consistente na construção de teorias, desde a busca inicial pela força normativa da Constituição, capaz de alterar a realidade e limitar o poder estatal, até as teorias jurídicas mais modernas. Como disse André Ramos Tavares, “o aspecto jurídico revela-se pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes – a Constituição”. Essa definição de constitucionalismo, como um movimento que visa à limitação do poder do Estado por meio de uma Constituição, é uma concepção moderna que se cristalizou a partir das primeiras constituições do final do século XVIII. Entendemos que em momentos anteriores da História (Antiguidade e Idade Média) já havia movimentos constitucionalistas, que podem ser identificados pelo escopo de limitação do poder estatal, embora não fosse ainda realidade a elaboração de uma Constituição escrita (MARTINS, 2019, p. 42).

Retomando aos ensinamentos de Pedro Lenza (2021), consta que a história da Europa pode ser dividida em eras, sendo essas correspondentes a: Idade Antiga (até o século V — tomada do Império Romano do Ocidente pelos povos bárbaros — 476 d.C.); Idade Média (século V até o fim do Império Romano do Oriente, com a queda de Constantinopla, no século XV — 1453 d.C.); Idade Moderna (1453-1789 — Revolução Francesa); Idade Contemporânea (1789 até os dias atuais).

O mesmo autor, analisando a obra de Canotilho, informa que, sem se preocupar com as eras, o constitucionalismo pode ser dividido em dois períodos distintos, o antigo e moderno. Veja tal afirmativa:

Sem se preocupar com a análise das referidas “eras”, Canotilho, entre tantas distinções, estabelece, mais simplificadamente, apenas dois grandes movimentos constitucionais: o constitucionalismo antigo e o moderno, caracterizando-se este último como “[...] o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político” (LENZA, 2021, p. 115).

Marcelo Novelino (2009), também, sem se apegar às eras, divide o constitucionalismo em antigo, liberal ou clássico, moderno e contemporâneo.

O Constitucionalismo Antigo iniciou-se na antiguidade e foi até o final do século XVIII. Em tal período observou-se as primeiras limitações do poder estatal através de princípios escritos ou costumesiros, colocando freios nos poderes do monarca.

Neste período, conforme relata Novelino (2009), o constitucionalismo apresentava as seguintes características: existência de um conjunto de princípios que garantiam a existência de direitos perante o monarca; presença de constituições consuetudinárias (costumeiras); supremacia do parlamento e, por fim, forte influência da religião, com a presença dos estados teocráticos.

Destacou-se nesse momento histórico, o Estado Hebreu, que era teocrático e possuía o poder estatal limitado pelas leis divinas, assim como ocorria na Grécia, Roma e Inglaterra.

A segunda fase do movimento ficou conhecido como Constitucionalismo Liberal ou Clássico, que começou no final do século XVIII e foi até a 1ª Guerra Mundial. O constitucionalismo, neste período, evoluiu em conjunto com as revoluções liberais que eclodiam, envolto em seus valores e princípios, observando-se o surgimento das primeiras constituições escritas.

Os Estados Unidos da América promulgaram a 1ª Constituição escrita em 1787, sendo a mesma formal, rígida e dotada de supremacia.

Na França, em 1789, iniciou-se a Revolução Francesa, grande expressão do liberalismo pautando-se no ideal de liberdade, igualdade e fraternidade, sendo que sua primeira constituição escrita foi promulgada em 1791, limitando drasticamente o poder Estatal sobre o povo.

Assim, observou-se o surgimento do Estado de Direito, expressão usada como sinônimo de “Estado Liberal”, pautado no liberalismo e que, segundo Novelino (2009), possui as

seguintes características segundo Marcelo as limitações impostas pelo estado através do direito se estende ao soberano; administração pública tem sua atuação pautada pela lei; fracionamento das funções estatais (divisão dos Poderes); e direitos individuais assegurados contra o Estado.

Nesta realidade, também, observou-se o liberalismo econômico, entendido como estado mínimo, de menor tamanho quanto a sua estrutura burocrática e de mínima intervenção nas relações entre particulares e entre esses e o próprio estado.

Registra-se neste momento histórico que, na Inglaterra, a Revolução Industrial e, segundo já sustentado pelo produtor deste texto dissertativo, em coautoria com Santos Júnior:

[...] o modo de produção passou de artesanal para o mecanizado, o que acarretou a eclosão do capitalismo em sua forma mais agressiva, com grande diminuição dos valores humanos. O homem passou a ser entendido como uma engrenagem de uma máquina, sem qualquer direito a descanso, saúde e convívio social. Nesse contexto, surge a primeira dimensão dos direitos fundamentais, baseada nas ideias de liberdade e autonomia pessoais, conduzida pela burguesia na busca de tentar limitar os poderes do Estado em prol do respeito às liberdades individuais (COSTA; SANTOS JÚNIOR, 2021, p.3).

Para os mesmos autores, a liberdade é o valor maior do ser humano, inclusive para trabalhar o quanto quisesse, sem qualquer garantia resguardada, observando ainda a ausência do estado na temática e na esfera dos direitos individuais. Ou seja, a liberdade desmedida e a não intervenção estatal marcaram a primeira dimensão dos Direitos Fundamentais, sendo esperado do Estado uma conduta negativa, no sentido de deixar que o direito privado se desenvolvesse sem qualquer intervenção dos poderes constituídos.

O Constitucionalismo Moderno iniciou-se após o término da Primeira Guerra Mundial, e perdurou até o final da Segunda Guerra Mundial, observando-se as superpotências em precário estado financeiro, assim como o resto do mundo.

Após os quatro anos de batalhas, durante a Primeira Guerra (1914 – 1918), a economia se esfacelou e os países não conseguiram se manter economicamente saudáveis.

A manutenção das batalhas, da guerra como um todo, e os diversos interesses em jogos socioeconômicos, entre outros, exigiram muito das nações envolvidas e de todos os Estados ao redor do globo, em maior ou menor grau, o que levou a uma crise econômica de proporções mundiais, marcada pelo icônico evento da quebra da bolsa de Nova York, ocorrido em 1929.

Assim, com o fim da 1ª Guerra Mundial, ocorreu uma gigantesca crise econômica que, gradativamente, provocou aumento das desigualdades sociais e econômicas ao redor do globo, provocando um verdadeiro colapso socioeconômico em nível mundial.

O agravamento dessas desigualdades provocou a crise do liberalismo, o qual deixou de ser venerado pelas massas, passando a ser extremamente questionado enquanto política orientadora da organização estatal.

Desse modo, a postura abstencionista dos estados liberais, não intervencionista, que pregavam a liberdade como direito supremo, foi substituída por uma política reguladora, de intervenção, do chamado Estado Social, buscando assim implantar uma série de direitos mínimos, assegurados a toda e qualquer pessoa, como acesso a moradia, alimentação, saúde, remuneração mínima, cultura entre outros.

Segundo Costa e Santos Júnior (2021), tais fatores foram os principais motivadores para a criação e implantação, posteriormente, do “Estado do Bem-estar Social” (*Welfare State*). Ou seja, o momento histórico evidenciou a necessidade de intervenção estatal para que os direitos mínimos dos cidadãos pudessem ser exercidos.

Nessa perspectiva, Novelino (2009) menciona o surgimento de novos modelos de estado, moldados por novas magnas cartas, que ficaram conhecidas como constituições sociais, tendo como paradigmas a Mexicana, de 1917, e a alemã, conhecida como Constituição de Weimar, de 1919.

Desse modo, os estados sociais abandonaram a postura abstencionista e passaram a intervir nas relações sociais, econômicas e laborais, exercendo papel decisivo na produção e distribuição de bens, garantindo sempre o mínimo de bem-estar social.

Tais preceitos moldaram o constitucionalismo em tal período, que passou a exigir que os Estados, além de ter uma constituição escrita, formal, dotadas de coercibilidade, também apresentassem Direitos Fundamentais bem delimitados, para que, assim, pudessem colocar limites no poder público, e possibilitar que a sociedade exigisse do mesmo uma prestação no sentido de proteger e efetivar os direitos sociais mínimos.

Em tal período eclode a segunda dimensão dos Direitos Fundamentais. Assim, como já se afirmou, o Estado deixa de ser abstencionista e adota uma postura ativa nas esferas individuais, de protetor de direitos, visando a obtenção da igualdade entre as pessoas, superando a dimensão formal deste conceito, visando atingir o aspecto material, ou seja, de garantidor de um mínimo de direitos cabíveis, no meio social, a qualquer pessoa, independentemente do cumprimento de qualquer requisito prévio.

Esses direitos possuem caráter positivo, uma vez que exigem do Estado atuações ativas, no sentido de efetivar prestações jurídicas ou materiais, buscando sempre a efetivação de tais direitos no meio social. Logo o estado tornou-se um garantidor da concretização desses direitos mínimos, atribuíveis a qualquer pessoa pelo simples fato de existir e ser dotada de dignidade.

Em sua última fase, o constitucionalismo é denominado de contemporâneo, e teve início com o final da Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), em conformidade com o exposto por Costa e Santos Júnior (2021).

Para os autores supracitados, com o genocídio sendo exposto na Alemanha durante o período do nazismo, repercutindo em nível mundial, observou-se que era necessário humanizar, que os homens praticassem atos em favor do próximo, valorizando a dignidade que existe em cada vida humana. Desse modo, no pós-guerra, a dignidade da pessoa humana passou a ser o valor principal nas Constituições, princípio orientador de todas as políticas previstas nas leis organizadoras dos Estados, buscando evitar as atrocidades observadas nos períodos de guerras mundiais, entre elas o antissemitismo.

Registra-se que a dignidade da pessoa humana, enquanto premissa básica a direcionar a organização estatal e suas políticas de atuação, constitui um valor absoluto, uma vez que não existe gradação entre as pessoas, pois todas, independentemente da posição social, classe social, orientação sexual, entre outros, tem a mesma dignidade.

Sob a perspectiva de valores atrelados à dignidade da pessoa humana, passaram a ser redigidos os novos textos constitucionais, resguardando o direito ao desenvolvimento ou progresso; autodeterminação dos povos; meio ambiente; direito de comunicação e de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

Nessa realidade, em conformidade com Costa e Santos Júnior (2021), surgem os direitos fundamentais de terceira dimensão, explicitados pela titularidade difusa ou coletiva, direitos transindividuais, visto que são destinados à proteção de grupos, de coletividades, e não do homem isoladamente, são os direitos ligados à fraternidade e solidariedade.

Vários autores, entre eles Paulo Bonavides (2006), defendem a existência de outras dimensões dos Direitos Fundamentais, entretanto, para o fim desta obra, a compreensão das três primeiras, é o suficiente para entender a relação entre os direitos apontados e sua relevância histórica no desenvolvimento dos processos e procedimentos diferenciados para sua consecução.

Os processos estruturais são de suma importância para a concretização dos Direitos Fundamentais, e sem a compreensão da origem dos últimos, de seu desenvolvimento, não há como estabelecer o elo que os une (processos estruturais e Direitos Fundamentais), bem como entre a técnica do Estado de Coisas Inconstitucional e o surgimento das lides estruturais, o modo especial de conduzir o processo, proferir as decisões e promover a efetividade delas no meio social.

Os Direitos Fundamentais, em virtude de sua relevância no sistema jurídico e na vida das pessoas, em seus cotidianos, exigiu novas formas, meios, para que seu exercício se tornasse uma realidade no meio social, deixando de ser letra morta no texto constitucional, dando assim, origem as lides estruturais e aos processos estruturantes, com suas técnicas procedimentais próprias, especiais, quando comparado aos demais, o que evoluiu para o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma estrutura estatal, e não de uma norma, originando a técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional.

### 1.5 ATIVISMO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO ESTRUTURAL

A função precípua do Poder Judiciário, na clássica separação dos poderes, é muito clara e definida, qual seja, pôr fim aos conflitos de interesses, geralmente caracterizados por uma pretensão resistida, inexistindo qualquer novidade nesse ponto de vista.

Conforme já se alegou, tal teoria tem origem nos estudos de Aristóteles, especificamente em sua obra Política, que posteriormente serviu de sustentáculo para Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau desenvolverem suas próprias teses sobre a separação dos poderes, segundo informa Pedro Lenza (2021).

Contudo, conforme já exposto, cada vez mais o Poder Judiciário está se distanciando de sua função basilar, de solucionar conflitos e, através de seus pronunciamentos, determinado condutas típicas de gestão governamental e regulamentado condutas sem prévia cominação legal, se aproximando cada vez mais das funções precípuas do executivo e legislativo respectivamente.

Em observância tal fenômeno, Osmar Mendes Paixão Côrtes teceu o seguinte comentário:

Muito tem sido falado sobre um novo papel do Poder Judiciário, fora do tradicional - resolver lides entre duas partes, por meio de decisões tomadas após a realização do contraditório. Esse novo papel está relacionado com um agir mais ativo, mais para o futuro e menos para o passado, em questões que envolvem interesses públicos, em casos de grande complexidade, em geral relacionado à efetivação de direitos fundamentais e à realização de políticas públicas, e é chamado pela doutrina de demanda estrutural ou processo estrutural. Na mesma linha, as Cortes estão consolidando cada vez mais o papel de definidoras de teses - deixando de lado a função de julgar caso a caso, subjetivamente, todas as demandas levadas à sua apreciação (CÔRTEES, 2019, p. 2).

Essa nova postura do Judiciário de “um agir mais ativo”, encontra-se relacionada com as lides estruturais e o próprio processo estrutural, com suas técnicas específicas de decidir e conduzir o procedimento de uma forma mais maleável, quando comparado com o rigorismo do processo tradicional.

Em observância da postura atual do Poder Judiciário brasileiro, em suas decisões, em especial a do Supremo Tribunal Federal, tendo como paradigma a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF 347), infere-se uma grande mudança de entendimento acerca dos limites das decisões judiciais, ou seja, de até onde é cabível a intervenção do Judiciário na competência típica dos outros poderes para efetivar a prestação jurisdicional.

Na ADPF 347 pleiteou-se que, por decisão judicial, se efetivasse uma intervenção envolvendo várias estruturas estatais, reformulando suas formas de atuar, visando assim frear a violação generalizada de direitos humanos nos presídios do país, o que sequer poderia ser cogitado em sede de competência dos órgãos judiciais há algumas décadas.

Entretanto, tal postulação foi acatada pela Corte constitucional, declarando-se o Estado de Coisas Inconstitucional, observando-se uma enorme alteração no que se considera aceitável e lícito enquanto competência dos órgãos julgadores.

Registra-se que essa mudança de paradigma não é exclusiva dos tribunais superiores, abarcando todo o Poder Judiciário, sendo observada desde os magistrados de piso até a Corte suprema de nosso país, constando-se tal realidade no cotidiano dos órgãos julgadores, nos provimentos judiciais proferidos diariamente e veiculados nos meios de imprensa como inovadores, definidores de uma nova era das decisões judiciais.

Mas qual é o limite dessa inovação? Ela esbarra na legalidade? A segurança jurídica fica comprometida? Nesse momento, é válido o ensinamento de Côrtes:

Sabe-se que a busca pelo ideal da segurança jurídica pós Revolução Francesa levou ao ideal de clareza nas leis e à limitação à atividade interpretativa. Pregava-se que o juiz deveria limitar-se a aplicar a lei produzida pelo Poder Legislativo ao caso concreto em um processo de subsunção. Basta notar o emblemático artigo 4 do Código de Napoleão, segundo o qual “o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”. O artigo claramente estabelecia que o juiz deveria em cada caso resolver a controvérsia que lhe fosse submetida e, havendo silêncio, deveria recorrer ao próprio sistema legislativo que no seu interior tem a resposta. Bobbio bem chama de “dogma da onipotência do legislador”. Nesse contexto é que se fundou, por exemplo, a Escola da Exegese, na França, que limitava o papel do intérprete a uma interpretação passiva e mecânica das leis (CÔRTEZ, 2019, p. 7).

É evidente que a postura do judiciário brasileiro, assim como do norte americano, exposto em tópicos pretéritos, em muito se distanciam da Escola da Exegese, partindo para uma interpretação mais aberta dos preceitos legais, voltada para a consecução dos Direitos Fundamentais no caso concreto, trazendo uma flexibilização no procedimento e seus mecanismos para cumprimento dos provimentos proferidos e, por consequência, promoveram um alargamento da competência dos órgãos jurisdicionais.

Segundo Côrtes (2019), o positivismo do século XIX nasceu como uma doutrina que valorizava o direito positivo, posto pelo Estado soberano, que concebia a lei como fonte de direito, e a segurança jurídica encontrava-se na estrita aplicação da norma, sem grandes atividades interpretativas ou valoração por parte dos julgadores, dos órgãos jurisdicionais, informado ainda:

Ainda no século XIX, observaram-se algumas reações, mas, no século XX, Kelsen trabalhou a hierarquia das normas como forma de dar segurança jurídica e guiar a atividade interpretativa e admitiu a impossibilidade do controle estrito da interpretação e a existência de um espaço a ser preenchido pelo julgador ao proferir a decisão concreta. Muito embora o positivismo kelseniano tivesse a pretensão de construir uma teoria valorativa do direito, de enquadramento interpretativo a partir da conformidade das normas inferiores com as normas superiores, não deixou de reconhecer uma margem de liberdade hermenêutica. Principalmente, partir da década de 50, todavia, é que, após vários debates, começa-se a falar em pós-positivismo jurídico. Segundo Maria Cristina Peduzzi, principalmente nos Estados Unidos, a partir de discussões entre dois modelos antagônicos de atuação dos juízes denominados moderação judicial e ativismo judicial, foi abandonada a esperança de controlar a interpretação legal, surgindo “uma nova questão: considerando a textura aberta do direito, que postura devem os juízes adotar ao interpretar a lei? (CÔRTEZ, 2019, p. 8).

A moderação judicial pauta-se em uma postura mais contida dos órgãos jurisdicionais no que diz respeito a interpretação das normas, princípios e regras, incluindo nessas as leis e demais atos normativos, encontrando-se no lado oposto da equação, como grandezas inversamente proporcionais, o modo ativista de decidir as controvérsias apresentadas ao Judiciário.

O ativismo judicial advoga a defesa intransigente da justiça, e nesse contexto a interpretação das normas (princípios e regras), em especial as de conteúdo mais aberto, deve ser mais extensa, buscando sempre o ideal desejado, mesmo que tal postura deixe o provimento judicial proferido distante dos precedentes do Poder Judiciário e da própria Constituição Federal.

Trata-se de uma postura, no mínimo, temerária, visto que em uma análise superficial, a segurança jurídica fica comprometida diante da ausência de balizas fixas para julgar casos

idênticos, pois a justiça, conceito abstrato, nem sempre corresponde a decisões judiciais equivalentes em situações de fato iguais.

Sobre o tema, é salutar a explanação de Luís Roberto Barroso:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora –, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito (BARROSO, 2018, p. 234).

Como não poderia deixar de ocorrer, diante de tamanha mudança, o ativismo judicial recebeu aplausos e vaias intensas, sendo claro que ele possui pontos negativos e positivos, valendo apresentar o ponto de vista de Flávio Martins:

Não obstante, se por um lado esse maior protagonismo do Poder Judiciário provoca elogios (já que contribui para uma maior efetividade das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais), também recebe muitas críticas, sobretudo duas: a) tal postura do Judiciário acaba por prestigiar as classes mais abastadas da sociedade. Isso porque os mais instruídos poderão acionar o Judiciário por meio de remédios constitucionais e outras ações com o escopo de concretizar seus direitos, que a maioria inculca sequer sabe ser titular; b) tal postura do Poder Judiciário viola a separação dos Poderes e o regime democrático, já que a implantação das políticas públicas é de responsabilidade principal do Poder Executivo, eleito diretamente pelo povo, e não do juiz, escolhido sem a participação popular (MARTINS, 2019, p. 94).

Quanto às críticas em relação ao instituo, destaca-se o posicionamento de Côrtes:

No nosso entender, o ativismo pode trazer insegurança, valor fundamental de qualquer Estado Democrático de Direito. Não que a atividade interpretativa deva ser absolutamente controlada e avaliativa. Longe disso. Tampouco deve haver limitações a aspectos formais de controle das leis. O que se defende é que um mínimo de previsibilidade haja na interpretação, a partir da análise dos princípios e regras do ordenamento como um todo, mas sempre em obediência ao papel do legislador, às normas constitucionais, aos precedentes (CÔRTEZ, 2019, p. 9).

Os processos estruturais, da forma como são conhecidos nos estados no presente momento, com as características já apresentadas nessa obra, é o principal instrumento para que o ativismo judicial possa se concretizar, mostrar seu resultado efetivo no meio social, visto que eles flexibilizam o rito, e possibilitam uma forma diferenciada no cumprimento das decisões judiciais, quando comparados como o processo tradicional.

Nessa perspectiva, há uma margem maior para interpretação tanto do direito processual como material, ambiente em que floresce o ativismo judicial em sua plenitude, na busca incessante pela justiça através da atuação do Poder Judiciário.

Desse modo, o Estado de Coisas Inconstitucional, entendido como uma técnica de julgamento, apresenta-se como um dos matizes do processo estruturante, ou estrutural, voltado à concretização dos Direitos Fundamentais nos moldes do que preconiza a norma inaugural do Estado, sendo também um dos grandes propulsores do ativismo judicial.

Assim, retomando dois dos questionamentos realizados anteriormente, quais sejam, onde se encontra o limite dessa inovação, o ativismo judicial? E se ele esbara na legalidade? Pode se concluir que, se houver uma grande evolução do instituto, impulsionado entre outros movimentos pela declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e forma desmedia, com o fortalecimento dos demais processos estruturais, as decisões judiciais poderão conduzir a uma verdadeira ruptura institucional, de desconstituição do Estado Democrático de Direito, visto que o ideal de justiça substituirá os poderes instituídos diante de seu desmantelamento, de desrespeito a suas funções precípuas.

## 2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Conforme já se apresentou neste estudo, o Estado de Coisas Inconstitucional na atualidade, na forma em que se apresenta e foi moldado nos diversos estados soberanos que reconhecem sua existência e os aplicam na solução de controvérsias, é conceituado como uma técnica de julgamento, tratando-se de um instrumento, um meio, que visa a consecução dos Direitos Fundamentais nos moldes do que preconiza a norma inaugural do Estado.

Ou ainda, segundo o quê informa Mariana Rezende Guimarães:

Estado de coisas inconstitucional é uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir da decisão SU-559, de 6 de novembro de 1997, que visa enfrentar situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais cujas causas sejam de natureza estrutural, isto é, decorram de falhas estruturais em políticas públicas adotadas pelo Estado, exigindo uma atuação conjunta de diversas entidades estatais (GUIMARÃES, 2017, p. 2).

Refere-se, pois, a uma técnica de julgamento edificada sobre os processos estruturais, visto que, sem esses, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, e sua superação, para o estado de coisas ideal, sequer possui instrumentos válidos para se efetivar no meio social, frente ao caso concreto.

Valendo-se dos processos estruturais, com suas técnicas procedimentais próprias, especiais, quando comparado aos demais, tradicionais, a partir do momento em que se evoluiu para o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma estrutura estatal, e não de uma norma, surge o Estado de Coisas Inconstitucional.

O grande diferencial da técnica, em relação aos demais processos estruturais, está no fato de existir, de forma expressa, a declaração da inconstitucionalidade da estrutura estatal em análise, e das normas que lhe dão validade, distanciando-se dos demais instrumentos formais de controle de constitucionalidade, sendo essa a grande colaboração da Colômbia na evolução das lides estruturais, inaugurando a era da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

Após discorrer sobre as modalidades de omissões constitucionais, Gianfranco Faggin Mastro Andréa contextualiza em que âmbito ocorre o surgimento e declaração do Estado de Coisas Inconstitucional:

Esclarecidas as diversas modalidades de omissões inconstitucionais existentes, e ciente da possibilidade de que mesmo diante de vasta legislação regulamentando determinada temática, bem como toda uma estrutura estatal disponível para a concretização de um direito fundamental constitucional, afigura-se possível deparar-

se com defeitos na implementação ou até completa inação por parte dos órgãos estatais competentes, o que gera verdadeiro vácuo entre a realidade fática inconstitucional e os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, porém, em virtude de profunda complexidade na sua concretização ou completa falta de diálogo entre os poderes, tem-se o surgimento de um bloqueio institucional e/ou político. Ocorre que, diante dessa conjuntura, o Poder Judiciário, como guardião dos direitos fundamentais constitucionalizados, uma vez provocado não ostenta escolha a não ser enfrentar a questão. É nesse contexto que se tem o surgimento do instrumento denominado Estado de Coisas Inconstitucional (ANDRÉA, 2021, p 27).

Com a prolação de uma decisão estrutural em sede de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, o Poder Judiciário foge de seus métodos habituais para fazer cumprir seus julgados, adotando uma postura de coordenador e supervisor da conduta dos demais poderes, entes e órgãos públicos, visando o adimplemento de seus comandos e enunciados, apresentados, geralmente, sem o elemento coercitivo, tratando-se de elemento orientador da conduta, buscando assim a reorganização da estrutura estatal comprometida pela inconstitucionalidade.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, no âmbito do processo estrutural, entendida como uma técnica de julgamento ativista, assim como as demais que envolve uma postura do Poder Judiciário que o distancia da norma posta, e o aproxima de uma interpretação mais livre da situação fática e regras que regulamentam o tema, desprendido de balizas rígidas, pautada mais no senso de justiça, recebeu e vem recebendo muitas críticas e elogios.

É certo que os Direitos Fundamentais com o surgimento da declaração do ECI foram contemplados com um grande aliado, um instrumento na luta para que eles deixem de existir somente em abstrato no texto constitucional e passem a fazer parte da vida dos cidadãos, em seu cotidiano.

## 2.1 ORIGEM

Como já se explanou anteriormente, o Estado de Coisas Inconstitucional tem sua gênese calcada nas lides estruturais, sendo que a origem dessa e de seus respectivos processos e procedimentos já foram abordados de forma detida em tópico específico neste estudo. Desse modo, de forma sintética, a ideia será retomada para melhor posicionar e introduzir o instituto, do Estado de Coisas Inconstitucional, na seara dos processos estruturantes em seu país de origem, a Colômbia.

A primeira demanda entendida como estrutural “remonta à década de 1950 nos Estados Unidos da América, sobretudo, à decisão de *Brown v. Board of Education* de 1954, que

consagrou o período histórico comumente denominado *civil rights*”, segundo Picoli (2018, p. 52).

O processo estrutural, em sua gênese, surge da superação da separação que existia entre negros e brancos nos Estados Unidos, observada por décadas após a abolição da escravidão no país.

Registra-se que em 1º de janeiro de 1863, entrou em vigor nos Estados Unidos da América o Ato de Emancipação assinado pelo presidente Abraham Lincoln, tratando-se da décima terceira emenda à constituição americana de 1787, que pôs fim à escravidão.

Apesar dessa realidade, a igualdade entre brancos e negros era apenas formal, adotando-se a política dos “separados, mais iguais”, sendo tal entendimento que vigorava nos anos 50 e 60 nos Estados Unidos, momento histórico que tal paradigma começou a ser superado.

O *leading case*, *Brown v. Board of Education* de 1954, iniciou-se de uma discussão acerca da possibilidade de uma criança negra estudar em uma instituição exclusiva para brancos.

A tese dos “separados, mais iguais”, em relação a brancos e negros, foi firmada pela Suprema Corte Americana em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson*, e superada, em princípio, através do precedente em comento, *Brown v. Board of Education*.

Os dois casos apresentados demonstram notória mutação constitucional, ou seja, o texto da décima quarta emenda, que trouxe a proteção das leis estaduais que possibilitavam a segregação racial nos Estados Unidos, não foi alterado, mantendo-se idêntico durante a resolução das duas demandas, contudo a maneira de entender, de extrair o seu real conteúdo, foi modificado em virtude da interpretação dada pela Suprema Corte Americana.

Em verdade, o que de fato deveria ser alterado não eram as leis, mas sim a estrutura estatal que estava constituída há anos, funcionando de forma burocrática para manter a desigualdade social existente entre brancos e negros, cuja separação em escolas distintas era apenas uma de suas nuances.

Nestes termos, a lide apresentada é eminentemente estrutural, pautada na postulação para melhora do aparato estatal, de sua estrutura, diante da sua incompatibilidade com prerrogativas fundamentais, atribuíveis a toda e qualquer pessoa pelo simples fato de existir, de ser humano.

Dessa forma, o precedente *Brown v. Board of Education*, ficou conhecido por ter duas etapas extremamente distintas, uma denominada por parte da doutrina como *Brown I*, em que reconhece a superação das normas que permitiam separação das criança negra e brancas em escolas distintas, seguindo o previsto em leis regionais ou locais; e outra denominada *Brown II*,

quando adotou-se medidas concretas para que o provimento judicial, que possibilitava que brancos e negros estudassem nas mesmas escolas, superando as regras impostas à separação, fosse cumprido, dando assim efetividade à decisão que reestruturava a falha estatal observada.

Como em todo e qualquer processo estruturante da atualidade, o caso em apreço contou com uma série de medidas visando à modificação da forma de agir do Estado, alterando a sua estrutura.

Neste segundo julgado pertinente ao caso Brown, a decisão proferida foi branda, de longo prazo, visando alterar a estrutura imposta pelo governo em relação ao ensino, nessa realidade, buscou-se a descentralização na figura das Cortes locais, para que, assim, a decisão proferida pudesse ser cumprida em cooperação com os poderes.

Em verdade, pela natureza da lide, observando-se a sua complexidade, os direitos envolvidos e suas inúmeras partes, entre elas o próprio Estado, na figura de seus poderes típicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, não existia um método específico para que o julgado fosse cumprido.

A demanda em comento, como mencionado anteriormente, deu início as lides estruturantes e ao processo estrutural, assim como inaugurou a discussão acerca da efetividade dos julgados dessa natureza, bem como eles deveriam ser cumpridos, especialmente levando-se em consideração a reestruturação da política pública objeto da decisão, sem que isso represente violação às competências típicas de cada poder.

Nesse sentido, Brown I e II mesclaram, em suas decisões, obrigações de não fazer, com a obrigação de reformular a estrutura instituída, de segregação racial nas escolas, que era contrária a nova interpretação da décima quarta emenda (mutação constitucional).

O foco da decisão não são as situações vivenciadas no passado, mas sim a modificação da estrutura estatal, pertinente ao ensino, para que a falha identificada, a inconstitucionalidade, não se manifeste no futuro.

Destarte, o Poder Judiciário, em posicionamento completamente diverso do adotado nas lides tradicionais, visando não interferir em matérias típicas dos outros poderes, assume uma postura mais voltada para a gestão do cumprimento da decisão, em oposição à sua tradicional conduta da coerção, valendo-se do aparato estatal para fazer cumprir seus julgados.

Faz-se necessário um equilíbrio, a existência de uma margem de segurança, para que o Judiciário possa exercer seu papel precípua, sem interferir nos demais poderes, autônomos e independentes.

Nesse contexto, a precedente *Brown v. Board of Education*, em seus dois julgados, associado a vários outros nos Estados Unidos, voltados para a questão carcerária, posteriores a

eles, evidenciaram a existência de uma forma específica do Poder Judiciário decidir demandas complexas, envolvendo estruturas do Estado e sua reformulação, tratando-se da gênese do processo estruturante, das lides estruturais.

No caso Brown, em seus dois julgados, o que de fato se observou no cumprimento das decisões, foi o aumento do diálogo das instituições, dos poderes, visando assim a reformulação da estrutura objeto da decisão, do sistema educacional.

Desta forma, também é possível afirmar que se tratou do embrião da técnica de julgamento que deu origem a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, visto que nele a inconstitucionalidade da estrutura estatal foi abordada através das normas violadoras dos preceitos constitucionais.

O Estado de Coisas Inconstitucional, segundo compreendido na atualidade em nosso país, foi moldado no Direito Colombiano, o qual apropriou-se das técnicas de decisão de lides complexas, obtidas no processo estruturante norte americano, declarando a inconstitucionalidade da própria estrutura estatal e de normas, o que será explanado no próximo subtópico.

### **2.1.1 O Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia**

O Estado de Coisas Inconstitucional, segundo compreendido na atualidade em nosso país, surgiu no Direito Colombiano, o qual apropriou-se das técnicas de decisão de lides complexas, obtidas no processo estruturante norte americano, e as aplicou especificamente aos Direitos Fundamentais.

Ao analisar o fenômeno ocorrido, Vitorino Silva, informa que:

Na Colômbia, ao contrário dos EUA, a litigância estrutural é um evento recente do prisma histórico e assumiu uma peculiar forma: a declaração solene de um estado de coisas inconstitucional. Ao contrário do que se nota na América do Norte, a Nação Latino-Americana desenvolveu a litigância estrutural não como instrumento de igualdade política de minorias políticas, mas como ferramenta de construção de um Estado Social de Direito, tarefa imposta pelo primeiro artigo da Constituição (SILVA, 2020, p. 123).

Para melhor compreensão, faz-se necessário entender as premissas básicas do controle de constitucionalidade colombiano.

Nos termos da informação de Andréa (2018), a Colômbia adota um modelo de controle de constitucionalidade misto, ou seja, tanto no caso concreto, incidental, no curso do processo entre partes determinadas, como em abstrato, evidenciando-se o questionamento de um ato normativo específico em face da constituição.

Sobre o tema que deu origem a Constituição colombiana em vigor, aduz Vitorino Silva:

Elaborada por uma Assembleia Constituinte Democrática que, para além da ala conservadora política colombiana, fortemente conectada com a Igreja Católica, contou com a participação de grupos indígenas, minorias religiosas, representantes de grupos extremistas como o MI-19, a Carta, de feição claramente compromissória, acabou por criar uma Corte Constitucional com competências bastantes elásticas em matéria de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público. Nesta se depositou a fé na possibilidade de arbitramento pacífico de conflitos, com base em uma extensa garantia de direitos, que positivou não só os classicamente concebidos como os civis e políticos, mas prometeu também a implementação gradativa de direitos sociais e econômicos, dependentes, em maior ou menor grau, de prestações positivas a serem viabilizadas pelo Estado. À Corte Constitucional, intérprete qualificada da novel Carta, foi franqueada, para o desempenho desse mister, a realização de controle de constitucionalidade tanto em sede abstrata (este, concentrado no órgão) como em sede concreta (também difusamente atribuído aos órgãos inferiores de jurisdição) (SILVA, 2020, p. 125).

Concebe-se que a constituição colombiana, promulgada em 1991, possui dispositivos claros acerca dos instrumentos utilizados para a efetivação do controle de constitucionalidade, tanto em caso concreto como abstrato. Trata-se de um sistema similar ao brasileiro que, conforme se observa, possui diversos pontos em comum.

Contudo, para compreensão do exposto, o que apresenta relevância é uma ação específica, prevista no artigo 86 da Carta Magna colombiana, que não possui medida correspondente em nosso direito pátrio, abordando o controle de constitucionalidade no caso concreto nos seguintes termos:

ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (COLOMBIA, 1991).

Trata-se da *acción de tutela*, que pode ser ajuizada por qualquer cidadão e julgada por qualquer juiz da República Colombiana e ser instrumentalizada de forma oral ou escrita.

Outra peculiaridade do remédio constitucional é a prescindibilidade de capacidade postulatória para o seu manejo, ou seja, não se exige a presença de advogado, podendo o próprio interessado postular em juízo. O único requisito para se valer dessa possibilidade constitucional é que o interessado tenha sido lesado em seus Direitos Fundamentais, por qualquer autoridade pública, tanto por ato omissivo quanto comissivo.

Destaca-se ainda o prazo para julgamento da ação, visto que “*En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución*”; ou seja, em no máximo dez dias a lide tem que ser decidida, segundo consta do dispositivo constitucional transcrito. Trata-se de um instrumento acessível contra as investidas do Estado em face dos Direitos Fundamentais, sendo um remédio constitucional efetivo a favor do cidadão.

Em decorrência da simplicidade para a propositura da ação constitucional, observou-se que o acesso ao Poder Judiciário, no que diz respeito a lesão dos Direitos Fundamentais, foi extremante facilitado.

Ao comparar o controle de constitucionalidade colombiano com o de nosso país, e a extensão de ambos, Vitorino Silva apresenta o seguinte entendimento:

A riqueza de instrumentos de controle de constitucionalidade naquele País e a facilidade de provocação da jurisdição constitucional certamente posicionam a Corte Constitucional Colombiana entre as de mais fácil acesso do Globo, ao lado do Supremo Tribunal Federal brasileiro, com sua enorme abertura de legitimidade para a provocação do controle abstrato, e da Corte Constitucional Indiana, com a denominada jurisdição constitucional epistolar (SILVA, 2020, p. 126).

Valendo-se do instrumento em comento, *acción de tutela*, uma inovação trazida pela Constituição Colombiana de 1991, a população em geral exerceu o seu direito de ação, o que resultou no ajuizamento de milhares de demandas idênticas ou semelhantes versando sobre ofensas aos Direitos Fundamentais, tratando-se da fase preliminar, denominada por Vitorino Silva de Era da litigância estrutural, que se consolidou com o início das declarações do ECI:

Um dos resultados diretos da expansão da jurisdição constitucional da Corte foi, sem dúvida, a facilitação da assunção, por ela, de um papel político relevante na proteção de direitos constitucionais sociais, em uma progressiva escalada de judicialização da política que principia pela expansão da *acción de tutela* e culmina com intervenções agressivas, de natureza supervisora, materializadas na declaração de um punhado de estados de coisas inconstitucionais, inaugurando a Era da litigância estrutural na Colômbia (SILVA, 2020, p. 126).

Observando o conteúdo das lides, das inúmeras *acción de tutela*, os locais de seus ajuizamentos, e a quantidade delas, o Poder Judiciário colombiano constatou que estava diante de uma falha estrutural estatal na consecução dos Direitos Fundamentais.

Percebeu-se também que as decisões proferidas *inter partes*, nas ações em comento, diante do quantitativo de cidadãos lesados, não eram suficientes para resguardar os direitos violados em sua totalidade, visto que a solução do problema se encontrava em uma série de medidas, o que incluía também políticas de atuação estatal.

Nesse contexto fático, o Poder Judiciário constatou que, apesar de extremante representativa e importante do ponto de vista de acesso ao Poder Judiciário e concretização dos Direitos Fundamentais, a *acción de tutela* deveria ser substituída por uma medida mais ampla.

Dessa forma, valendo-se das experiências das decisões proferidas em processos estruturantes e de uma mutação constitucional, observados prioritariamente nos Estados Unidos, a Corte Constitucional Colombiana declarou a existência do Estado de Coisas Inconstitucional, ou seja, reconheceu que os fatos repetitivos nas ações individuais versando sobre Direitos Fundamentais constituía uma falha na estrutura do Estado, tratando-se de um estado de inconstitucionalidade permanente.

A partir do momento em que se evoluiu na interpretação dos dispositivos pertinentes a *acción de tutela* (mutação constitucional), para o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma estrutura estatal, e não de uma norma, surge a técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional. Logo, o instituto entendido como uma técnica de julgamento, apresenta-se como um dos matizes do processo estruturante, ou estrutural, voltado à concretização dos Direitos Fundamentais nos moldes do que preconiza a norma inaugural do Estado.

Vitorino Silva, de forma clara e objetiva, explicita como se instrumentalizou a mutação constitucional em comento:

A declaração de um estado de coisas inconstitucional é uma técnica decisória que pouco se assemelha a uma decisão judicial típica em controle de constitucionalidade. Daí muitos dizerem que se cuida muito mais de uma intervenção política do que uma decisão judicial. Por esse tipo de decisão, a Corte Constitucional reconhece a existência de uma violação massiva de direitos causada por uma falha de coordenação das instituições estatais. Na Colômbia, o estado de coisas inconstitucional foi criado a partir de uma radical mutação constitucional do instituto da *acción de tutela*, que se converteu, de instrumento de defesa de direitos subjetivos, em instrumento de defesa da Constituição como ordenação objetiva de valores. Em consonância com o art. 86 da Carta Colombiana, a proteção judicial na ação de tutela consiste em uma ordem, de imediato cumprimento, dirigida para aquele contra quem se solicita a tutela, a fim de que atue ou se abstenha de violar ou ameaçar um direito fundamental. A eficácia da decisão na via da tutela é, tal como concebida originariamente, *inter partes*, de tal forma que a ação, prevista pela primeira vez na Constituição de 1991, constitui o instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade por excelência.

Conforme já esclarecido anteriormente, embora a ação seja aforada em primeiro grau de jurisdição e possa ser rejuogada em segunda instância, há uma espécie de remessa oficial das decisões proferidas em segunda instância para a Corte Constitucional Colombiana, que as revisará conforme um critério de admissão puramente discricionário. A revisão do julgamento da tutela, pois, ocorrerá somente quando o Tribunal Constitucional a julgar conveniente, em face da relevância da questão tratada ou de outros critérios como o risco de obstrução dos canais judiciários em face do caráter repetitivo da controvérsia. Tal artefato processual, como se nota da descrição do conteúdo do art. 86 da Constituição Colombiana, fora concebido, originalmente, como um instrumento exclusivo de defesa subjetiva de direitos, ou, ainda, para a defesa do que se convencionou denominar, em doutrina constitucional, de dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. [...] Diante da redação literal do art. 83 e do princípio da separação dos poderes, registra Clara Hernandez, uma leitura mais conservadora da Carta Política bem poderia concluir que a garantia objetiva dos direitos fundamentais teria sido posta além do alcance da jurisdição constitucional, já que não comportada nos limites da ação de tutela. Porém, a Corte Constitucional, recorrendo a uma interpretação ousada do art. 113 da Carta Política – que estabelece um dever de colaboração e sinergia entre os diversos órgãos do Poder Público –, rejeitou tal interpretação, para assentar, a partir do julgamento da sentença de tutela SU-559, que a presença de graves disfunções estruturais na concepção ou performance de políticas públicas, se capazes, por sua gravidade, de criar uma situação de fato contrária a um amplo catálogo de direitos fundamentais de numerosas pessoas, autoriza a declaração de um estado de coisas inconstitucional na via da própria ação de tutela. O perfil dessa ação, desde então vem sofrendo uma lenta objetivação, e a eficácia dos julgados proferidos em sede de tutela, que originariamente fora concebida para ser *inter partes*, adquiriu foros de transcendência, não mais atingindo apenas o caso concreto e as partes nele diretamente envolvidas, mas toda a comunidade de vítimas do estado de coisas incompatível com a Constituição Colombiana (SILVA, 2020, p. 133).

Dessa forma, a tese firmada quanto às lesões versando sobre os Direitos Fundamentais reconhecidas na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, colocaria fim não só as ações individuais, mas teria eficácia *erga omnes*, atingindo todo e qualquer cidadão que estivesse sofrendo com a falha estrutural estatal.

Assim, em 1997, ocorreu a primeira declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, versando sobre o direito de inúmeros professores da rede municipal, os quais haviam ajuizado uma infinidade de *acciones de tutela*, questionando o fato deles terem sido vedados de se cadastrarem no Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistério, não lhes permitindo exercer direitos previdenciários.

Realizada a análise das demandas pelo Poder Judiciário, em especial pela Corte Constitucional Colombiana, observou-se que não só os autores das ações individuais estavam sendo lesados pelo Estado, mas uma gama enorme de professores. Julgar apenas as lides individuais seria somente uma maneira de amenizar o problema, visto que certamente mais centenas ou milhares de ações seriam propostas discutindo a mesma lesão.

Em uma notória mutação constitucional quanto aos limites do controle de constitucionalidade na via difusa ou em concreto, das decisões proferidas em segunda instância nas ações individuais - *acciones de tutela*, quando enviadas a Corte Constitucional Colombiana

via remessa oficial, declarou-se o Estado de Coisas Inconstitucional em relação a inclusão dos professores municipais no Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistério, atribuindo à decisão eficácia *erga omnes*, para que assim ela atingisse a todos os professores que se encontravam em situação idêntica.

Com isso, a Sentencia SU-559/1997 (Corte Constitucional Colombiana, 1997) impediu o acúmulo de inúmeras ações idênticas, o que prejudicaria o funcionamento do Poder Judiciário, além disso, determinou que o Poder Executivo adotasse as medidas necessárias para solucionar o problema, sem que houvesse a fixação de qualquer prazo para o cumprimento da decisão, solicitando-se apenas que elas ocorressem em tempo razoável.

Desse modo, observou-se uma lide complexa desenvolvida em um processo estruturante, bem como uma solução ampla para a falha estrutural, na qual o Poder Judiciário expressamente determinou medidas a serem adotadas pelo Poder Executivo.

Após esse precedente o ECI foi declarado por mais sete vezes na Colômbia, abordando os seguintes temas:

- a) Procrastinação da Caixa Nacional de Previdência na realização de novos cálculos e pagamentos das alterações das verbas previdenciárias, Sentencia T-068/98 (Corte Constitucional Colombiana, 1998);
- b) ofensa aos direitos e garantias dos detentos, Sentencia T-153/98 (Corte Constitucional Colombiana, 1998);
- c) para que se realizasse concurso público para notários, seguindo previsão constitucional, Sentencia SU-250/98 (Corte Constitucional Colombiana, 1998);
- d) atuação estatal no que dizia respeito ao pagamento de salários, observância de direitos e condições mínimas de trabalho no Município de Ciénaga, Sentencia T-289/98 (Corte Constitucional Colombiana, 1998);
- e) atribuir proteção aos defensores dos direitos humanos, Sentencia T-590/98 (Corte Constitucional Colombiana, 1998);
- f) atraso no pagamento de aposentadorias, Sentencia T-525/99 (Corte Constitucional Colombiana, 1999) e, por fim;
- g) a que tratou do caso de milhares de pessoas que habitualmente tinham que se deslocar compulsoriamente dentro do território do país, em virtude do narcotráfico e da atuação das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, atribuindo-lhes direitos básicos como moradia, saúde, alimentação, trabalho

lazer entre outros, Sentencia T-025/04 (Corte Constitucional Colombiana, 2004).

Para Geroge Marmelstein (2015), em função da maturidade das decisões proferidas no Estado de Coisas Inconstitucional, ele se transformou em um meio eficiente de resolver demandas de grande complexidade, estabelecendo harmonia e diálogo entre órgãos distintos e, assim, possibilita a correção das falhas estruturais estatais, criando ainda uma ponte entre os poderes e a sociedade.

Contudo, tal opinião não é unânime, tanto que Lenio Luiz Streck, em sua coluna semanal na página Consultor Jurídico, logo após a primeira declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, abordada a frente neste trabalho, assim se manifestou:

Tenho receio dessa coisa chamada ECI - Estado de Coisas Inconstitucional, que é fluída, genérica e líquida. Por ela, tudo pode virar inconstitucionalidade. Das doações em campanha ao sistema prisional (ADPF 347). Mas pergunto: o salário-mínimo não faz parte desse Estado de Coisas Inconstitucional? Os juros bancários - os do cartão de crédito bateram nos 400% - não são, igualmente, uma “coisa inconstitucional”? Peço perdão pela ironia, mas, diante do tamanho da crise, receio que alguém entre com uma ação para declarar a inconstitucionalidade... do Brasil. Será que não estamos exagerando? Poderíamos chamar a isso de panconstitucionalismo? Será que, por exemplo, essa tese do ECI não é mais uma forma de justificar ativismos? (STRECK, 2015).

Celso Campilongo, José Eduardo Faria e Raffaele de Giorgi (2015) publicaram no Estadão, na coluna opinião, uma crítica sobre o instituto, no mesmo contexto em que se manifestou Streck, ou seja, após a primeira decisão neste sentido no Brasil, assim aqueles afirmaram, em síntese, que o Estado de Coisas Inconstitucional pode dificultar ou mesmo ameaçar a efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais, pois as Cortes não possuem “competência para corrigir a incompetência” dos poderes políticos e decisões da espécie podem, simplesmente, não serem cumpridas.

Em outros termos, o instituto nascido na Colômbia é controverso, suscitando diversas opiniões de inúmeros juristas em diversos países, especialmente quando se observa a competência do Poder Judiciário e suas atribuições típicas, com todas as limitações impostas por elas quando confrontada com a atividade precípua e, em tese, exclusiva do Executivo e Legislativo.

## 2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Os contornos principais do instituto, o Estado de Coisas Inconstitucional, já foram apresentados em tópicos pretéritos desta obra, sendo que neste momento será observado somente as características mais relevantes, com foco no cumprimento da decisão e sua forma de produzir efeitos no meio social.

Conforme já se expôs, os processos estruturais surgiram de uma mutação constitucional em relação ao texto da décima quarta emenda, de 1866 ratificada em 1868, à constituição americana de 1787, segundo a qual entendia-se, inicialmente, quando da sua entrada e vigor, que ela dava proteção as normas que permitiam a separação entre negros e brancos nos Estados Unidos e, posteriormente, após os dois julgados pertinentes ao caso *Brown v. Board of Education*, proferidos após 1950, se inferiu que o mesmo dispositivo em verdade não permitia tal segregação.

Na Colômbia ocorreu fenômeno semelhante visto que, em uma notória mutação constitucional quanto aos limites do controle de constitucionalidade na via difusa ou em concreto, das decisões proferidas em segunda instância nas ações individuais - *acciones de tutela*, quando enviadas a Corte Constitucional Colombiana via remessa oficial, declarou-se pela primeira vez em 1997, o Estado de Coisas Inconstitucional, ou seja foi reconhecida a inconstitucionalidade de uma estrutura estatal e não de uma lei, no que diz respeito a inclusão dos professores municipais no Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistério, atribuindo à decisão eficácia *erga omnes*, para que assim ela atingisse a todos os professores que se encontravam em situação idêntica.

No Brasil, a técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional valeu-se de instrumento processual já existente, da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em movimento similar ao observado na Colômbia. A declaração se deu sem previsão específica para sua ocorrência no rito de uma ação utilizada para finalidade diversa.

Em consonância com o alegado, observa-se a situação do Peru, país no qual se valendo do rito do *habeas data*, declarou-se a existência do Estado de Coisas Inconstitucional. Frente a esta realidade, constata-se que uma das características gerais do instituto, enquanto processo estrutural, é a ausência de regulamentação específica para ele, assim como a falta delimitação em relação a amplitude de suas decisões e forma de cumprimento.

Tal realidade, como já se apresentou no presente estudo, ao que tudo indica, é proveniente das discussões acerca do limite da atuação do Poder Judiciário e de sua postura

ativista, ou seja, diante da indefinição deste (limite de atuação do Judiciário) e do recente posicionamento das instituições, dos demais poderes, em relação ao fato, não há um aceno claro acerca da aceitação da declaração de inconstitucionalidade de uma estrutura estatal, contudo isso não está impedindo que ela exista e que sua decisão produza efeitos, tanto que o Estado de Coisas Inconstitucional é observado em inúmeros sistemas jurídicos, de diversos países.

Mesmo diante dessas incertezas quanto ao instituto, em relação ao rito e seus limites, há consenso em relação à quando ele pode ser utilizado, tratando-se somente de violações massivas aos Direitos Fundamentais. Os pressupostos para declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, na visão de Andréa, sintetizam as características centrais do instituto, a saber:

O ECI é um instrumento de verdadeira leitura da realidade fática. O que ocorre é que em países como a Colômbia (onde a proteção constitucional de direitos fundamentais é ampla, mas é país periférico), verifica-se grande desigualdade social apresentando verdadeiro vácuo entre a realidade e o que se encontra estampado na Constituição. O ECI, como criação jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia foi uma maneira de denunciar esse vácuo, bem como apontar o descumprimento dos direitos fundamentais constitucionalizados. Nesse passo, valendo-se das lições de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, atrelado aos fatores exigidos pela sentença T-025, de 2004, de CCC, é possível constatar três pressupostos para que haja a declaração do ECI: a) o primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simples de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas; b) o segundo pressuposto consiste na omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento das obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais caracterizada pela falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos quanto a perpetuação e agravamento da situação; c) o terceiro pressuposto diz respeito à necessidade de expedição de remédios e ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos, buscando mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes (ANDRÉA, 2021, p 67).

Observando-se tais características, pressupostos para que se declare o Estado de Coisas Inconstitucional, constata-se que a decisão proferida em seu bojo tem que ser ampla, no sentido de modificar ou criar uma estrutura estatal, o que, invariavelmente, vai levar o provimento Judicial a interferir nas atribuições dos demais Poderes.

Nessa perspectiva, Andréa apresenta a seguinte observação:

E neste sentido, somente transformações estruturais em relação a atuação do Poder Público serão capazes de modificar a situação de inconstitucionalidade, a tal ponto que, diante da profunda gravidade do quadro, uma vez provocada, a Corte Constitucional passa a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e, até alocação de recursos orçamentários, sendo essas interferências dotadas essencialmente de caráter coordenador para a efetivação de medidas concretas imprescindíveis para a superação do “Estado de Coisas Inconstitucional”, valendo-se do monitoramento judicial ou jurisdição supervisora como medida de excelência para garantia do sucesso, inclusive (ANDRÉA, 2021, p 66).

Em complemento, quanto à amplitude da decisão e suas formas de interferir no meio social e entre os poderes instituídos, assevera Vitorino Silva, ao discorrer sobre as decisões proferidas em sede de processos estruturais:

Todavia, as regras que formatam a participação dos interessados de forma abrangente, a mutabilidade da solução e o apelo a especialistas muito aproximam o procedimento de uma espécie de microassembleia legislativa para cuidar de uma política específica (ou, melhor dizendo, reforma-la). E, consoante se percebe logo à primeira vista, não parece nada fácil conciliar as funções que o juiz exerce nesse tipo de demanda com o esquema de separação de poderes, ao menos na forma mais ortodoxa preconizada pela doutrina constitucional departamentalista. Afinal, o juiz, na litigância estrutural, vale-se de poderes coercitivos para tentar persuadir autoridades eleitas (por meio da força, se necessário), a modificar uma política pública vista como ineficiente e violadora de direitos constitucionais (ou estatutários), e ainda estabelecer uma supervisão sobre o cumprimento de suas determinações por tempo indefinido, rompendo, portanto, coma a lógica preclusiva dos provimentos, em autêntico reconhecimento de espécie de relação de direito material de trato continuado que requer mais do que execução, mas verdadeiro exercício de coadministração judicial (SILVA, 2020, p. 63).

Nesta realidade, constata-se que provimento judicial pertinente ao Estado de Coisas Inconstitucional é completamente diverso do observado nas lides clássicas, tradicionais, bipolares, em que se observa claramente a pretensão resistida e a necessidade do Estado, na figura do Poder Judiciário, intervir de forma pontual e encerrar a controvérsia através de imposição de medidas rígidas, dotadas de extrema coercibilidade, obrigando uma das partes a agir em conformidade com a norma de regência.

Em verdade no instituto em comento a decisão tem feições de recomendação, sem cunho coercitivo, tratando-se da “jurisdição supervisora” tratando-se de uma “coadministração judicial”, como afirmaram os autores citados acima.

Outra terminologia refere-se à adotada por Vitorino Silva (2020), quer seja, a dos remédios fracos em oposição aos fortes que, como regra, não fazem parte das decisões judiciais proferidas em sede de Estado de Coisas Inconstitucional, tratando-se de uma característica marcante da técnica decisória.

### 2.3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO ESTRANGEIRO

A litigância estrutural, no qual se insere a técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional, que visa a declaração de inconstitucionalidade de uma estrutura estatal e não de uma norma, iniciou nos Estados Unidos e se disseminou pelo mundo.

Com os litígios estruturais e suas técnicas próprias, pertinentes ao processo estrutural, o Estado de Coisas Inconstitucional encontrou terreno fértil para crescer e se expandir por diversos países. Um desses estados soberanos é o Peru que, em 2004, utilizou a técnica decisória pela primeira vez, sendo que Andréa informa o seguinte:

O primeiro caso deste quilate se deu com relação à violação do direito fundamental ao acesso de informação pública. O Tribunal Constitucional do Peru utilizou pela primeira vez a técnica do “Estado de Coisas Inconstitucional” na sentença relativa ao expediente nº 02.579-2003-HD/TC, de 6 de abril de 2004. Nesse caso foi ajuizada uma ação de *habeas data* contra o Conselho Nacional da Magistratura (CNM) tendo em vista a sua negativa em relação ao fornecimento de informação para a requerente. O Tribunal entendeu que ocorreu uma violação do direito fundamental ao acesso de informação pública em razão de uma interpretação inconstitucional do CNM em relação a um dispositivo da Lei nº 26.397 (Lei orgânica do CNM). A primeira justificativa para o TCP declarar o ECI foi justamente transcender o efeito *inter partes* da decisão em casos de processos constitucionais que tratem de direito à liberdade. O principal objetivo foi evitar a saturação e colapso da justiça constitucional da liberdade, bem como o aumento do número de demandas repetidas acerca da mesma questão aportando perante o Tribunal. Já a segunda justificativa consistiu na falta de compreensão dos órgãos públicos em relação ao valor dos direitos fundamentais, o que implicou na adoção de medidas mais audaciosas para garantir a função pacificadora e proteger princípios e direitos constitucionais. Neste passo, o TCP declarou um ECI, valendo-se como parâmetro a sentença SU-559, de 1997, da Corte Constitucional da Colômbia. Portanto, o TCP, além de proteger a dimensão subjetiva do direito fundamental ao acesso à informação de determinada pessoa que ingressou com a demanda, ampliou os efeitos para proporcionar uma proteção de dimensão objetiva do direito fundamental tutelado (ANDRÉA, 2021, p 57).

Como na Colômbia, a experiência peruana com o instituto também se deu sem prévia autorização legislativa, tratando-se de uma criação jurisprudencial, o que pode ser interpretado como um ato inovador do judiciário na defesa dos Direitos Fundamentais, louvável e digno de nota ou, ainda, um arroubo ativista.

A disseminação dos ideais pertencentes às lides estruturais, nos ensinamentos de Vitorino Silva (2020), ocorre no seguinte contexto:

A litigância estrutural, como visto, não visa, em rigor, apenas a tutelar a situação individual dos que vão a juízo, mas, ao contrário, almeja remediar, para o futuro, sistematicamente, as violações detectadas para toda a comunidade, para o futuro, sistematicamente, as violações detectadas para toda a comunidade eventualmente afetada por comportamentos análogos. É marcada, portanto, por forte caráter inibitório. Presta-se a constanger condições, comportamentos e práticas que produzem violações constitucionais. Dos EUA, disseminou-se mundo afora, e hoje encontra ressonância na prática constitucional de diversas Nações, sobretudo daquelas integrantes do movimento hoje denominado pela doutrina colombiana de Constitucionalismo do Sul Global, a saber, África do Sul, Índia e a própria Colômbia (SILVA, 2020, p. 117).

Nos termos expostos, diante da doutrina do Constitucionalismo Sul Global, constata-se que as lides estruturais e seus ideais estão se expandindo por diversos Estados, o que permite que o Estado de Coisas Inconstitucional possa se manifestar em qualquer dessas nações, visto que ele está intrinsecamente vinculado ao fenômeno, apresentando grande potencial para crescimento.

### 3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

Em nosso país a realidade social, em verdade, deixa claro a falta de efetividade do texto da Constituição Federal; para constatar tal realidade basta realizar o cotejo entre o que o deveria garantir o salário mínimo, seu poder de compra, e o que é recebido pelo trabalhador. A mesma análise pode ser feita em relação ao que é assegurado constitucionalmente quanto a saúde, moradia e educação e o que se constata nas ruas do Brasil.

Tal situação decorre de inúmeros fatores, entre eles a ausência de vontade por parte do Executivo, ou negligência do Legislativo, visto que as políticas públicas, em seu direcionamento elementar, estão em maioria previstas no texto constitucional assegurando os Direitos Fundamentais a qualquer pessoa pelo simples fato de existir e ser dotada de dignidade.

Em meio a reiteradas omissões dos Poderes, de deficiência na estrutura estatal, é que o Judiciário buscou mecanismos para atuar sem que isso representasse afronta a sua própria competência típica e dos demais poderes instituídos. Nesse contexto, para compreensão do fenômeno é salutar os ensinamentos de Costa e Santos Júnior (2021), no que diz respeito a realidade social e legislativa do país:

No Brasil os Direitos e Garantias Fundamentais apresentam papel de destaque na Constituição Federal de 1988, entretanto, o fato de estarem expressamente descritos na Lei Maior não os tornam necessariamente efetivos, aplicáveis imediatamente aos cidadãos em sua plenitude. Observa-se considerável distanciamento entre o que é previsto no Título II de nossa Constituição Federal, tratando “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e o que se constata no meio social quanto a sua materialização. As inúmeras lesões aos Direitos e Garantias Fundamentais geram incontáveis conflitos, geralmente envolvendo o Estado e os administrados. Em verdade, o que se infere é que diante das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo na efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Judiciário é motivado para que assim intervenha, determinando a adoção de medidas necessárias a efetivação de tais direitos. As violações aos Direitos e Garantias Fundamentais citadas não são casos isolados, como regra são omissões recorrentes dos poderes e que resultam em consequências nefastas à sociedade, bem como dão origem a milhares de demandas, sobrecarregando o Poder Judiciário (COSTA; SANTOS JÚNIOR, 2021, p.5).

Em 2009, na perspectiva exposta, qual seja, de busca de mecanismos jurídicos para suprir as falhas da estrutura estatal, ao discutir a hipótese de fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado, assim como a possibilidade de as decisões judiciais em saúde suprirem as políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal criou um meio propício para a adoção da técnica de julgamento em análise neste trabalho, qual seja, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

Em meio a Suspensão de Tutela Antecipada - STA 175-AgR/CE – STF (2009), o Ministro Gilmar Mendes utilizou o conceito de “macrojustiça”, referindo-se às lides complexas, de natureza estrutural, em sentido oposto a “microjustiça”, representada pelas ações tradicionais, de natureza bipolar, que regulamentam situações *inter partes*, nos termos que segue:

[...] em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo. [...] Ainda que essas questões tormentosas permitam entrever os desafios impostos ao Poder Público e à sociedade na concretização do direito à saúde, é preciso destacar de que forma a nossa Constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação deste direito. (STF. STA 175-AgR/CE, 2010).

Em outras palavras, a Corte Constitucional Brasileira, neste período, estava em ampla discussão em relação aos limites da competência do Poder Judiciário, e até onde deveria intervir ao constatar uma falha estrutural, observando-se assim as condições ideais para que se implantasse o Estado de Coisas inconstitucional.

Acompanhando o movimento observado no Brasil, em seus tribunais, de maior efetividade do Judiciário e busca por mecanismos jurídicos capazes de suprir as falhas estruturais do Estado sem transgredir sua competência própria (do judiciário), Daniel Antônio de Moraes Sarmiento, através da Clínica UERJ Direitos<sup>2</sup>, tendo como autor o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, deu início a uma demanda, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, tratando especificamente das condições carcerárias no Brasil (UERJ, 2015).

---

<sup>2</sup> Clínica UERJ Direitos é um núcleo universitário vinculado à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, fundado em dezembro de 2013. Sua missão é promover o engajamento de alunos e professores da Faculdade de Direito da UERJ na defesa dos direitos fundamentais no Brasil, notadamente por meio da prestação de assessoria jurídica especializada e representação processual de entidades da sociedade civil.

Assim, o STF, ao apreciar em caráter liminar tal demanda, ADPF nº 347, em setembro de 2015, através da manifestação do relator do feito, Ministro Marco Aurélio, inseriu a técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional em nosso sistema jurídico.

No informativo da Corte nº 798, de setembro de 2015, constou o seguinte conteúdo sobre o tema:

O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Nessa mesma ação também se debate a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, “estado de coisas inconstitucional”, diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. Postulava-se o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juízes e tribunais: a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos - v. Informativos 796 e 797. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347).

Nessa decisão icônica, o STF (2015) definiu, em linhas gerais, as diretrizes para que ocorra no Brasil a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional: violação massiva e generalizada de Direitos e Garantias Fundamentais; possibilidade de congestionamento do Poder Judiciário com lides individuais sobre o tema; prolongada omissão das autoridades públicas para solucionar a controvérsia e, por fim, necessidade de mudanças estruturais para a efetivação do direito questionado. Ou seja, observa-se traços dos processos estruturais norte-

americanos, entretanto, com a prevalência da teoria originada na Corte Constitucional Colombiana sobre o tema.

Quanto à introdução da técnica decisória no Direito Brasileiro, em consonância com o que já foi sustentado por Costa e Santos Júnior (2021)<sup>3</sup>, convém mencionar as seguintes observações:

Assim, o papel do Poder Judiciário frente a tal constatação é o de coordenar os demais poderes visando a cessação das violações apresentadas, bem como obter a consecução do objeto da demanda, qual seja, a efetivação do direito violado por omissão ou ato comissivo. Na prática, observa-se a jurisdição funcionando como um instrumento que possibilita, através de determinações e fiscalização, a adequada atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e do próprio Judiciário no que diz respeito a concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais. A República Federativa do Brasil tem como princípio basilar a harmonia e a independência entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A Constituição Federal de 1988 é expressa nesse sentido, dispondo que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Com a introdução do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema jurídico brasileiro, observando-se a amplitude das medidas que devem ser adotadas para efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais no caso concreto, todas determinadas e coordenadas por decisões judiciais, inferisse que a separação dos poderes, em determinada medida, fica prejudicada. Logo, o instituto se aproxima do movimento denominado ativismo judicial, trazendo os mesmos questionamentos quanto a sua viabilidade jurídica. Com o ativismo judicial, os juízos e tribunais, órgãos técnicos, passam a exercer atividades atípicas da jurisdição, e, em uma análise mais ampla, atuam como entes políticos, visto que suas decisões interferem em questões econômicas e sociais que, muitas vezes, encontram no Poder Judiciário a definição de vários institutos e condutas válidas, o que em tese caberia exclusivamente ao Poder Executivo ou Legislativo. Muito se questiona acerca da legitimidade da função jurisdicional para exercer tal atividade, pois não possuem a chancela da vontade popular, não tendo representantes eleitos pelo povo. Assim, o Estado de Coisas Inconstitucional, é uma técnica de decidir controversa, de efetividade questionável, e que possui adeptos ferrenhos e grandes críticos (COSTA; SANTOS JÚNIOR, 2021, p.5).

Entendido, em linhas gerais, a introdução do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, será realizada na sequência uma análise mais detida do fenômeno.

### 3.1 ORIGEM

Como já se expôs neste trabalho, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar em caráter liminar a ADPF nº 347, em setembro de 2015, através da manifestação do relator do

---

<sup>3</sup> *In: O Estado de Coisas Inconstitucional no Direito Pátrio. Op. cit., 2021.*

feito, Ministro Marco Aurélio, inseriu a técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional em nosso sistema jurídico.

A demanda que busca a concretização dos Direitos Fundamentais dos encarcerados, foi ajuizada com fundamento em preceito constitucional previsto no artigo 102, §1º da Constituição Federal de 1988.

O dispositivo em comento informa que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe apreciar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Carta Magna, na forma da lei.

A norma infraconstitucional que regulamenta o tema é a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a qual, com seus quatorze artigos dispõe acerca do procedimento, do rito a ser seguido pela Corte, assim como traz disposições pertinentes ao direito material; a título de exemplo, determina quem são os legitimados para propositura da medida, ou seja, os mesmo que podem dar início a ação direta de inconstitucionalidade (artigo 2º).

Ademais, a lei em comento, com amparo constitucional, que dispõe sobre a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, diferentemente dos demais remédios constitucionais observados em controle abstrato de constitucionalidade, tem como objeto “[...] evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (artigo 1º).

Concebe-se, pois, que a lei supracitada abarca tanto atos omissivos como comissivos que causem lesões a preceitos fundamentais, além disso, tem caráter preventivo, “evitar”, e repressivo, “reparar”, diferentemente das demais ações constitucionais de controle abstrato, que apresentam somente eficácia repressiva.

Outro fato relevante em relação ao instrumento, é que ele abarca “[...]lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (parágrafo único do artigo 1º), assim a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ao contrário das demais ações de controle de constitucionalidade em abstrato, manejadas frente ao Supremo Tribunal Federal, abarca leis e atos normativos de qualquer esfera, federal, estadual e municipal, bem como os anteriores a vigência da atual constituição de 1988, demonstrando sua enorme amplitude e abrangência.

Observadas essas nuances sobre a ação em comento, assim como as características dos processos estruturantes, infere-se que o instrumento, pela sua amplitude, é ideal para o surgimento e desenvolvimento de qualquer demanda estrutural, inclusive para a que dá ensejo da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

Sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, Vitorino Silva, apresenta a seguinte perspectiva quanto a seu uso para implementação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil:

Tal ação subsidiária de controle abstrato de constitucionalidade pretende viabilizar, no Brasil, a declaração de um estado de coisas inconstitucional, à imagem e semelhança da construção jurisprudencial de mesmo nome desenvolvida na Corte Constitucional Colombiana, sobretudo nos julgamentos das sentenças de tutela T-025 e T-153, mas, como visto, já delineada em precedentes anteriores (SU-559). Inspirada, confessadamente, nessa construção jurisprudencial, a peça inaugural da ADF 347 argumenta, em apertada síntese, haver, presentemente, litígio estrutural, motivado por múltiplas inconstitucionalidades fático-substanciais, a afetar, de forma generalizada e massiva, a fruição de direitos fundamentais negativos e positivos por parte da população carcerária brasileira. Aduz, com base em alegada prova documental, serem extremamente comuns casos relatados de violência sexual, torturas, homicídios, celas úmidas e insalubres, proliferação de patologias infectocontagiosas, consumo de alimentação de baixo valor nutricional e péssimo estado de conservação, ausência de água potável, de produtos de higiene pessoal, bem como de controle eficiente sobre o cumprimento do total da pena tanto no âmbito dos presídios e carceragens federais como nos congêneres estaduais (SILVA, 2020, p. 180).

Em sua obra, o estudioso em comento, traz relevantes argumentos sobre o uso da técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, nos moldes do que se fez na Colômbia, valendo-se da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, assim como dispôs sobre o caráter subsidiário da lide, visto que essa não será admitida quando houver qualquer outro meio eficaz capaz de sanar a lesividade (artigo 4º, § 1º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999).

Deduz, pois, que apesar de sua amplitude quanto à matéria, a ação em estudo é medida extraordinária, sendo cabível seu ajuizamento somente quando não houver outro meio capaz de suprir a lesividade observada.

Em suma, em consonância com norma regulamentadora, a ação em estudo (ADF) se presta ao controle subsidiário, em abstrato, de omissões legislativas ou atos comissivos legislativos violadores de preceitos fundamentais, e não a apreciação, correção, reorganização ou determinação de implantação de determinadas políticas públicas, como no caso de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

Neste momento, para melhor compreensão da inserção da técnica decisória no sistema jurídico brasileiro, do Estado de Coisas Inconstitucional, é salutar a lição de Andréa sobre o desenvolvimento humano da Colômbia e do Brasil, demonstrando como eles estão em patamares semelhantes:

Ao se analisar a importação do conceito de ECI da Corte Constitucional da Colômbia para o Brasil, afigura-se razoável estabelecer um paralelo entre esses países para que se justifique a importação da figura apontada. Para tanto, vale-se do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e realizando-se a comparação do IDH entre o Brasil e Colômbia de 1990 até 2014, tem-se valores muito próximos, sendo o IDH da Colômbia em 1990 de 0,600 e do Brasil de 0,590; nos anos de 2000 o IDH da Colômbia passou para 0,658 e o do Brasil para 0,669; o IDH em 2014 da Colômbia alcançou 0,720, enquanto o do Brasil atingiu o patamar de 0,775. Portanto, conforme o último ranking mundial do IDH, tanto o Brasil quanto a Colômbia encontram-se dentro da mesma faixa de “alto desenvolvimento humano”. Destarte, o que se extrai de aludidos dados é que os dois países se encontram muito próximos no que se refere a questões de saúde, educação e renda *per capita*. Sendo possível conceber a figura do ECI colombiano não seria incompatível com a realidade brasileira (ANDRÉA, 2021, p 27).

Calcada na realidade social brasileira e no desrespeito reiterados aos Direitos Fundamentais, valendo-se do meio que entendeu cabível, qual seja, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em 25/07/2015, a demanda, visando a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL junto ao Supremo Tribunal Federal, possuindo sete advogados subscritores.

Na inicial em comento, as medidas solicitadas, que em muito superam o controle de constitucionalidade de lei e ato normativo, tanto no mérito como em sede de liminar foram as seguintes:

Diante do exposto, configurada a verossimilhança das alegações de fato e de Direito constantes nesta ADPF, bem como caracterizada a necessidade de adoção urgente de medidas voltadas ao equacionamento das gravíssimas violações aos direitos fundamentais dos presos brasileiros, em seu proveito e em prol da segurança de toda a sociedade, 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 Cívicos 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 pena; 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. Em face do exposto, espera o Arguente que o Supremo Tribunal Federal promova a oitiva (I) da União Federal, do Distrito Federal e de todos os Estados da Federação, responsáveis pelos atos e omissões acima descritos, que caracterizam o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro; (II) do Advogado-Geral da União e (III) do Procurador-Geral da República. Por fim, espera o Arguente seja julgada procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de modo a: 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; j) Nos termos do art. 6º e §§ da Lei 9.882, o Arguente requer, ainda, a produção de toda prova eventualmente necessária ao deslinde desta Arguição, tais como a requisição de informações adicionais e designação de perito ou comissão de peritos (STF, ADPF 347, 2015).

Em relação a medida liminar, o acórdão, após a apreciação no plenário da Corte assim foi proferido:

O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu 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. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015 (STF, ADPF 347, 2015).

Entende-se, portanto, que somente dois dos pedidos formulados em sede de liminar foram deferidos, os pertinentes as letras “b” e “h”. Nesse ponto, faz-se necessário a transcrição de parte do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, que de forma clara abordou a possibilidade de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional através do meio eleito, qual seja, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental:

Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional”. Independentemente de rótulos, importa esclarecer quais implicações, presentes os limites de atuação do Supremo, surgem a partir do reconhecimento de se encontrarem satisfeitos os pressupostos próprios desse estado de coisas. Qual papel o Supremo está legitimado a desempenhar ante o estágio elevadíssimo de inconstitucionalidades? Com relação aos problemas causados pela chamada “cultura do encarceramento”, do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo. Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resultam na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes. 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. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral. Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático. No caso dos presos, os bloqueios ou desacordos políticos encontram razões tanto na sub-representação parlamentar como na impopularidade desses indivíduos. A primeira decorre do fato de os condenados criminalmente ficarem impedidos de votar e serem votados. Têm os direitos políticos suspensos enquanto perdurarem os efeitos da sentença condenatória transitada em julgado (artigo 15, inciso III, da Constituição Federal). Então, não gozam de representação política direta. A segunda é ainda mais problemática, configurando os presos minoria socialmente desprezada. Conforme apontou Ana Paula de Barcellos, os cidadãos livres acreditam, recusando a dimensão ontológica da dignidade humana, que o criminoso perde o direito à vida digna ou mesmo a condição humana, não sendo titular de quaisquer direitos fundamentais (BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade

humana. Revista de Direito Administrativo nº 254, 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público]). Com tais conceitos disseminados, a opinião pública não aceita seja dada prioridade, no tocante aos gastos públicos, à melhoria das instalações prisionais. Muitos até acreditam que as condições desumanas das prisões consubstanciam retribuição aos crimes praticados pelos detentos. Em síntese, a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reiviniquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna. A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo. Essa preocupação é tanto maior quanto mais envolvida matéria a atrair a atenção especial do público. Questões criminais são capazes de gerar paixões em um patamar que outros temas e áreas do Direito não conseguem. A sociedade não tolera mais a criminalidade e a insegurança pública, e isso implica ser contrária à preocupação com a tutela das condições dignas do encarceramento. Essa rejeição tem como consequência direta bloqueios políticos, que permanecerão se não houver intervenção judicial. Pode-se prever a ausência de probabilidade de os poderes políticos, por si só, tomarem a iniciativa de enfrentar tema de tão pouco prestígio popular. Em casos assim, bloqueios costumam ser insuperáveis. [...] No sistema carcerário brasileiro, conforme já consignado, são violados diversos preceitos constitucionais: o da dignidade da pessoa humana e vários direitos sociais no patamar do mínimo existencial. Promove-se, indiretamente, o aumento da criminalidade. Tanto do ponto de vista liberal da dignidade inerente a todos os seres humanos, quanto sob o ângulo utilitarista da maximização do bem-estar dos membros da sociedade, a atitude certa é a de buscar soluções para a tragédia diária dos cárceres brasileiros, pouco importando a opinião majoritariamente contrária. Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática. No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso. 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. Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República. 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. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. Como destaca a doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um “elaborador” de políticas públicas, e sim um “coordenador institucional”, produzindo um “efeito desbloqueador” (GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 39). Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo (STF, ADPF 347, 2015).

Analisando-se o julgado proferido em caráter liminar, como um todo, é possível chegar a algumas conclusões. A primeira delas corresponde à Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como via adequada para o controle de políticas públicas, dando nova interpretação aos dispositivos da lei que a regulamenta e, por consequência, a técnica de julgamento da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é compatível com o controle de constitucionalidade em abstrato de nosso país e, com a competência do Supremo Tribunal Federal, não representa ofensa à separação dos poderes.

A segundo é que a Corte Constitucional brasileira, em determinada medida, quando observada a falha estrutural, ou seja, problemas nas políticas públicas, pode atuar de forma atípica exercendo função de coordenador, planejador e supervisor das mesmas, sempre no intuito de garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais no seio da sociedade.

Apenas para que fique claro, é cogente destacar que, a fim de adequar o uso da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ao reconhecimento e superação de falha estrutural, a política pública questionada foi equiparada a ato comissivo ou omissivo legislativo, dando nova interpretação à norma regulamentadora infraconstitucional da ação, Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, o que, em medida extremamente ativista, possibilitou o uso do instrumento como meio hábil a declaração do ECI em seu bojo.

Entretanto, para que se possa declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte apresentou alguns requisitos que, segundo elenca Vitorino Silva, de forma didática, são os seguintes:

- (1) haja violação massiva e generalizada de direitos fundamentais (com diversos direitos afetados), hábil a configurar um ataque à dimensão objetiva dos direitos fundamentais;
- (2) a situação de coisas inconstitucional derive de uma omissão administrativa persistente e grave em adotar políticas públicas que sejam idôneas para concretizar direitos fundamentais;
- (3) impliquem a responsabilização de diversas autoridades governamentais consideradas responsáveis pela violação massiva e generalizada de direitos e pelas falhas sistêmicas na execução de políticas públicas;
- (4) haja um bloqueio institucional causador de uma falha no processo democrático que acabe por afetar vítimas insuladas ou incapazes de se organizar, politicamente, para a reivindicação de sua agenda na pauta deliberativa (SILVA, 2020, p. 188).

Apesar dessa realidade subsistir no momento, sustentada por uma decisão precária, proferida em sede de liminar, na decisão do mérito da ação em tela, o entendimento pode ser completamente distinto, visto que todos os seus termos podem ser revistos.

Hoje, o feito encontra-se com a tramitação suspensa em virtude o pedido de vista no do Ministro Roberto Barroso, destacando-se que a apreciação do mérito foi iniciada no plenário do STF em sessão virtual, que se realizou de 28/05/2021 a 07/06/2021.

Diante desta realidade, o Estado de Coisas Inconstitucional foi introduzido no sistema jurídico brasileiro.

### 3.2 DESENVOLVIMENTO

Em linhas gerais, é possível afirmar que o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, quando comparado com o Colombiano, em que já houve oito casos concretos de utilização da técnica decisória, ainda está em sua fase de embrionária, no início da gestação, visto que em território nacional só existem dois casos, ambos com decisões precárias, liminares, que sustentam a declaração.

No Brasil, justamente por ser um instituto muito novo, sem qualquer decisão de mérito proferida, ainda não se pode aferir a efetividade da técnica decisória, sendo possível somente afirmar que o mesmo existe e que se desenvolve nos mesmos moldes do colombiano, ou seja, trata-se de um processo estrutural que visa estimular o diálogo institucional entre os poderes, fixando na figura do Judiciário um mediador, coordenador e fiscalizador dos remédios fracos previstos nas decisões por ele proferidas, visando sempre superar a falha estrutural, reconhecida através da declaração de inconstitucionalidade de uma estrutura estatal, política de governo, e não de uma norma.

O que se regulamenta com as decisões não são atos pretéritos, mas sim determina-se a implementação de alterações para o futuro, para reforma de uma estrutura burocraticamente organizada, visando a concretização dos Direitos Fundamentais violados até o momento do proferimento da decisão.

Significa, pois, que para a técnica decisória ser estudada em sua plenitude no Brasil, ainda há muita observação a ser realizada, principalmente no que diz respeito à sua eficácia, visto que somente após vários anos de prolata a decisão de mérito, e de acompanhamento do cumprimento das determinações emanadas do Poder Judiciário é que será possível afirmar se a política pública, implantada ou reestruturada, foi capaz de garantir o exercício pelos cidadãos do Direito Fundamental que os assiste.

A segunda demanda que deu origem de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional em solo nacional, seguindo o mesmo raciocínio da primeira, também se valeu do mesmo meio, qual seja, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tratando-se de ADPF 822, ajuizada em 08/04/2021.

Diferentemente da primeira, que possuía um autor, a lide em tela contou com vários postulantes, sendo esses os seguintes: Central Única dos Trabalhadores – CUT; Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil – CTB; Nova Central Sindical dos Trabalhadores – NCST; União Geral dos Trabalhadores – UGT; Confederação Nacional dos Metalúrgicos da CUT – CNM/CUT; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social da CUT – CNTSS/CUT; Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS; Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio e Serviços da CUT – CONTRACS/CUT; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE; Confederação Nacional dos Trabalhadores Públicos Municipais – CONATRAM; Associação Brasileira da Rede Unida; Associação Brasileira de Enfermagem – ABEN; Associação Brasileira de Organizações não Governamentais – ABONG; Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO; Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES; Federação Nacional dos Farmacêuticos – FENAFAR; Movimento de Reintegração das Pessoas Atingidas Pela Hanseníase – MORHAN e Sindicato dos Servidores do Sistema Nacional de Auditoria do Sus – UNASUS SINDICAL.

Ou seja, a ADPF em comento contou com a participação de várias instituições, de inúmeros seguimentos da sociedade, todos buscando expressamente que se declarasse o Estado de Coisas Inconstitucional em relação a saúde, na forma de condução das medidas adotadas contra a pandemia causada pelo coronavírus, Covid-19.

O pedido para reconhecimento da inconstitucionalidade da estrutura estatal, da política pública observada quanto à saúde, foi formulado em sede de liminar e solicitado a sua confirmação no julgamento do mérito.

Nessa perspectiva, em decorrência da regra de prevenção pelo objeto da lide, nos termos do artigo 77 – B do regimento interno do STF, a ação em tela foi distribuída para o Ministro Marco Aurélio, que passou a ser o seu condutor, possuindo em suas mãos a relatoria dos dois únicos casos em que ocorreu o reconhecimento da existência do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil até o momento, representados pela APDF 347 e APDF 822.

A ADF 822 teve sua apreciação iniciada no plenário do Supremo Tribunal Federal em sessão virtual, que se realizou de 25/06/2021 a 02/08/2021, momento que seu relator, Ministro Marco Aurélio, convertia a apreciação da liminar em julgamento final e assentava a procedência do pedido formulado na alínea “a” da petição inicial, declarando o estado de coisas inconstitucional na condução das políticas públicas destinadas à realização dos direitos à vida e à saúde, considerada a pandemia Covid-19, bem como julgava procedente parte das demais postulações, quando então pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes, o que promoveu a suspensão do julgamento que perdura até o presente momento.

Desse modo, como já se alegou, constata-se que o instituto no Brasil ainda está sem sua fase preliminar de desenvolvimento, carecendo de maior maturidade para que a jurisprudência, em conjunto com a doutrina balizadora, possam traçar seus contornos precisos em território nacional, abarcando temas como competência, limites das medidas a serem adotadas, requisitos, entre outros que são necessário para que a técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional possa se firmar e produzir resultados concretos no meio social.

### 3.3 SITUAÇÃO ATUAL DO INSTITUTO

No Brasil a técnica decisória da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional está extremamente vinculada a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, sendo esse o instrumento processual eleito para sua materialização no sistema jurídico pátrio. Ou seja, trata-se de uma construção eminentemente doutrinária e jurisprudencial, pautada em inúmeros princípios constitucionais que resguardam os Direitos Fundamentais, tendo como principal pilar a dignidade da pessoa humana.

Assim, ainda não há qualquer lei específica tratando do assunto, ou seja, não existe qualquer impedimento para que a técnica decisória possa se manifestar em outros procedimentos, diversos do rito adotado na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, desde que esses tenham a amplitude que requer a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, no que diz respeito à competência para determinar as medidas necessárias, as decisões capazes de promover a reestruturação ou implementação da política pública reconhecida como inconstitucional.

Em observância à técnica decisória na Colômbia, em seu momento atual, trazendo para a realidade brasileira de controle de constitucionalidade é possível que qualquer juízo ou tribunal declare o Estado de Coisas Inconstitucional, conforme entendimento de Andréa:

Realizando-se uma radiografia jurídica dos instrumentos processuais disponíveis na Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional, a fim de se destacar aqueles que sejam compatíveis com a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” em seu bojo, sobressai três figuras: a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o recurso extraordinário com repercussão geral e a ação civil pública. Cabe destacar que, conforme alteração do entendimento apontado no tópico anterior, a despeito do fato de que na Colômbia o único órgão legitimado para declarar o ECI seja a respectiva Corte Constitucional, entende-se que, pelas peculiaridades do sistema brasileiro, a declaração do ECI é possível tanto pelo STF, quanto por qualquer outro juízo ou Tribunal do país. Isso decorre dos próprios pressupostos do ECI, que demanda medidas estruturais que podem ser de larga escala ou não, afetas a determinadas localidades e/ou regiões. Assim, tanto o STF, quanto os diversos magistrados e Tribunais espalhados pelo Brasil têm competência para tanto, valendo-se dos respectivos instrumentos (ANDRÉA, 2021, p 156).

Desse modo, para o autor, três são os instrumentos processuais que podem comportar a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Recurso Extraordinário com repercussão geral e a Ação Civil Pública, valendo destacar que, na realidade brasileira de controle de constitucionalidade, como já se alegou, é possível que qualquer juízo ou tribunal possa se valer do instituto.

Nesse contexto, surge a discussão acerca da necessidade de regulamentação, de fixação de marcos legais para o emprego da técnica, determinando os limites das decisões proferidas em seu bojo, e quando é cabível a declaração, apresentando objetivamente seus requisitos.

Desse modo, a regulamentação, desde que adequada e condizente o objetivo do Estado de Coisas Inconstitucional, observando a amplitude das decisões a serem proferidas para concretização dos Direitos Fundamentais, é necessária e colaborará para um maior uso da técnica, sem que haja qualquer questionamento quanto ao rito adotado e competência do órgão judicial.

Como a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional implica necessariamente em decisões que afetam o âmbito do Executivo e do Legislativo no que diz respeito a suas atribuições típicas, sendo muitas vezes entendida como medida ativista, na qual o Judiciário, em determinada medida, testa os limites de sua competência, houve por parte do Congresso Nacional uma tentativa de regulamentar o tema em 2015.

Na oportunidade o Senador Antônio Carlos Valadares apresentou a casa a que é vinculado um projeto de lei – PL nº 736/2015, o qual propunha a alteração da Lei nº 9.882 de 1999, que regulamenta o manejo da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, assim como do atual Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 2015, para desse modo fixar limites ao exercício do controle de constitucionalidade difuso e concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

O projeto de lei em tela expressamente dispunha acerca do Estado de Coisas Inconstitucional, possuindo sua ementa a seguinte redação:

Ementa: Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Explicação da Ementa: Estabelece termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (SENADO FEDERAL, 2015).

Sobre a temática, Andréa apresenta o seguinte entendimento, quanto ao aspecto jurídico e político acerca do projeto de lei em tela:

Da leitura da justificação do projeto extrai-se o temor do parlamentar quanto ao controle jurisdicional de políticas públicas praticado pelo STF, que segundo sua visão, atingiu seu ápice com a decisão do RE nº 592.581 e da ADPF 347/2015 (o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro). O parlamentar sustenta que a decisão do STF na ADPF nº 347/2015 interferiu em questão orçamentária ao determinar o descontingenciamento das verbas do Funpen, o que feriria o princípio da separação dos poderes. Diante disso, apresenta projeto de lei para estabelecer parâmetros de atuação do STF nesses casos, conjugando a declaração do “estado de coisas inconstitucional” com outro mecanismo: o “compromisso significativo” entre o Estado em sua dimensão executiva (Poder Executivo) e os destinatários de determinada política pública ou detentores de algum direito constitucional não concretizado. Segundo o Senador, a vantagem do “compromisso significativo” seria a construção de uma solução pactuada, participativa, sob fiscalização do Poder Judiciário (ANDRÉA, 2021, p 190).

Apesar do temor do senador, o projeto de lei não atingiu seu objetivo, em verdade caiu no esquecimento.

Segundo consta do registro do Senado Federal, o Projeto de Lei nº 736/2015, foi apresentado na casa em novembro de 2015, ficando registrando a sua existência na ata do plenário e, na sequência, foi enviado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Na comissão, no mesmo mês em que foi apresentado ao Senado Federal, aguardou-se o transcurso do prazo para apresentação de emendas ao texto originário do projeto de lei, e nenhuma foi protocolada, assim foi determinada redistribuição do feito, o que nunca ocorreu.

Desse modo, em dezembro de 2018, diante do fim daquela legislatura, o projeto de lei foi enviado ao plenário do Senado, sendo arquivado nos termos do *caput* do artigo 332 do Regimento Interno da casa, ou seja, em virtude de não ter tido andamento e a legislatura estar terminando.

Desse modo, por desinteresse dos parlamentares, o projeto de lei em tela não teve andamento, continuando o Estado de Coisas Inconstitucional em nosso país a existir, calcado nos precedentes de outros estados soberanos, ensinamentos doutrinários e em duas decisões precárias, liminares, do Supremo Tribunal Federal, ADPF 347 e ADF 822.

## CONCLUSÃO

A experiência dos diversos países apontados neste trabalho, os quais adotaram a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, demonstra a viabilidade da técnica decisória enquanto mais um instrumento a atuar na tentativa de garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais.

É notório que ela suscita inúmeras discussões acerca de sua viabilidade jurídica, de sua possível inconstitucionalidade, por ser uma medida eminentemente calcada no ativismo judicial, se tratando de uma lide estrutural em que as decisões proferidas estão tangenciando os limites da competência típica do Poder Judiciário.

O princípio da separação dos poderes está sempre em evidência nas decisões proferidas em seu bojo, visto que essas, buscando não transgredir a competência do Poder Judiciário, adotam medidas brandas, despidas de extremo poder coercitivo, como ocorre normalmente, encontrando-se mais voltadas para a definição de metas, demonstrando o órgão prolator uma postura de fiscalizador e ente promotor de cooperação entre os poderes e as instituições, buscando a reorganização da estrutura comprometida ou implementação de uma nova, visto que a em vigor, inquinada de inconstitucionalidade, é incapaz de assegurar o exercício do Direito Fundamental violado.

Na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, diferentemente do que ocorre nos demais processos estruturais, há o reconhecimento e declaração da inconstitucionalidade de uma estrutura estatal, uma política de governo, levando-se em consideração que ela fere Direitos fundamentais, e não de uma norma como ocorre nos processos típicos de controle de constitucionalidade, sendo tal conduta extremamente inovadora.

O que se regulamenta com as decisões não são atos pretéritos, mas sim determina-se a implementação de alterações para o futuro, para reforma de uma estrutura burocraticamente organizada, visando a concretização dos Direitos Fundamentais violados até o momento do proferimento da decisão.

O grande questionamento da atuação do Poder Judiciário, nos termos do que preconiza a técnica colombiana para superar as transgressões ao Direitos Fundamentais é, até em que medida, ela não propicia e incentiva um movimento de ruptura com a própria estrutura Estatal constituída, visto que a declaração de existência do Estado de Coisas Inconstitucional pode promover a centralização do poder na figura do Judiciário, até chegar ao ponto de esvaziar as competências, atribuições típicas, dos demais poderes.

Os argumentos favoráveis e contrários ao Estado de Coisas Inconstitucional são muitos, tratando-se de um instrumento controverso que, invariavelmente, faz parte das discussões versando sobre Direito Constitucional contemporâneo em nosso país, visto que o Supremo Tribunal Federal, ainda que em caráter precário, em sede de decisão liminar, reconheceu a existência da técnica no sistema jurídico pátrio, assim como se reconheceu competente para a efetivação da declaração.

Como já se alegou, constata-se que o instituto no Brasil ainda está em sua fase preliminar de desenvolvimento, carecendo de maior maturidade para que a jurisprudência, em conjunto com a doutrina balizadora, possa traçar seus contornos precisos em território nacional.

A regulamentação do instituto através de lei é de suma importância para sua evolução, registrando-se que já houve iniciativa neste sentido, contudo o Projeto de Lei nº 736/2015 não progrediu no Senado Federal e acabou sendo arquivado, continuando o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil a existir, calcado nos precedentes de outros países, ensinamentos doutrinários e em duas decisões precárias, liminares, do Supremo Tribunal Federal proferidas na ADPF 347 e 822.

Destarte, a técnica decisória no Brasil ainda precisa amadurecer para criar raízes no sistema jurídico pátrio, visto que, no momento, pairam mais incertezas do que elementos concretos sobre a definição de seus contornos, os requisitos para sua existência, os procedimentos judiciais que comportam a sua declaração, os limites da atuação do Poder Judiciário e, principalmente, se ela é capaz de garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais no meio social, um questionamento que somente o tempo e a maturação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil poderão responder.

## REFERÊNCIAS

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo – REPRO**. São Paulo, v. 225, nov. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2018

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Brasília: Congresso Nacional, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm). Acesso em: 10 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 10 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 736 de 11 de novembro de 2015**. Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Acesso em: 10 de abril de 2022.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Resolução do Senado Federal nº 93 de 1970**. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao/regimento-interno>. Acesso em: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp 1.854.842/CE**, Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, Julgado em 02/06/2020, DJE 04/06/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=2019%2F0160746&aplicacao=processos./.../PesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). ADPF 347, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento iniciado em 09/09/2015, **DJE nº 181**, divulgado em 11/09/2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **ADPF 822**. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento iniciado em 03/08/2021, DJE nº 159, divulgado em 09/08/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Informativo 798 do STF. 2015**. Página inicial disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 15/10/1980**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/normativos/veratonormativo.asp?Documento=1737>. Acesso em: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **STA 175-AgR/CE**, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJE 30/04/2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>. Acesso em: 10 maio. 2021.

BRITTO, Lívia Mayer Totola; KARNINKE, Tatiana Mascarenhas. O Caso Brown v. Board Education, Medidas Estruturantes e o Ativismo Judicial. **Anais do IV Congresso de Processo Civil Internacional**, Vitória, 2019.

CAMPILONGO, Celso; FARIA, José Eduardo; GIORGI, Raffaele de. Estado de Coisas Inconstitucional. **Estadão**, 2015. Opinião. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 10 maio. 2021.

COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia**. Disponível em: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html). Acesso em: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia SU-559/1997 de 6 de novembro de 1997**. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes de Muños. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1997/su559-97.htm>. Acesso em: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentencia T-068/1998 de 5 de março de 1998**. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-068-98.htm>. Acesso em: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentencia T-153/1998 de 28 de abril de 1998**. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Munõz. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentencia SU-250/1998 de 26 de maio de 1998**. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/SU250-98.htm>. Acesso em: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentencia T-289/1998 de 9 de junho de 1998**. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-289-98.htm>. Acesso em: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentencia T-590/1998 de 20 de outubro de 1998.** Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-590-98.htm>. Acesso em: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentencia T 525/1999 de 23 de junho de 1999.** Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1999/T-525-99.htm>. Acesso em: 10 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sentencia T-025/2004 de 22 de janeiro de 2004.** Magistrado Ponente Manuel Cépeda Espinosa. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2004/T-025-04.htm>. Acesso em: 10 maio. 2021.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. O processo estrutural enquanto forma de objetivação e o ativismo judicial. **Revista de Processo – REPRO RT 297.** São Paulo, v. 225, nov. 2019.

COSTA, Tiago Magalhães; SANTOS JÚNIOR, Clodoaldo Moreira dos. **O Estado de Coisas Inconstitucional no Direito Pátrio.** Migalhas, 2021. Migalhas de peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/332529/o-estado-de-coisas-inconstitucional-no-direito-patrio>. Acesso em: 4 dez. 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 75, p. 101-136, jan./mar. 2020.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. In: JOBIM, Marco Félix.; Ferreira, William Santos. (Org.). **Direito probatório.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais, *Jornal of institutional studies.*** Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 2018.

FISS, Owen. **Direito como Razão Pública. Processo, Jurisdição e Sociedade.** Coordenação da tradução: Carlos Alberto de Salles, Curitiba, 2017.

FUX, Luiz. **Processo Civil Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. **Boletim Científico n. 49** - Janeiro/Junho 2017 da Escola superior do Ministério Público da União.

LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional.** 25 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARMELSTEIN, Geroge. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In OLIVEIRA, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (org). **Diálogos Jurídicos Luso-brasileiros.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.

MARTINS, Renato Woolley de Carvalho. **A aplicabilidade da decisão estrutural no microsistema processual coletivo ativo e passivo**. Dissertação – Universidade Paranaense. Umuarama, 2017.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Método, 2009.

PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. Dissertação – Universidade Federal. Curitiba, 2018.

PINTO, Henrique Alves. O enquadramento das decisões estruturais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo – REPRO**. São Paulo, v. 271, set. 2017.

SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. **Processo Estrutural Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. São Paulo: Almedina, 2021.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de Coisas Inconstitucional e Processo Estrutural**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um *habeas corpus* no Brasil. **Consultor Jurídico**, 2015. Colónas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>. Acesso em: 10 maio. 2021.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO (UERJ). **Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário – ADPF 347**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario/>. Acesso em: 10 maio. 2021.