

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL – MINTER UNISINOS/UNIDAVI
NÍVEL MESTRADO**

CINTIA SCHÜRMANN

**LITÍGIOS ESTRUTURAIS E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: um estudo a partir da
ADPF n.º 347 e da tese do Estado de Coisas Inconstitucional**

**SÃO LEOPOLDO
2019**

CINTIA SCHÜRMAN

LITÍGIOS ESTRUTURAIS E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: um estudo a partir da ADPF n.º 347 e da tese do Estado de Coisas Inconstitucional

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez.

São Leopoldo

2019

S394l Schürmann, Cintia
Litígios estruturais e diálogos institucionais: um estudo a partir da ADPF n.º 347 e da tese do Estado de Coisas Inconstitucional / Cintia Schürmann -- 2019.
218 f. : il. ; color. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2019.

Orientador: Prof. Dr. Dr. José Rodrigo Rodriguez.

1. Direito. 2. Estado de coisas inconstitucional. 3. Litígios estruturais. 4. Diálogos institucionais. 5. Legitimidade. 6. Separação de poderes. I. Título. II. Rodriguez, José Rodrigo.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: **"LITÍGIOS ESTRUTURAIS E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: um estudo a partir da ADPF n.º 347 e da tese do Estado de Coisas Inconstitucional"** elaborada pela mestranda **Cintia Schürmann**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 09 de outubro de 2019.



Profa. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. José Rodrigo Rodriguez 

Membro: Dr. José Arthur Castillo de Macedo (Participação por Webconferência)

Membro: Dra. Clarissa Tassinari 

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, primeiramente a Deus, por esta oportunidade, pela força e perseverança para eu chegar até o final.

Em segundo, gostaria de agradecer à minha família, por todo o apoio e compreensão por todas as vezes que precisei me ausentar do nobre convívio familiar. Agradecer, em especial, à minha mãe, Maria Luzia Korb Schürmann, que um dia chorou por pensar que voltar a residir no interior seria um obstáculo a impedir seus filhos de estudar. Outro agradecimento especial dedico ao meu sobrinho, Guilherme Ibers Schürmann, porque esses trabalhos da tia estavam demorando muito e a saudade estava muito grande, até lá no céu.

Agradeço ainda ao meu pai, Inocêncio Paulo Schürmann, e à minha falecida Oma, Maria Ana Schürmann, os quais, honrando seus antepassados, sempre me incentivaram a estudar. Lembro-me, quando criança, de minha Oma falando da importância do estudo enquanto eu tentava ajudar a capinar as pastagens, digo tentava porque até hoje não levo muito jeito com a enxada, sendo motivo de risadas. Mas talvez, foi justamente por isso que nunca consegui aprender direito a capinar, entendia-me melhor com os livros.

Agradeço, também, ao meu irmão, Anderson Schürmann, e à minha cunhada e amiga, Denise Ap. Ibers Schürmann, pelo apoio e compreensão compartilhados.

Aos meus amigos, muito obrigada! A presença de vocês em minha vida, as palavras de conforto e de ânimo foram fundamentais para eu prosseguir nesta jornada. Em especial ao meu amigo e colega mestrando, agora mestre, Gustavo Felipe Anami Segundo, cujo apoio e ajuda metodológica foram essenciais para o término deste trabalho.

Por fim, mas não menos importante, quero agradecer imensamente ao meu orientador, José Rodrigo Rodriguez, pelo apoio, incentivo e por acreditar em mim quando nem eu mesma acreditava, bem como por compartilhar seu amplo conhecimento.

Agradeço, ainda, à UNISINOS, à UNIDAVI, aos coordenadores do curso e aos professores, em especial ao professor Wilson Engelmann, coordenador do MINTER, pelos ensinamentos, apoio e compreensão.

“O Diálogo é mais do que uma técnica: é uma maneira de conduzir conversações que traz uma nova visão de mundo, de relacionamentos e de processos.”¹

¹ DIÁLOGO. Escola de Diálogo de São Paulo. Disponível em: <<http://escoladedialogo.com.br/escoladedialogo/index.php/sobre-o-dialogo/>>. Acesso em: 18 set. 2019.

RESUMO

Atualmente, no Brasil, a situação sobre o sistema carcerário passa por tantos problemas e em um nível tão grave que, durante o julgamento do pedido liminar da ADPF n.º 347, o reconhecimento do estado de inconstitucionalidade foi unânime. Assim, a ADPF n.º 347 trouxe para o Brasil a tese colombiana do Estado de Coisas Inconstitucional, a qual consiste em uma forma de julgamento de litígios estruturais e exige uma postura proativa da Corte Constitucional. Logo, questiona-se se a Corte Constitucional brasileira teria legitimidade para atuar, nos casos de litígios estruturais, de forma proativa, como sugere a tese colombiana do ECI e a doutrina americana das *structural injunction*, sem implicar em violação ao princípio da Separação de Poderes. Ambas as doutrinas mencionam a importância dos diálogos institucionais, inclusive como forma de superar a objeção de legitimidade da Corte Constitucional. Vale destacar que esses diálogos não possuem a forma tradicional das doutrinas dialógicas, pois se constituem em um diálogo direto entre os três poderes e a sociedade. Esse diálogo direto pode ocorrer dentro ou fora do processo, consolidando-se, em geral, dentro do processo, cabendo à Corte um papel de coordenação. Nesse norte, a abertura da Corte aos diálogos institucionais, de forma direta para que os demais poderes participem do diálogo, incluindo a sociedade através de audiências públicas e *amicus curiae*, entre outros instrumentos, parece afastar as objeções de legitimidade democrática, de supremacia judicial e de violação da Separação de Poderes. Mas além disso, a tese do ECI traz elementos que levam a uma concepção mais aberta do princípio da Separação de Poderes, admitindo-se, através dos diálogos institucionais e com a sociedade, uma interferência do Poder Judiciário na função dos demais Poderes, sem que isso implique em ilegitimidade e em violação da Separação de Poderes. Isso porque a tese do ECI não só mantém os demais poderes em sua função, como os chama a exercê-la, e o faz através dos diálogos e da abertura para a participação de todos na busca da solução do litígio estrutural.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Litígios Estruturais. Diálogos Institucionais. Legitimidade. Separação de Poderes.

RESUMEN

Actualmente, en Brasil, la situación con respecto al sistema penitenciario es caótica y a un nivel tan dramático que durante el juicio de la orden ADPF No. 347, el reconocimiento del estado de inconstitucionalidad fue unánime. Por lo tanto, ADPF n.º 347 trajo a Brasil la tesis colombiana del Estado de cosas inconstitucional, que consiste en una forma de juicio de disputas estructurales y requiere una postura proactiva del Tribunal Constitucional. Por lo tanto, se cuestiona si la Corte Constitucional brasileña tendría legitimidad para actuar, en casos de disputas estructurales, de la manera proactiva como lo sugiere la tesis colombiana de ECI y la doctrina estadounidense de medidas cautelares estructurales, sin implicar una violación del principio de Separación de Poderes. Ambas doctrinas mencionan la importancia de los diálogos institucionales, incluso como una forma de superar la objeción de legitimidad del STF. Es de destacar que estos diálogos no tienen la forma tradicional de doctrinas dialógicas, porque constituyen un diálogo directo entre los tres poderes y la sociedad, que puede ocurrir dentro o fuera del proceso, consolidándose, en general, dentro del proceso, teniendo un papel de coordinación en la corte. En este sentido, la apertura de la Corte a los diálogos institucionales, directamente para que los otros poderes participen en el diálogo, incluida la sociedad a través de audiencias públicas y *amicus curiae*, entre otros instrumentos, parece disipar las objeciones de legitimidad democrática, supremacía judicial y violación de la separación de poderes. Pero, además, la tesis de ECI aporta elementos que conducen a una concepción más abierta del principio de la Separación de Poderes, admitiendo, a través de diálogos institucionales y con la sociedad, una interferencia del Poder Judicial en la función de los otros Poderes, sin que esto implique ilegitimidad y violación de la Separación de Poderes, manteniéndolos en su función a través de diálogos y apertura a su participación en la búsqueda de una solución a la disputa estructural.

Palabras clave: Estado Inconstitucional de las Cosas. Disputas Estructurales. Diálogos Institucionales. Legitimidad. Separación de Poderes.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Evolução das pessoas privadas de liberdade (em mil)	24
--	----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Pessoas Privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014	21
Tabela 2 – Informações prisionais dos vinte países com maior população prisional do mundo	22
Tabela 3 - Informações prisionais dos vinte países com maior população prisional do mundo (Conclusão)	23
Tabela 4 - Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime	25

LISTA DE SIGLAS

ACNUR	Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
Clínica UERJ	Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ
Direitos	
CF	Constituição Federal
CNAIPD	Conselho Nacional de Atenção Integral à População Deslocada pela Violência
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONPES	Conselho Nacional de Política Econômica e Social
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPC	Código de Processo Civil
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
EUA	Estados Unidos da América
FUNPEN	Fundo Penitenciário
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
IPEA	Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas
LEP	Lei de Execuções Penais
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro / Ministra
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PNAISP	Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UNIS	Unidade de Internação Socioeducativa

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 347/DF E A IMPORTAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	18
2.1 PREMISSAS FÁTICAS	18
2.2 FUNDAMENTOS DA AÇÃO	32
2.3 O ACÓRDÃO E O SEU FUNDAMENTO JURÍDICO	38
2.3.1 Cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ..	39
2.3.2 Caracterização da Falha Estrutural e do Estado de Coisas Inconstitucional	42
2.3.3 Legitimidade do STF e sua Função de Guardião da Constituição	47
2.3.4 Separação de Poderes e Diálogos Institucionais	50
2.3.5 O perigo da Inefetividade	52
2.4 AS MEDIDAS DEFERIDAS	55
3 LITÍGIOS ESTRUTURAIS: CONHECENDO A DOCTRINA DE OWEN FISS E A TESE DO ECI	62
3.1 LITÍGIOS ESTRUTURAIS	62
3.2 A ORIGEM DAS AÇÕES ESTRUTURAIS E A DOCTRINA DE OWEN FISS	68
3.2.1 <i>Brown vs. Board of Education of Topeka</i>	69
3.2.1.1 <i>Brown</i> e as Medidas Estruturantes	71
3.2.2 Aspectos Destacados da Doutrina de Owen Fiss	75
3.2.2.1 Ausência de uma Sociologia	80
3.2.2.2 Fins Privados	82
3.2.2.3 Harmonia Natural	83
3.2.2.4 Isolamento do Judiciário	84
3.3 A TESE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - ECI	86
3.3.1 Origem e Construção do ECI	88
3.3.1.1 O caso do Deslocamento Forçado e a Fixação dos Pressupostos do ECI ...	93
3.3.1.1.1 Contexto histórico do deslocamento forçado na Colômbia	94
3.3.1.1.2 A sentença T-025 de 2004 e a fixação dos pressupostos do ECI	100
3.3.1.1.3 Os autos de seguimento	113
3.3.1.1.4 Os efeitos da Sentencia T-025	116

4 A TEORIA DAS DECISÕES ESTRUTURANTES E A TESE DO ECI: PONTOS DE CONVERGÊNCIA.....	121
4.1 NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	121
4.1.1 Omissão dos Demais Poderes e Legitimidade Democrática.....	122
4.1.1.1 A Legitimidade do Judiciário versus a Forma de Estado, segundo Owen Fiss	127
4.1.2 Dever da Corte para com os Direitos Constitucionais, Humanos e Fundamentais.....	133
4.1.3 Necessidade de tirar os Demais Poderes da Inércia. Os direitos Desestabilizadores.....	136
4.1.4 A (In)Capacidade Administrativa e Deficiência na Infraestrutura das Instituições Estatais.....	138
4.1.5 Necessidade de Coordenação e Diálogos entre os Poderes e Entidades	141
4.2 NECESSIDADE DE MONITORAMENTO	144
4.3 Necessidade de Diálogos	148
4.4 O QUE APRENDER SOBRE OS LIMITES AO JUDICIÁRIO COM AS EXPERIÊNCIAS AMERICANA E COLOMBIANA.....	152
5 TEORIAS DIALÓGICAS, SUPREMACIA E SEPARAÇÃO DE PODERES A PARTIR DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS	157
5.1 CONCEITO DE DIÁLOGO E CONTEXTUALIZAÇÃO	158
5.2 TEORIAS DIALÓGICAS.....	162
5.2.1 As Teorias Dialógicas quanto ao Método Judicial	166
5.2.1.1 Teorias do Aconselhamento Judicial.....	166
5.2.1.2 Teorias Centradas no Processo ou de Respeito às Regras Processuais ...	167
5.2.1.3 Teorias sobre o Minimalismo Judicial.....	169
5.3 TEORIAS ESTRUTURAIS DO DIÁLOGO	170
5.3.1 Teorias de Construção Coordenada.....	170
5.3.2 Teorias de Princípios Jurídicos	172
5.3.2.1 Teorias de Princípios e Controle Político sobre a Corte.....	172
5.3.2.2 Teorias de Princípio e Articulação Legislativa da Política	173
5.3.3 Teorias do Equilíbrio.....	174
5.3.4 Teorias da Parceria	174

5.3.5 Fusão Dialógica	175
5.4 A RESPOSTA COMO ELEMENTO ESSENCIAL PARA O DIÁLOGO	175
5.5 CONTRAPONTO DAS TEORIAS DIALÓGICAS ESTUDADAS COM O ECI ..	176
5.5.1 O Modelo Dialógico de Reforma Estrutural e o Poder de Agenda	178
5.5.2 O Modelo Estrutural, Diálogos e Supremacia Judicial.....	183
5.5.3 Ativismo Judicial Estrutural Dialógico e Legitimidade das Cortes.....	185
5.5.4 Litígios Estruturais, Diálogos e Separação de Poderes	192
5.6 O ECI NO BRASIL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES	200
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	203
REFERÊNCIAS.....	209
ANEXO 1 – QUADRO COMPARATIVO DAS TEORIAS DIALÓGICAS, POR SEBASTIÁN LINARES	220

1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade cada vez mais complexa, dentro de um Estado agigantado, com o compromisso de realização de vários direitos reconhecidos por fundamentais, o surgimento de problemas complexos e estruturais parece ser inevitável.

Um desses problemas é o do sistema carcerário. Atualmente, no Brasil, a situação do sistema carcerário passa por tantos problemas, e em um nível tão grave, que durante o julgamento do pedido liminar da ADPF n.º 347, apesar de algumas objeções, o reconhecimento do estado de inconstitucionalidade do sistema carcerário foi unânime.

A tese do Estado de Coisas Inconstitucional deriva de uma construção jurisprudencial da Corte colombiana. Ela cuida do reconhecimento de uma realidade -fundamentais, decorrente de uma omissão e/ou ineficácia da atuação estatal, em todas as suas esferas de poder, e que se mostra incompatível com a Constituição.

Dentre as principais características, encontram-se o diálogo e o monitoramento. Ao estudar o principal caso colombiano em que se declarou o ECI, verifica-se que os diálogos entre os poderes, entidades privadas e sociedade foi fundamental para o alcance de resultados significativos na busca de superação do estado de inconstitucionalidade. A manutenção da jurisdição da Corte Constitucional ante a necessidade de monitoramento da decisão, principalmente no tocante à colheita de resultados e ajustes nas determinações, também se mostrou essencial.

Contudo, como se pode perceber apenas do comentário das duas características acima, a tese do ECI exige uma postura proativa da Corte Constitucional. Logo, a incorporação da referida tese ocasiona profundos debates sobre a legitimidade do Poder Judiciário, bem como sobre as possíveis violações ao princípio da Separação de Poderes.

Assim, tendo em vista que o Brasil importou a tese do ECI, questiona-se se a Corte Constitucional brasileira teria legitimidade para atuar, nos casos de litígios estruturais, da forma proativa como sugere a tese colombiana do ECI e a doutrina americana das *structural injunction*, sem implicar em violação ao princípio da Separação de Poderes, cláusula pétrea da Constituição de 1988. Lembrando, por outro lado, que as decisões sobre os litígios estruturais visam à proteção de direitos fundamentais, os quais também possuem a garantia do art. 60, §4º, da Constituição.

Ambas as doutrinas mencionam a importância dos diálogos institucionais, inclusive como forma de superar a objeção de legitimidade do STF. Contudo, dentro de um sistema de separação de poderes rígida, em princípio, parece não haver espaço para a Corte Constitucional cobrar e monitorar a atuação dos demais poderes e órgãos, o que pode implicar em agravamento da situação de inconstitucionalidade, pois se o Judiciário negar a apreciação do problema estrutural, todos os Poderes ficarão inertes e os cidadãos sem qualquer apoio estatal.

Nesse norte, a abertura da Corte aos diálogos institucionais, de forma direta, para que os demais poderes participem do diálogo, incluindo também a sociedade, parece afastar as objeções de legitimidade democrática, de supremacia judicial e de violação da Separação de Poderes.

Diante disso, pretende-se, a partir do estudo do caso da ADPF n.º 347, passando pelo estudo da tese do ECI e dos litígios estruturais na doutrina americana de Owen Fiss, bem como das teorias dialógicas sistematizadas por Bateup, verificar a legitimidade da Corte para tratar de litígios estruturais e qual a implicância para o princípio da Separação de Poderes.

Para alcançar esse objetivo o trabalho será dividido em quatro capítulos, a fim de discorrer sobre o caso base do objeto de estudo, qual seja, a ADPF n.º 347, bem como descrever a tese do ECI e destacar alguns pontos sobre a doutrina da *structural injunction*, conforme o pensamento de Owen Fiss. Além de discorrer sobre as principais teorias dos diálogos institucionais para analisar, ao final, os efeitos perante o princípio da Separação de Poderes, em razão da adoção da tese do ECI, que tem o diálogo como principal característica.

Desse modo, no primeiro capítulo, buscou-se um conhecimento maior da ADPF n.º 347, iniciando pelo contexto histórico que levou ao ajuizamento da ação, com apresentação de alguns dados estatísticos para melhor compreensão da gravidade da situação. Em seguida, descreveu-se os principais fundamentos e requerimentos realizados na petição inicial que deu origem à ADPF n.º 347, para após fazer um comparativo com os fundamentos do acórdão e dos pedidos que foram deferidos na apreciação da liminar. Por fim, destacou-se os principais fundamentos utilizados pelos ministros na apreciação da liminar a fim de trazer elementos para uma possível comparação entre os fundamentos da ADPF e as teses do ECI e dos litígios estruturais.

No segundo capítulo, iniciou-se trazendo a descrição do que são os litígios estruturais, sua origem no caso *Brown v. Board of Education of Topeka* e alguns pontos destacados da doutrina de Owen Fiss, professor americano que é considerado na academia como um dos grandes estudiosos sobre o tema nos Estados Unidos. No segundo momento do capítulo, realizou-se um estudo da tese do Estado de Coisas Inconstitucional firmada pela Corte Constitucional colombiana, essencialmente através de uma análise da Sentencia T-025, na qual a referida Corte firmou a tese, destacando os seus pressupostos.

No terceiro capítulo, realizou-se uma análise dos principais pontos de convergência entre as duas doutrinas estudadas no capítulo anterior, já procurando trazer elementos de resposta à grande indagação do trabalho, qual seja, a legitimidade da Corte para atuar a frente dos litígios estruturais. Assim, discorreu-se sobre a necessidade de intervenção judicial e suas nuances, sobre a necessidade de monitoramento da decisão e de diálogos institucionais, trazendo ao final alguns pontos de advertência no julgamento desses litígios, a partir das experiências americana e colombiana.

No quarto e último capítulo, inicia-se trazendo uma conceituação de diálogo, a fim de ressaltar a sua importância e os seus férteis efeitos. Após, discorre-se sobre as principais teorias dialógicas, trazendo, dentre elas, como um modelo de diálogos institucionais, a forma de julgamento dos litígios estruturais, a partir dos ensinamentos do doutor Sebastián Linares. Em seguida, analisa-se a expressão “ativismo judicial estrutural dialógico” trazida pelos autores Garavito e Campos, verificando-se que esses autores também abordam os julgamentos dos litígios estruturais como uma forma de diálogos institucionais, bem como de ativismo legitimado, porém sob outra expressão. Por fim, analisa-se os diálogos institucionais e a Separação de Poderes, a partir de todo o estudo realizado sobre os litígios estruturais.

Para a realização da pesquisa, utilizou-se da estratégia de estudo de caso. Para Yin “o estudo de caso é uma investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto da vida real”² adequado, quando “as circunstâncias são complexas e podem mudar, quando as condições que dizem

² YIN. R. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005, p. 32.

respeito não foram encontradas antes, quando as situações são altamente politizadas e onde existem muitos interessados”³.

Até porque, a tese do ECI e a doutrina dos litígios estruturais americana foram sendo construídas a partir dos casos levados a julgamento nas Cortes, da postura desta e dos demais órgãos envolvidos, e dos efeitos que retornaram para a sociedade após a interferência judicial.

Então, são doutrinas que saem de uma situação fática, passam para uma abstração (um mundo ideal), e retornam para o mundo dos fatos, ou seja, é uma teorização a partir de uma realidade fática. Como Susan Sturm destaca “A tutela jurisdicional dos litígios complexos é uma prática em busca da teoria.”⁴.

Como técnicas de pesquisa, foram utilizadas a pesquisa bibliográfica⁵ e documental, tendo como base, doutrinas clássicas e contemporâneas, além de artigos publicados em periódicos, dados estatísticos disponibilizados por órgãos oficiais e análise de decisões judiciais, especialmente, as decisões proferidas na ADPF n.º 347 e na Sentencia T-025.

A base teórica do trabalho encontra amparo, como visto, nas doutrinas do Estado de Coisas Inconstitucional e dos litígios estruturais de Owen Fiss, firmando-se com as teorias dialógicas sistematizadas por Christine Bateup e utilizando o reflexo dessas teorias para analisar o princípio da Separação de Poderes sob uma ótica mais aberta, ou melhor, menos rígida.

Destarte, o tema foi escolhido pela sua importância e atualidade, em um momento que a ADPF n.º 347 ainda não foi julgada, em seu mérito, e que o número de pessoas encarceradas cresce significativamente, enquanto o número de vagas permanece estagnado, fazendo alcançar o vergonhoso índice de 197% de taxa de aprisionamento.

Portanto, é premente a necessidade de debate sobre o assunto. Inicialmente, porque a ADPF n.º 347 trata do sistema carcerário brasileiro, o qual se encontra em

³ LLEWELLYN, S.; NORTHCOTT, D. *The “singular view” in management case studies qualitative research in organizations and management*. In: **International Journal**, v. 2, n. 3, 2007, p. 194-207.

⁴ STURM, STURM, Susan. *In the normative theory of Public Law Remedies*. *Columbia Law School*, 1991. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1110/> Acesso em: 15 de agosto de 2019.

⁵ Tendo em vista que parte significativa do referencial teórico da dissertação encontra-se em língua estrangeira, em geral nos idiomas espanhol e inglês, para manter certa uniformidade de escrita e fluidez de leitura, no decorrer do trabalho, não constarão os textos nos idiomas originais. Constarão, em regra, as traduções direitas do autor, com hyperlinks e/ou referências em rodapé para consulta no original. Serão mantidas, contudo, pequenas expressões estrangeiras, com traduções no corpo do texto ou em nota de rodapé, para oportunizar uma rápida compreensão de seus significados.

situação de grave violação de direitos humanos. Segundo, porque a tese do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil teve incorporação recente na sistemática brasileira, justamente com o julgamento do pedido liminar na ADPF n.º 347, em 2015. Depois, em razão da tese exigir uma atitude mais proativa do Poder Judiciário, faz-se necessário descortinar as objeções de legitimidade e de violação da Separação de Poderes. Até mesmo para que a tese possa realmente ser admitida e aceita no Brasil, bem como para que ela possibilite o alcance de bons resultados na busca de soluções para o problema estrutural do sistema carcerário e, quiçá, de outros problemas estruturais existentes no país.

2 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 347/DF E A IMPORTAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Neste primeiro capítulo pretende-se fazer uma análise da ADPF n.º 347 e suas principais nuances na importação da tese do Estado de Coisas Inconstitucional. Porém, antes de adentrar nas nuances do pedido, do julgamento e dos fundamentos utilizados, indispensável uma contextualização fática sobre a situação do sistema carcerário brasileiro que impulsionou o ajuizamento da ação.

2.1 PREMISSAS FÁTICAS

A situação caótica do sistema penitenciário brasileiro não é novidade. O tema também não é recente. Autores como Cezar Roberto Bittencourt em 2001⁶; César de Barros Leal também em 2001⁷; Gustavo Noronha de Ávila em 2013⁸ e Adeildo Nunes em 2013⁹ escreveram sobre a falência do sistema prisional brasileiro.

Em 22 de agosto de 2007 foi instalada, na Câmara dos Deputados, uma Comissão Parlamentar de Inquérito, chamada de CPI do Sistema Carcerário, com a finalidade de investigar a realidade do sistema, principalmente no tocante à superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos, a permanência de presos que já haviam cumprido a pena, a violência dentro das prisões, corrupção, crime organizado e suas ramificações nos presídios, bem como com o intuito de buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal – LEP.¹⁰

Depois de meses de trabalho, analisando a realidade carcerária em todos os Estados da Federação, a CPI emitiu o seu relatório final, publicado em julho de 2009, com dados alarmantes.

Nota-se que, inclusive, os títulos utilizados para descrever os direitos violados dos presos chocam qualquer leitor, quiçá os dados que eles contêm. Vale colacionar o extenso sumário do capítulo da violação dos direitos dos presos:

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁷ LEAL, César de Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

⁸ ÁVILA, Gustavo Noronha de (coord.). **Faturas da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁹ NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

¹⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório da CPI do Sistema Carcerário de 2007**. Brasília, 2009. p. 01. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 7 set. 2018.

Capítulo V – Violação dos Direitos dos Presos. 01 – Falta de Assistência Material; 02 – Acomodações: Caso de Polícia; 03 – Higiene: Não existe nas Cadeias; 04 – Vestuário: Nudez Absoluta; 05 – Alimentação: Fome, Corrupção e Comida no Saco; 06 – Assistência à Saúde: Dor e Doenças; 07 – Assistência Médica: Falta Tudo; 08 – Assistência Farmacêutica: Um Só Remédio para Todas as Doenças; 09 – Assistência Odontológica: Extraí Dente Bom no Lugar do Estragado; 10 – Assistência Psicológica: Fábrica de Loucos; 11 – Assistência Jurídica: Nó Cego a ser Desatado; 12 – Assistência Educacional: Ignorância como Princípio; 13 – Assistência Social: Abandono e Desespero; 14 – Assistência ao Egresso: Feras soltas nas Ruas; 15 – Assistência Religiosa: Só Deus não salva; 16 – Superlotação: Inferno em Carne Viva; 17 – Trabalho: O Ócio Subsidiado; 18 – Comércio: Exploração da Miséria; 19 – Contato com o Mundo Exterior: Isolamento; 20 – Água e Luz: Uma Esmola de Cada Vez; 21 – Sem Sol, sem Ventilação e na Escuridão; 22 – Tortura e Maus Tratos: Agonia Todo dia; 23 – Admissão, Avaliação e Registro do Preso; 24 – Individualização da Pena: ‘Misturão’ de Presos; 25 – Preparação para a Liberdade: Reincidência Intitucional; 26 – Estrangeiros. Capítulo VI – Mulheres Encarceradas: Vergonha Nacional.¹¹

Após relatar essas violações, além de falar da falência na gestão orçamentária e da corrupção, a CPI iniciou a conclusão apontando para o total colapso do sistema carcerário, quase sem vislumbrar solução, nas seguintes palavras:

Diante do inferno carcerário vigente no País; da crescente violência, notadamente nas regiões metropolitanas, em que as facções criminosas disputam com o Estado o controle de extensos territórios e em face da impunidade de setores minoritários da sociedade, tem-se por um instante a sensação de que não há soluções para o caos carcerário existente.¹²

Porém, mais chocante é esta afirmação, extraída do interior do relatório:

Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano

¹¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório da CPI do Sistema Carcerário de 2007**. Brasília, 2009. p. 01. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 7: set. 2018.

¹² Ibid., p. 617.

[...] Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas.¹³

A Comissão realizou recomendações, oficiou a diversos órgãos interessados e realizou alguns projetos de lei.

Contudo, passados alguns anos, a situação permanece caótica. Essa constatação é feita pelo próprio Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, em 2014, através do Levantamento Nacional de informações penitenciárias - INFOPEN, que abre o relatório com a seguinte afirmação:

A situação carcerária é uma das questões mais complexas da realidade social brasileira. O retrato das prisões apresentado neste Relatório do Infopen desafia o sistema de justiça penal, a política criminal e a política de segurança pública. **O equacionamento de seus problemas exige, necessariamente, o envolvimento dos três Poderes da República, em todos os níveis da Federação,** além de se relacionar diretamente com o que a sociedade espera do Estado como ator de pacificação social.¹⁴ (grifo nosso).

Interessante observar que a citação acima abre o relatório feito em 2014 e que o DEPEN é órgão atrelado ao Poder Executivo. Ou seja, antes mesmo do Estado de Coisas Inconstitucional ser admitido no Brasil, o Poder Executivo, já havia reconhecido a necessidade imperiosa de atuação conjunta dos três poderes para superar a penosa situação do sistema carcerário.

Feita essa observação, importa apresentar alguns dados concretos para melhor compreensão da dramaticidade da situação prisional no Brasil à época do julgamento da liminar. Para isso, acosta-se a tabela sobre as pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014:

¹³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório da CPI do Sistema Carcerário de 2007**. Brasília, 2009. p. 172. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 7 set. 2018.

¹⁴ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) - 2014**. Brasília, 2014, p. 06. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2018.

Tabela 1 - Pessoas Privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014

Brasil – 2014	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Fonte: Brasil (2014)¹⁵

A tabela acima demonstra que, no primeiro semestre de 2014, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil ultrapassou a marca dos seiscentos mil, o que corresponderia acerca de 300 presos para cada cem mil habitantes no país. Inclusive, no decorrer do relatório, destacou-se que:

Entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119%. Em 2000, havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014, essa taxa chegou a 299,7 pessoas. Caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos. Em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade.¹⁶

Esses dados são assustadores, pois em 14 anos verifica-se que a quantidade de presos quase triplicou e as perspectivas acima apontadas são piores ainda.

O número de presos é altamente superior às aproximadamente 377 mil vagas do sistema penitenciário, totalizando um déficit de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%. Em outras palavras, em um

¹⁵ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) - 2014**. Brasília, 2014. p. 11. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2018.

¹⁶ Ibid., p. 16.

espaço concebido para custodiar 10 pessoas, existem por volta de 16 indivíduos encarcerados.

As informações acima, por si só, sinalizam a gravidade da situação do sistema prisional brasileiro. Porém, quando comparadas com os 20 países com maior população prisional do mundo, a gravidade parece aumentar. Isso porque o Brasil fica em quarto lugar com relação ao número total de pessoas presas, consoante se extrai da tabela de informações divulgada no INFOPEN:

Tabela 2 – Informações prisionais dos vinte países com maior população prisional do mundo

País	População Prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes	Taxa de ocupação	Taxa de presos sem condenação
Estados Unidos	2.228.424	698	102,70%	20,40%
China	1.675.872	119	-	-
Rússia	673.818	468	94,20%	17,90%
Brasil	607.731	300	161,00%	41,00%
Índia	411.992	33	118,40%	67,60%
Tailândia	308.093	457	133,90	20,60%
México	255.638	214	125,80%	42,00%
Irã	225.624	290	161,20%	21,10%
Indonésia	167.163	66	153,00%	31,90%
Turquia	165.033	212	101,20%	13,90%
África do Sul	157.824	290	127,70%	26,00%
Vietnã	142.636	154	-	12,80%
Colômbia	116.760	237	149,90	35,20%

Fonte – Brasil - 2014¹⁷

¹⁷ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) - 2014**. Brasília, 2014. p. 12. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2018.

Tabela 3 - Informações prisionais dos vinte países com maior população prisional do mundo (Conclusão)

País	População Prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes	Taxa de ocupação	Taxa de presos sem condenação
Filipinas	110.925	113	316,00%	63,10%
Etiópia	93.044	111	-	14,00%
Reino Unido	85.704	149	111,60%	14,40%
Polônia	78.139	203	90,20%	7,70%
Paquistão	74.944	41	177,40%	66,20%
Marrocos	72.816	221	157,80%	46,20%
Peru	71.913	232	223,00%	49,80%

Fonte – Brasil - 2014¹⁸

Analisando a referida tabela nota-se que a taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais brasileiros (161%) é a quinta maior entre os países relacionados. A população de presos sem condenação no Brasil (41%) também é a quinta maior taxa.

Observe-se que a Colômbia, apesar da objeção de inefetividade sobre o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário naquele país, efetuada no julgamento da liminar da ADPF n.º 347, apresenta índices mais baixos que o Brasil em todos os pontos analisados.

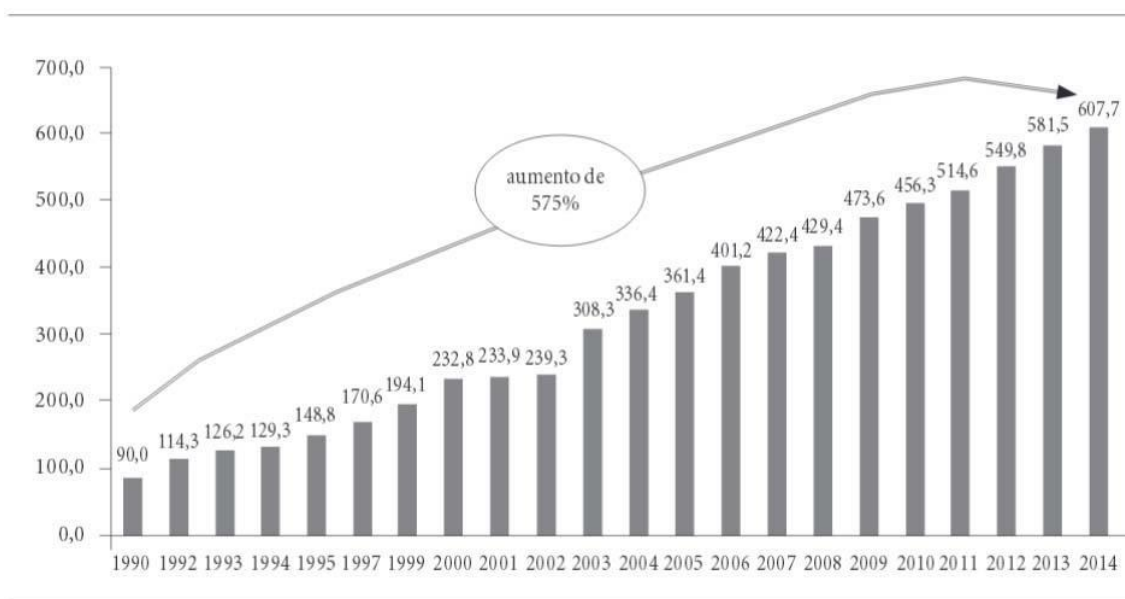
Para agravar ainda mais a situação, o aumento das pessoas presas no Brasil é alarmante, cerca de 575% em 24 anos, consoante se observou no relatório. Analisando os números apenas dos últimos 14 anos, constata-se que o aumento de

¹⁸ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) - 2014**. Brasília, 2014. p. 12. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2018.

presos é dez vezes maior que o aumento da população, ou seja, “Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano.”¹⁹.

É o que se colhe da figura abaixo, retirada do INFOPEN de 2014:

Figura 1 - Evolução das pessoas privadas de liberdade (em mil)



Fonte: Brasil (2014)²⁰

Analisando os regimes em que os presos se encontram, verifica-se que somente 3% da população prisional brasileira cumpre a pena em regime aberto. Isso significa que a maioria se encontra efetivamente encarcerado e, portanto, estão, em regra, em situação degradante.

Além disso o déficit de vagas é assustador, confirmando um dos maiores problemas do sistema penitenciário brasileiro: a superlotação. Segundo o INFOPEN a situação mais crítica está em relação aos presos provisórios, cujo déficit de vagas para essa espécie de prisão, em 2014, era de 134.557 vagas, o que representa mais de 50% do número de presos provisórios (250.213).

Segundo o INFOPEN de 2014 estas seriam as estatísticas:

¹⁹ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) - 2014**. Brasília, 2014. p. 15. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2018.

²⁰ Ibid., p. 15.

Tabela 4 - Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime

Motivo da prisão	Número de presos	Percentual	Quantidade de vagas por tipo de regime ou natureza da prisão	Déficit de vagas em relação ao número de presos
Presos sem condenação	250.213	41%	115.656	-134.557
Sentenciados em regime fechado	250.094	41%	164.823	-85.271
Sentenciados em regime semiaberto	89.639	15%	66.596	-23.043
Sentenciados em regime aberto	15.036	3%	6.952	-8.084
Medida de segurança internação	2.497	-0%	2.666	+169
Medida de segurança tratamento ambulatorial	360	-0%	346	-14

Fonte: Brasil (2014)²¹

A preocupação com os presos provisórios aumenta em razão da alta tendência de novo envolvimento com delitos, principalmente porque não havendo a separação entre presos provisórios e presos condenados, surge a tendência de associação com delinquentes mais perigosos.

²¹ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) - 2014**. Brasília, 2014. p. 20. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2018.

Nesse norte, encontra-se a citação da ministra Cármen Lúcia, que, no decorrer de seu voto, fez relatos interessantíssimos e chocantes sobre as suas visitas aos cárceres brasileiros.

[...] porque há poucos dias um preso me disse que - e de uma forma muito corajosa e muito verdadeira - essa história de ressocialização [...] é para professor - eu frequento os presídios como professora -, porque ninguém fica fora de uma sociedade. Então, ele me disse: 'Se me tiram de uma sociedade e me põem lá dentro, é claro que eu vou me socializar com quem estiver lá, com outro criminoso.' E está certo, porque ele está vivendo a situação. O que nós podemos cogitar é de inseri-lo de novo no modo de vida com trabalho e dignidade, que não é apenas pensar que se tira da sociedade e depois se ressocializa. Esse preso me disse: 'Não senhora, eu estou aqui socializado. Só mudei o grupo com quem eu andava. Eu não vivo isolado.' Então, é preciso que se repense mesmo o modelo da sociedade, porque lamentavelmente é preciso que todo mundo acredite que Beccaria morreu. O que ele propôs e que nós estamos executando até hoje, há de avançar para se atualizar [...] Também é preciso levar em consideração que há diferenças entre as penitenciárias; algumas com situação de atrocidade - não vou nem dizer de perversidade. A gente sai de lá, ao visitar, literalmente doente, tais as coisas que a gente vê.²²

Nessa toada, importa lembra ainda a questão da reincidência, que tem sido mencionada com altíssimos índices. Foi o que o destacou o ministro relator da ADPF n.º 347, durante o seu voto:

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em 'monstros do crime'. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas.²³

Apesar das palavras do relator, faz-se necessário mencionar a existência de discussões acerca da exatidão dos índices de reincidência no Brasil. Os doutores e

²² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 9 set. 2018. Voto da Min. Cármen Lúcia, p. 122-124.

²³ Ibid., Voto do Min. Marco Aurélio, p. 26.

pesquisadores, Sapori, Santos e Maas, anotam que são poucos os estudos científicos sobre o assunto e que se criou uma percepção generalizada, fomentada em expressiva parte pelos profissionais da segurança pública, de uma taxa de 70% de reincidência criminal.²⁴

No mesmo norte anotou a pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, a pedido do Conselho Nacional de Justiça, a qual “revela que a cada quatro ex-condenados, um volta a ser condenado por algum crime no prazo de cinco anos, uma taxa de 24,4%.”²⁵ Note-se que o resultado dessa pesquisa do Ipea considera apenas o conceito de reincidência legal, definido nos artigos 63 e 64 do Código Penal, ou seja, só reincide aquele que volta a ser condenado no prazo de cinco anos após uma condenação anterior. Além disso o índice dessa pesquisa do Ipea foi obtido pela análise amostral de 817 processos em cinco unidades da federação - Alagoas, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro.²⁶

O referido Instituto apontou que outras pesquisas, que apresentam taxas mais altas de reincidência “costumam considerar a quantidade de indivíduos que volta a entrar nos presídios ou no sistema de Justiça criminal independentemente de condenação, caso dos presos provisórios.”²⁷, e apontou a provável origem do índice de 70%:

Ainda são escassos no Brasil os trabalhos sobre reincidência criminal, o que colabora para que, na ausência de dados precisos, imprensa e gestores públicos repercutam com certa frequência informações como a que a taxa de reincidência no Brasil é de 70%, como afirmou recentemente o então presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Cezar Peluso (Vasconcellos, 2011) [...] O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, por exemplo, divulgou em 2008 que a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime

²⁴ SAPORI, Luis Flávio; SANTOS, Roberta Fernandes; MAAS, Lucas Wan Der. **Fatores Sociais Determinantes da Reincidência Criminal no Brasil**: O caso de Minas Gerais. Revista Brasileira De Ciências Sociais. Vol. 32, N.º 94, junho/2017, p. 1-2. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc-3294092017.pdf>> Acesso em: 02 set. 2018.

²⁵ ZAMPIER, Débora. Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa. **Agência CNJ de Notícias**. Brasília, 15 de julho de 2015. 1-3. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>>. Acesso em: 3 set. 2018.

²⁶ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Reincidência Criminal no Brasil**: relatório de pesquisa. 2015. P. 22-23. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 3 set. 2018.

²⁷ ZAMPIER, op. cit., p. 1-3.

chegava a 70% ou 80% conforme a Unidade da Federação (UF). Entretanto, a CPI não produziu pesquisa que pudesse avaliar a veracidade deste número e baseou boa parte de suas conclusões nos dados informados pelos presídios.²⁸

Importa ainda trazer um perfil das pessoas presas. Através dos dados colhidos no INFOPEN, o DEPEN pode verificar que a maior parte população prisional (56%) é formada por jovens de 18 a 29 anos, sendo que o percentual de jovens que compõem a população brasileira nessa faixa etária é de apenas 21,5%.²⁹

Na questão da raça, o INFOPEN 2014 destacou-se a proporção de pessoas negras presas, cerca de dois em cada três presos são negros. A porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%, enquanto que na população brasileira em geral, a proporção é de apenas (51%), tendência observada tanto na população prisional masculina quanto na feminina.³⁰

O grau de escolaridade é outra característica que chama a atenção no perfil da população prisional.

O grau de escolaridade da população prisional brasileira é extremamente baixo. Como evidencia a figura 42, aproximadamente oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50%. Ao passo que na população brasileira cerca de 32% da população completou o ensino médio, apenas 8% da população prisional o concluiu. Entre as mulheres presas, esta proporção é um pouco maior (14%).³¹

Do relatório extrai-se, ainda, que aproximadamente, uma em cada quatro unidades prisionais do país não tem prestação sistemática de assistência jurídica gratuita. Além disso, somente em 2014, foi instituída a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), quando a população prisional foi inserida formalmente na cobertura do Sistema Único de Saúde (SUS). Na questão de educação, constata-se que apenas

²⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Reincidência Criminal no Brasil: relatório de pesquisa**. 2015, p. 11. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 3 set. 2018.

²⁹ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) - 2014**. Brasília, 2014. p. 48. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2018.

³⁰ Ibid., p. 50.

³¹ Ibid., p. 58.

uma em cada dez pessoas privadas de liberdade realiza atividade educacional no país. Outro dado alarmante é de que apenas 16% da população prisional do país trabalha.³²

Na questão de educação, constata-se que apenas uma em cada dez pessoas privadas de liberdade realiza atividade educacional no país. Outro dado alarmante é de que apenas 16% da população prisional do país trabalha.³³

Do relatório extrai-se, também, que aproximadamente, uma em cada quatro unidades prisionais do país não tem prestação sistemática de assistência jurídica gratuita. Além disso, somente em 2014, foi instituída a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional - PNAISP, quando a população prisional foi inserida formalmente na cobertura do Sistema Único de Saúde - SUS.

A divulgação dos drásticos dados acima referidos, entre outros constantes do relatório, pelo Ministério da Justiça, por meio do DEPEN com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN gerou grande repercussão. Apesar de existir desde 2004, em 2014 o DEPEN reformulou a metodologia utilizada a fim de modernizar e padronizar o instrumento de coleta, ampliando, inclusive, o leque de informações, trazendo um diagnóstico mais detalhado e coerente com a realidade dos presídios, penitenciárias e delegacias³⁴.

A situação encontra-se tão desoladora a ponto de comover a comunidade internacional. De modo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem determinando ao Estado brasileiro o cumprimento de diversas medidas provisórias a fim de que sejam erradicadas as situações de risco e providenciadas proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral das pessoas privadas de liberdade em algumas penitenciárias do país, bem como dos funcionários desses estabelecimentos e das pessoas que venham a neles ingressar.

³² DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) - 2014**. Brasília, 2014. p. 100-135. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2018.

³³ Ibid., p. 100-135.

³⁴ Ibid., p. 9.

Foi o caso, por exemplo, do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, de Recife/PE³⁵; da Penitenciária Urso Branco, de Porto Velho³⁶; do Complexo do Tatuapé, de São Paulo/SP³⁷; da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, de Araraquara/SP³⁸; do Complexo de Pedrinhas³⁹, de São Luiz/MA; do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro⁴⁰ e da Unidade de Internação Socioeducativa-UNIS, no Espírito Santo⁴¹.

Verifica-se, assim, que o Brasil vem sofrendo condenações, em relação ao sistema carcerário, na seara internacional, desde o início dos anos 2000, tanto com relação ao cárcere de adultos quanto de adolescentes.

A situação cada vez mais precária dos presídios e as recorrentes rebeliões, em especial a rebelião no Complexo Prisional do Curado, de Recife, fomentaram o requerimento, de constituição de uma nova CPI do sistema carcerário, efetuado pelo deputado Carlos Zarattini, no primeiro semestre de 2015.⁴²

Utilizando-se, em grande parte, dos dados colhidos no INFOPEN de 2014, e de algumas audiências e visitas realizadas pela própria Comissão, a Câmara emitiu relatório final, em agosto de 2015, propondo diversos projetos de lei, realizando algumas indicações, recomendações e encaminhamentos.

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da CIDH**: Medidas Provisórias em face do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado, 22 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_por.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

³⁶ Id. **Resolução da CIDH**: Medidas Provisórias em face do Brasil. Caso da Penitenciária Urso Branco, 7 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

³⁷ Id. **Resolução da CIDH**: Medidas Provisórias em face do Brasil. Caso das Crianças e Adolescentes privados de liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEN, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_01_portugues.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

³⁸ Id. **Resolução da CIDH**: Medidas Provisórias em face do Brasil. Caso das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira em Araraquara/SP, 30 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_02_por.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

³⁹ Id. **Resolução da CIDH**: Medidas Provisórias em face do Brasil. Caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, 14 de março de 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_02_por.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁴⁰ Id. **Resolução da CIDH**: Medidas Provisórias em face do Brasil. Caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, 13 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_01_por.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁴¹ Id. **Resolução da CIDH**: Medidas Provisórias em face do Brasil. Caso da Unidade de Internação Socioeducativa, 25 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_Se_01_portugues.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁴² ZARATTINI, Carlos. **Requerimento criação Comissão Parlamentar de Inquérito**: para investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, 2015, p. 1-2. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1297941&filename=Tramitacao-RCP+6/2015>. Acesso em: 20 set. 2018.

No judiciário brasileiro, as condições precárias e subumanas dos presídios também têm estado na pauta da Corte máxima.

Assim, no RE n.º 580.252/MS⁴³, protocolado em 2008, de relatoria inicial do falecido ministro Teori Zavascki, sucedido pelo Ministro Alexandre de Moraes, o Supremo enfrentou a questão do dever do Estado de indenizar, através de reparação pecuniária, os danos morais sofridos pelos presos que cumprirem pena em estabelecimento com condições degradantes.

Na época em que a ADPF n.º 347 teve seu pedido liminar apreciado, o referido RE já contava com os votos do falecido ministro Teori, do ministro Gilmar Mendes e de Luís Roberto Barroso, todos favoráveis ao reconhecimento do dever estatal de indenizar os segregados. O recurso foi julgado em fevereiro de 2017, reconhecendo, por maioria, a procedência do pedido, com votos vencidos dos ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, os quais adotaram a remição da pena como forma de indenização. O mesmo tema é tratado na ADI n.º 5.170/DF⁴⁴, protocolada em 2014.

No RE n.º 641.320/RS⁴⁵, distribuído em 2011, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, o STF, em repercussão geral, reconheceu o direito do condenado, que estiver em regime semiaberto, de poder cumprir a pena em regime aberto ou em prisão domiciliar, quando não houver acomodação adequada no sistema prisional. O fundamento principal foi no sentido de que a falta de estabelecimento adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime mais gravoso, sendo competente o juiz, em cada caso, a verificação das condições do estabelecimento carcerário para a aplicação do regime mais brando.

⁴³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n.º 580.252/MS**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 16/02/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 08 set. 2018.

⁴⁴ Id. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.170/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, aguarda julgamento. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4655662>>. Acesso em: 08 set. 2018.

⁴⁵ Id. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n.º 641.320/RS**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Luciano da Silva Moraes. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 de maio de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4076171>>. Acesso em: 08 set. 2018.

Na ADI n.º 5.356/MS⁴⁶, autuada em 2015, de relatoria do ministro Luiz Edson Fachin, foi declarada a inconstitucionalidade da Lei n.º 4.650/2015, do Estado do Mato Grosso do Sul, que estabeleceu a obrigação de instalar bloqueadores de sinais de radiocomunicação nos estabelecimentos prisionais.

No RE n.º 592.581/RS, protocolado em 2008, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, o Tribunal assentou, em 13/08/2015, sob o âmbito da repercussão geral, a possibilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e os Estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos detentos, independentemente de dotação orçamentária, caso seja constatado o desrespeito à dignidade da pessoa humana e a inobservância do mínimo existencial dos presos.

Foi nessa seara que o PSOL, com base na representação e pesquisa realizada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ - Clínica UERJ Direitos -, ajuizou perante o STF uma ação, buscando o deferimento de medidas liminares para amenizar a drástica situação vivida pela maioria das pessoas encarceradas no Brasil, através da aplicação da tese colombiana sobre o Estado de Coisas Inconstitucional.

Para isso, o partido se utilizou da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a qual foi autuada em 28/05/2015 sob o n.º 347 e distribuída ao ministro relator Marco Aurélio.

2.2 FUNDAMENTOS DA AÇÃO⁴⁷

O partido justificou o cabimento da ADPF afirmando que o cenário fático apontado é completamente incompatível com a Constituição da República, que o problema é sistêmico e decorre de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, bem como que a gravidade do quadro e a inapetência dos poderes políticos, da burocracia estatal e das demais instâncias jurisdicionais para enfrentá-lo evidenciam

⁴⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.356/MS**. Requerente: Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 03 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4817597>>. Acesso em: 08 set. 2018.

⁴⁷ O presente item é um relato das diversas questões levantadas na petição que deu início à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, as quais estão disponíveis no *site* do Conjur e da Clínica UERJ Direitos, com os seguintes endereços: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>> e <<http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario/>>.

a necessidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal, no desempenho da sua função maior de guardião da Constituição.

Apontou vários direitos fundamentais violados, além do princípio da dignidade humana:

A situação calamitosa dos presídios nacionais afronta gravemente não apenas o mais elevado princípio da ordem jurídica brasileira – o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF) – como também inúmeros outros direitos fundamentais, como a vedação de tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, 'e'), a garantia de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º).⁴⁸

O autor destacou que a lesão a preceitos fundamentais se origina de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos da União e dos Estados federados. Dentre as afrontas de natureza administrativa citou alguns exemplos como: o grande déficit do número de vagas prisionais em relação à população encarcerada; a ausência de condições humanas nas instalações carcerárias; a ausência das medidas necessárias para a garantia da segurança física dos detentos, diante da violência de outros presos ou de agentes estatais.

Afirmou que o setor executivo também estaria violando os preceitos fundamentais quando não providencia o acesso adequado à jurisdição, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho e à assistência material aos detentos; quando aplica, de modo sistemático, sanções administrativas sem o devido processo legal aos presos. Enfatizou, ainda, que, a União vem reiteradamente contingenciando os recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, frustrando o repasse de valores vultosos aos Estados, e dificultando, com isso, a adoção das medidas necessárias à melhoria das condições carcerárias no país.

Da inicial, colhe-se, também, relato de omissões e interpretações jurídicas contrárias à Constituição perpetradas pelo Poder Judiciário da União e dos Estados, ante a não aplicação dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que preveem o direito à audiência

⁴⁸ PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL). **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Brasília, 2015, p. 16. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

de custódia. O argumento aponta que a realização do referido ato poderia contribuir para a redução da superlotação das prisões e para evitar restrições injustificadas à liberdade de acusados ainda não condenados definitivamente.

Como violação decorrente das atitudes do Poder Judiciário, assentou, ainda, a não aplicação, sem fundamentação, de medidas cautelares alternativas à prisão, bem como apontou que a interpretação judicial dos preceitos relativos à execução da pena não considera as condições degradantes das prisões brasileiras. Alegou que por força dessas condições, que seriam notórias, as penas efetivamente cumpridas acabam sendo muito mais graves do que as previstas em lei e impostas em sentença, ofendendo-se, com isso, o princípio da proporcionalidade.

Por fim, com relação ao Poder Legislativo, registrou que o legislador tem estabelecido políticas criminais absolutamente insensíveis ao drama carcerário brasileiro, as quais agravam a superlotação dos presídios e não geram a almejada segurança para a sociedade. Apontou a maximização do direito penal pelo legislativo, o qual, atendendo às cobranças da mídia e da opinião pública, por soluções imediatas na segurança pública, tem produzido normas que agravam as penas e o seu regime de cumprimento, realizando a chamada legislação simbólica⁴⁹.

Após o registro das condutas comissivas e omissivas, violadoras dos direitos fundamentais dos presos e de sua dignidade, o autor fez alusão a diversos casos de litígios estruturais e das medidas tomadas, em outros países, com a intervenção da respectiva Corte Constitucional.

Porém, utilizou como parâmetro a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, firmada pela Corte Constitucional Colombiana, e, diante dos inúmeros fatos violadores dos direitos fundamentais dos presos mencionados no decorrer da

⁴⁹ “Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. [...] A referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência políticovalorativa ou ‘político-ideológica’. [...] O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão ‘legislação-álibi’. Através dela, o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. [...] A legislação simbólica também pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato Legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei.” NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 30-41.

petição, defendeu estarem presentes todos os pressupostos da referida teoria, os quais foram muito bem sintetizados por Carlos Alexandre de Azevedo Campos nas seguintes palavras:

(i) vigência de um quadro de violação massiva de diversos preceitos fundamentais como o princípio da dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos; (ii) o quadro possuir origem na multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, aí incluídos os de natureza normativa, administrativa ou judicial: falhas estruturais em políticas públicas; (iii) alcance da solução do problema por meio da adoção de medidas, voltadas à melhoria das condições carcerárias e à reversão do processo de hiperencarceramento, por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal.⁵⁰

Assim, o PSOL, alicerçado pela Clínica UERJ Direitos, requereu a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e, ressaltando a evidente necessidade de adoção urgente de providências a fim de cessar com a grave violação constante dos direitos fundamentais dessa minoria desprezada pela população, requereu a determinação das seguintes medidas em sede de liminar:

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 [...] b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do PIDCP e 7.5 da CIDH, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias [...] c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal. d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.⁵¹

⁵⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 285.

⁵¹ PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL). **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Brasília, 2015, p. 70-72. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Além desses pedidos importantes, requereu também:

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 [...] 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.⁵²

No mérito, o autor da ação requereu a procedência dos pedidos, com a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e a adoção de diversas medidas a fim de superar esse estado de inconstitucionalidade no período de três anos, consoante se colhe da inicial da referida ADPF, o arguente requereu, em síntese:

a) Declarar o ECI do sistema penitenciário brasileiro. b) Confirmar as medidas cautelares [...] c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional ('Plano Nacional') [...] O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação [...] 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 [...] (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 [...] (viii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação

⁵² PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL). **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Brasília, 2015, p. 70-72. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

de penalidades sem o devido processo legal [...] (viii) [...] o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.⁵³

O autor se preocupou ainda em requerer que o Plano Nacional deveria conter 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. Nesse sentido o pedido foi muito parecido com o Plano de Ação determinado pela Corte Constitucional colombiana, conforme se verá no capítulo seguinte.

O arguente solicitou também que o plano fosse submetido 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.

Após essas etapas o autor requereu que o plano fosse homologado pelo STF ou alterado com as medidas necessárias reputadas necessárias a partir do que foi visto até então no processo ou dos dados trazidos pelos órgãos especializados.

Contudo, além de um Plano Nacional, o arguente requereu a determinação para que cada Estado e o Distrito Federal apresentasse um plano estadual harmonizado com o nacional, também apresentando metas específicas para a superação do ECI num prazo de dois anos e, submetendo, posteriormente às autoridades envolvidas e à homologação, nos mesmos moldes da tramitação e aprovação do plano nacional.

Por fim, requereu outro ponto que foi considerado essencial pela Corte colombiana, o monitoramento, e ainda a possibilidade de nomeação de peritos, instrumento muito utilizado pelos norte-americanos nos julgamentos dos litígios estruturais, conforme se verá mais adiante.

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

⁵³ PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL). **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Brasília, 2015, p. 72-77. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

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.⁵⁴

Distribuída a ação ao Ministro Marco Aurélio, o processo foi incluído na pauta do dia 27/08/2019 para julgamento do pedido liminar, o qual, após duas suspensões, foi finalizado em 09/09/2015.

2.3 O ACÓRDÃO E O SEU FUNDAMENTO JURÍDICO

Em agosto de 2015, o Supremo iniciou o julgamento do pedido liminar da ADPF n.º 347, finalizando o julgamento em 09/09/2015, quando declarou o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário nacional, trazendo efetivamente a teoria do ECI ao sistema jurídico brasileiro.

Vale destacar que o STF já vinha reconhecendo a possibilidade de aplicação dessa teoria, consoante se colhe o voto-vista⁵⁵ do ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do RE n.º 580.252/MS, proferido em 06/05/2015, poucos dias antes do ajuizamento da ADPF, que ocorreu em 27/05/2015.

No mesmo RE supracitado, o ministro relator, Teori Zavascki, já havia proferido voto favorável ao reconhecimento do dever do Estado de indenizar os presos pelas condições degradantes dos estabelecimentos penais. E no RE n.º 641.320/RS o ministro Gilmar Mendes anotou só haver três formas de alcançar soluções para a falência do sistema prisional, quais sejam: “comprometimento federativo, recursos financeiros e o entrosamento institucional.”⁵⁶

⁵⁴ PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL). **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Brasília, 2015, p. 72-77. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

⁵⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n.º 580.252/MS**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 16/02/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em 08 set. 2018. p. 38.

⁵⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO – IBRAJUS. **Entrevista do Ministro Gilmar Mendes**. p. 1-3. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/entrevista.asp?idEntrevista=60>>. Acesso em: 08 set. 2018.

Por fim, no RE n.º 592.581/RS, ao assentar a possibilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e os Estados a realizarem obras em presídios, independentemente de dotação orçamentária, já demonstra que o Supremo vinha formando interpretação no sentido de permitir a intervenção do judiciário em questões administrativas, quando violada a dignidade humana e o mínimo existencial dos presos.

Logo, diante da preocupação já instalada no Tribunal e dos requerimentos formulados pelo PSOL, através da representação da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, o STF, que já se inclinava para o reconhecimento do quadro de inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro e para a necessidade de determinação de medidas a serem realizadas pelos outros poderes, firmou de vez o seu posicionamento com o julgamento do pedido liminar da ADPF n.º 357 e o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Ao proferir o julgado, o Supremo perpassou por diversos pontos, dos quais merece destaque alguns deles, os quais passa-se a abordar sinteticamente.

2.3.1 Cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Antes de trazer os fundamentos da ADPF n.º 347, importa lembrar que o instrumento da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 03, de 1993, através do § 1º, do art. 102, da Carta da República e foi regulamentado em 1999, com a edição da Lei n.º 9.882/1999.

A ADPF admite duas modalidades: a ação autônoma e incidental. Para este estudo, interessa apenas a modalidade autônoma, que vem expressa no caput do artigo 1º da Lei n.º 9.882/1999 e que “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”⁵⁷. Assim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, representa uma das formas de exercício do controle concentrado de constitucionalidade e poderá ter caráter preventivo (evitar lesão a preceito fundamental) ou repressivo (reparar lesão a preceito fundamental), ou ambos, como se verá no caso em debate.

⁵⁷ BRASIL. **Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

Primeiramente importa destacar a discussão sobre a possibilidade de utilização do instrumento da arguição de descumprimento de direito fundamental para reconhecer o ECI do sistema carcerário.

Nesse tocante, cabe trazer algumas lições contidas no voto do ministro Edson Fachin⁵⁸. O referido ministro, utilizando-se do voto do ministro Gilmar Mendes, proferido na ADPF n.º 33, em 06/08/2004, lembrou que:

[...] ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º da Constituição.⁵⁹

Observou que a impugnação, na ADPF sob julgamento, é a situação dos estabelecimentos penais brasileiros e, por conseguinte, a violação dos direitos de integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX, CRFB/1988), do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/1988), da ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, CRFB/1988) e, por fim, o princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII, CRFB/1988), ou seja, a violação de direitos fundamentais.

De modo que os direitos apontados como ofendidos consubstanciam preceitos fundamentais e, diante de sua alta relevância no arcabouço normativo do Estado Democrático de Direito brasileiro, foi atendido o primeiro pressuposto do instrumento processual.

O ministro relator, Marco Aurélio, ao analisar o requisito do preceito fundamental, anotou que “Há relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, atacados nesta ação, e o quadro de transgressão de direitos relatados.”⁶⁰.

Ambos os ministros acima mencionados coadunam estar presente o segundo pressuposto necessário para o ajuizamento de ADPF, isto é, o da subsidiariedade.

Aduzem que inexistente no âmbito do controle abstrato de normas outro instrumento no qual possam ser impugnadas de forma abrangente todos os atos e

⁵⁸ Id. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018. Voto do Min. Edson Fachin, p. 47-68.

⁵⁹ Ibid., Voto do Min. Edson Fachin, p. 51.

⁶⁰ Ibid., Voto do Min. Marco Aurélio, p. 21.

lesões relacionadas na inicial. Até porque, a ação proposta não impugna a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo específico, ou a omissão do dever de legislar ou de providência de índole administrativa, mas uma situação com diversas ações e omissões dos Poderes Públicos, sendo que as normas existentes e as providências administrativas não se mostram adequadas e suficientes à proteção dos direitos fundamentais dos presos.

Nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso: “[...] não há aqui, como de praxe, na ADPF, a indicação de um ato específico do Poder Público. Existe um conjunto de ações e omissões notórias que fazem com que se tenha esse estado de generalizada inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema.”⁶¹

Sobre o tema do instrumento a ser utilizado para a discussão sobre as falhas estruturais, como aquelas apontadas na ADPF n.º 347, vale colacionar a doutrina de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o qual destaca que apesar de existirem outros instrumentos, em que também seria possível a declaração do ECI, o mais adequado é a ADPF, veja-se:

A Constituição de 1988 também previu mecanismos institucionais que permitem ao Supremo declarar o ECI e seguir com ordens estruturais dirigidas à superação desse estado. O mandado de injunção, destinado à superação de omissões legislativas e administrativas e sendo possível a atuação normativa direta pelo juiz constitucional, é uma opção. Outro instrumento pode ser o recurso extraordinário [...] é possível, em extraordinários com repercussão geral, serem tomadas decisões que afetem a todos e, assim, versem litígios estruturais. [...] Não obstante, o principal instrumento é, sem dúvida, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. O instrumento possui natureza de processo objetivo e tem aplicação abrangente. Dentro do conceito de ‘ato do Poder Público’ (artigo, 1º, *caput*, da Lei 9.982/99), como objeto de controle da ADPF, encaixa-se, perfeitamente, a noção de falhas estruturais e de ‘realidade inconstitucional’ [...] Ademais, esses atos podem ser da competência das três distintas esferas federativas.⁶²

O voto dos demais ministros foi proferido em sentido idêntico, entendendo estarem preenchidos os requisitos para a admissão da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

⁶¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018, Voto do Min. Luís Roberto Barroso, p. 72.

⁶² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 259.

2.3.2 Caracterização da Falha Estrutural e do Estado de Coisas Inconstitucional

Inicialmente, visado a melhor compreensão do tema, importante trazer uma síntese dos principais pressupostos caracterizadores do ECI.

Para declarar o Estado de Coisas Inconstitucional a Corte Colombiana observa os seguintes elementos:

(i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; (ii) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantia dos direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação tutelar como parte do procedimento para garantir o direito violado; (iv) a não emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para impedir a violação de direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução comprometa a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e requer um nível de recursos que exige um esforço orçamentário adicional significativo; (vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema se utilizarem da ação de tutela para obter a proteção de seus direitos, haveria um maior congestionamento judicial.⁶³

Dentre esses, destacam-se a situação de violação massiva e contínua de vários direitos fundamentais; a inércia ou a incapacidade reiterada das autoridades públicas de garantir esses direitos e de superar a situação; bem como a necessidade de atuação conjunta de diversos órgãos para a superação das transgressões.

Em síntese, o ECI é uma leitura da realidade fática que demonstra o vácuo existente entre os direitos essenciais previstos na Constituição e exige a adoção de medidas por todos os envolvidos. É o que se extrai da obra de Gianfranco Andrea:

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.⁶⁴

⁶³ COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025, de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado, p. 186-187. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

⁶⁴ ANDREA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 65.

Nessa toada, analisando os dados trazidos na inicial, juntamente com o relatório da CPI do Sistema Penitenciário de 2007-2009, com dados do CNJ, da pesquisa realizada pela Comissão de Direitos – UERJ e do INFOPEN - 2014, os ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram a existência dos requisitos caracterizadores do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e a necessidade urgente de medidas capazes de reverter o grave quadro de violação massiva de direitos.

O ministro relator, Marco Aurélio, sob o título “A situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro” destacou vários fatos alarmantes com base nos dados, em especial, do relatório do DEPEN, dentre eles:

A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. [...] A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. [...] Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento. Sofrem com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha.⁶⁵

E conclui com as seguintes palavras:

O sistema como um todo surge com número insuficiente de agentes penitenciários, que ainda são mal remunerados, não recebem treinamento adequado, nem contam com equipamentos necessários ao desempenho das próprias atribuições. O quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio. A situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro. Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre

⁶⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018. Voto do Min. Marco Aurélio, p. 23-24.

violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. [...] As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as ‘masmorras medievais’.⁶⁶

Diante desses números e dessa triste realidade apresentada na inicial e no voto do relator, a ministra Cármen Lúcia enfatizou: “Só esses números seriam capazes de mostrar os estado de coisas inconstitucional.”⁶⁷

O ministro Celso de Mello foi enfático ao dizer que o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro é “indisfarçável”:

Há, efetivamente, no Brasil, um claro e indisfarçável ‘estado de coisas inconstitucional’ resultante [...] da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado que descumpre a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República.⁶⁸ (grifo do autor).

O debate sobre o tema seguiu enaltecendo ainda outros pontos que colaboram para concretização dos dados alarmantes.

Um dos aspectos enaltecidos foi a questão da escola do crime. Como mencionou o ministro Barroso “Estamos cuidando de um fenômeno que é retroalimentador da criminalidade e da violência que hoje em dia, em grau elevado, apavora a sociedade brasileira.”⁶⁹

Consoante destacou o ministro Marco Aurélio, o sistema está falido e a maior prova disso são as altas taxas de reincidência. Anotou que:

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em ‘monstros do crime’. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública

⁶⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018. Voto do Min. Marco Aurélio, p. 24-25.

⁶⁷ Ibid., p. 121.

⁶⁸ Ibid., Voto do Min. Celso de Mello, p. 151.

⁶⁹ Ibid., Voto do Min. Marco Aurélio. p. 69-78.

está nas altas taxas de reincidência [...] A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social.⁷⁰

Debateu-se também sobre o fato de que até existem boas leis para protegerem o direito dos presos, contudo essas leis não são cumpridas, “simplesmente ‘não pegaram’”⁷¹. De que não há medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes para a implementação de um mínimo de direito para essa parcela da população. Tanto que, mesmo após os drásticos números e dados colhidos em 2007 na CPI do sistema carcerário, a situação continua e tem se agravado em larga escala.

Concluíram os ministros, a presença de um forte bloqueio político para com os presos, uma vez que os condenados criminalmente ficam impedidos de votar e serem votados, não gozando assim de representação política direta. Soma-se a isso o fato dos presos configurarem uma minoria socialmente desprezada.

Nesse ponto, merece destaque o voto do ministro Luís Roberto Barroso que iniciou o seu voto em diálogo com a sociedade, na tentativa de chamar a atenção para as consequências que ela mesmo sofre em razão desse estado inconstitucional e da necessidade de um olhar mais humano, pois apesar de presa a pessoa não perde sua dignidade. Vale citar algumas de suas palavras:

Ao enfrentar este problema do sistema penitenciário, nós não estamos cuidando apenas da defesa de uma minoria [...]. Mas a observação de todo pertinente de que a deficiência do sistema penitenciário reverte consequências gravíssimas e dramáticas para a própria sociedade brasileira, pela incapacidade do sistema de tratar essas pessoas com o mínimo de humanidade, o que faz com que os índices de reincidência no Brasil sejam dos mais altos do mundo [...] Não estamos apenas cuidando de direitos fundamentais de uma minoria; estamos cuidando de um fenômeno que é retroalimentador da criminalidade e da violência que hoje em dia, em grau elevado, apavora a sociedade brasileira. [...] Há um problema filosófico apontado [...], que é essa visão equivocada de que as pessoas perdem a sua dignidade pelo que elas fazem; as pessoas têm dignidade pelo que elas são, pela sua condição humana. [...] Desse

⁷⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018. Voto do Min. Marco Aurélio, p. 26.

⁷¹ Expressão utilizada pelo ministro Marco Aurélio em seu voto. Ibid., p. 27.

modo, as pessoas foram condenadas a serem presas. [...] Mas não foram condenadas a sofrerem violência físicas, a sofrerem violências sexuais, a não terem sabonete, pasta de dente, escova de dente, papel higiênico, nem lugar para fazer as suas necessidades básicas[...].⁷²

Logo, essa impopularidade dos presos alimenta a inércia dos políticos, os quais, em geral, acabam por não reivindicar recursos públicos para o sistema carcerário, inclusive por receio que isso possa implicar em insucesso em outras políticas e em reeleições. Consoante destacou o ministro Marco Aurélio: “A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de ‘ponto cego legislativo’”⁷³.

Por fim, outro ponto que merece destaque no debate sobre o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, foi reconhecimento de que além do legislativo e do executivo, parcela de responsabilidade, também recai sobre o Judiciário, consoante apontou o relator:

É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada ‘cultura do encarceramento’.⁷⁴

Inclusive, esse foi ponto de longas discussões entre os ministros durante a análise dos pedidos liminares, os quais em sua maioria se referiam ao Judiciário, conforme se verá mais adiante.

Diante de todo esse quadro caótico apresentado, os ministros reconheceram o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, o qual, consoante destacou Cármem Lúcia, já encontra-se estabelecido há tempo: “Conheço, como fez o Ministro Marco Aurélio e todos os que o seguiram, desta

⁷² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018. Voto do Luís Roberto Barroso, p. 69-72.

⁷³ Ibid., Voto do Min. Marco Aurélio, p. 26.

⁷⁴ Ibid., Voto do Min. Marco Aurélio, p. 26.

arguição de descumprimento de preceito fundamental, considerando que há um estado de coisas inconstitucionais nesta área, e não é de hoje.”⁷⁵

E, ainda, em razão dos bloqueios políticos e institucionais, reconheceram a sua competência para catalisar os debates sobre as políticas públicas necessárias, para coordenar as ações e para monitorar os resultados, retirando os outros Poderes da inércia.

2.3.3 Legitimidade do STF e sua Função de Guardião da Constituição

Outro ponto fundamental debatido durante o julgamento do pedido liminar da ADPF n.º 347 foi a questão da legitimidade do STF para estar à frente das medidas pleiteadas.

Ao discorrer sobre o assunto, o ministro Marco Aurélio fez o seguinte questionamento: “Qual papel o Supremo está legitimado a desempenhar ante o estágio elevadíssimo de inconstitucionalidades?”⁷⁶.

E, tentando responder à pergunta, o ministro relator ressaltou primeiramente a legitimidade do Tribunal no que toca em sua função típica. Anotou assim que, com relação aos problemas causados pela cultura do encarceramento e pelo alto número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na maneira de interpretar e aplicar a lei, compete ao Tribunal, na sua função típica, racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal a fim de colaborar para a amenização do grave quadro apresentado.

Nessa toada vale destacar as palavras da ministra Cármen Lúcia:

O Ministro Gilmar Mendes tem repetido, algumas dezenas de vezes, que este é um problema nosso, porque o Judiciário manda prender, o Judiciário manda soltar, o Judiciário tem a obrigação de fiscalizar, e o

⁷⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018. Voto da Min. Cármen Lúcia, p. 121.

⁷⁶ Ibid., Voto do Min. Marco Aurélio, p. 18-42.

Judiciário é o responsável, representa o Estado que tem essa pessoa sob sua guarda.⁷⁷

Porém, além da grande parcela de responsabilidade do Judiciário, há a parcela de responsabilidade dos outros Poderes. É nessa marca que surge o questionamento sobre a (in)existência de legitimidade do Poder Judiciário para, através do Supremo, exercer função atípica, vindo a interferir nas políticas públicas e nas escolhas orçamentárias.

Após várias discussões e sustentações orais, os ministros reconheceram a legitimidade excepcional do Supremo para tirar os demais poderes da inércia, coordenar e monitorar as medidas a serem tomadas para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional.

Os quesitos principais para esse reconhecimento foram a grave violação da dignidade humana e a existência de fortes bloqueios políticos e institucionais a exigir a intervenção de um poder diverso daquele que originariamente deveria exercer a função de concretizar os direitos em discussão.

O ministro Marco Aurélio, enfatizou que controvérsias teóricas não podem afastar a possibilidade de o Tribunal tomar parte, na medida adequada, de decisões primariamente políticas e que, diante da situação descrita, apenas o Supremo revela-se capaz de superar os bloqueios existentes.

Nesse norte, importa trazer um resumo dos argumentos do ministro relator, os quais foram, em sua maioria, corroborados pelos demais ministros:

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. [...] 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 [...] não se pode exigir que se abstenha de intervir [...] sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas [...] Pode-se prever a ausência de probabilidade de os poderes políticos, por si sós, tomarem a iniciativa de enfrentar tema de tão pouco prestígio popular. [...] Não se quer dizer com isso que o Tribunal não deva atenção à opinião pública. [...] Todavia, essa atenção não pode implicar desprezo aos mais relevantes princípios e regras da Carta Federal. [...] a solução [...] não consegue avançar nas arenas

⁷⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018. Voto da Min. Cármen Lúcia, p. 125-126.

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.⁷⁸

O ministro Celso de Mello ressaltou que:

O Supremo Tribunal Federal tem acentuado *ser lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação* de políticas públicas, *se e quando se registrar, como sucede no caso, situação configuradora de inescusável omissão estatal [...] pois a inércia do Estado, como a que se registra no caso ora em exame, qualifica-se, perigosamente, como um dos processos de vulneração da autoridade da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do magistério Doutrinário.*⁷⁹ (grifo do autor).

Vale trazer também a observação crítica feita pelo ministro Luiz Fux ao destacar que, embora se conteste a legitimidade democrática do Supremo para tratar de questões envolvendo determinadas políticas públicas. Essas questões acabam sendo levadas ao Supremo, justamente porque os Poderes Legislativo e Executivo, que seriam os Poderes democraticamente responsáveis por definir e implementar essas políticas, preferem não as enfrentar e as empurram para o Poder Judiciário. Ou seja, os Poderes competentes não fazem sua parte e ainda empurram para o Judiciário, fazendo depois surgir a questão do ativismo judicial, da judicialização das políticas públicas, da legitimidade democrática.

Supremo Tribunal Federal, nessa onda que aduz ativista - só que nós não agimos **ex officio**, somos provocados e isso aqui é um exemplo disso -, tem ido muito além do que já foi. O Supremo Tribunal Federal agora ocupa um papel de destaque até mesmo na garantia da governabilidade sob vários aspectos, porque, em várias ocasiões, essas políticas públicas não são enfrentadas. E enfrentá-las politicamente pode gerar um preço social muito grande para aqueles a quem compete decidir sobre essas matérias. Então, empurra-se para o Poder Judiciário - cujos juízes não são eleitos, são indicados, mas são concursados, e o próprio Poder Judiciário de primeiro grau -

⁷⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018. Voto do Min. Marco Aurélio, p. 18-42.

⁷⁹ Ibid., Voto do Min. Celso de Mello, p. 151-176.

, porque ali evidentemente não há compromisso com um eleitorado e ele resolve as questões. É o que tem acontecido hoje com o Supremo Tribunal Federal. Esse ativismo, essa suposta judicialização de questões que, segundo alguns, não nos dizem respeito, nos diz respeito na medida em que a Constituição Federal nos obriga a prover tão logo provocado.⁸⁰ (grifo do autor).

Assim, embora reconheçam os ministros que a função principal do STF não é o de formular e/ou implementar políticas públicas, excepcionalmente o órgão possui legitimidade a fim de que, em casos como o presente, a violação massiva de direitos de inúmeras pessoas sem representação política e sem o apoio da sociedade, não seja mantida.

A situação do caso objeto de estudo possui uma circunstância um tanto quanto paradoxal, pois não é função do STF deliberar sobre políticas públicas, porém, uma vez instado, caso não extrapole a sua função, o Tribunal também estaria contribuindo para a continuidade da violação de direitos constitucionais fundamentais e não estaria agindo como guardião da constituição.

Concluíram por uma legitimação excepcional, afinal, consoante reiterou o ministro Marco Aurélio: “Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais.”⁸¹

2.3.4 Separação de Poderes e Diálogos Institucionais

A questão da legitimidade democrática está intimamente ligada com a Separação de Poderes, de modo que ao agir além de sua função o STF poderia estar violando o princípio da Separação de Poderes, uma das principais objeções à declaração do ECI.

Contudo, consoante se verifica do acórdão, essa foi uma preocupação debatida entre os ministros a fim de deixar claro que Supremo não pretende usurpar a função dos outros Poderes, mas sim retirá-los da inércia a fim de superar essa

⁸⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018. Voto do Min. Luiz Fux, p. 113-119.

⁸¹ Ibid., Voto do Min. Marco Aurélio, p. 18-42.

situação de massiva violação de direitos. É o que se extrai do voto do ministro relator:

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. [...] 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' [...] 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.⁸²

O ministro Luiz Fux, mencionando o caso de outros países, enfatizou a importância dessa postura do Supremo para implementar os direitos fundamentais:

Senhor Presidente, hodiernamente, o que se tem verificado em várias cortes constitucionais é exatamente esse ativismo judicial-dialógico que visa a implementar esses direitos fundamentais previstos na Carta dos respectivos países. Então, aqui, cita-se como exemplo a corte colombiana, que efetivamente é uma corte que tem dado ênfase a essa implementação de políticas públicas. Entendo que cabe, sim, ao Judiciário, num estado de inércia e de passividade em que os direitos fundamentais não estão sendo cumpridos, interferir.⁸³

Verifica-se assim, que a postura do Supremo, no julgamento o pedido liminar da ADPF n.º 347, voltou-se para uma nova concepção do princípio da separação de poderes, uma concepção menos estática e mais dialógica, fazendo menção, inclusive, ao constitucionalismo cooperativo.

Nesse tocante, encontra-se a lição de Campos ao tratar das críticas do ECI no que tange à separação de poderes:

⁸² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018. Voto do Min. Marco Aurélio, p. 18-42.

⁸³ Ibid., Voto do Min. Luiz Fux, p. 113.

Primeiramente, as críticas partem de uma concepção estática do princípio da separação de poderes. Refletem um sistema político de poderes não apenas separados, mas também distantes, quase incomunicáveis. Contudo, as pretensões transformativa e inclusiva da Carta de 1988 requerem, ao contrário, um modelo dinâmico, dialógico, cooperativo de poderes que, cada qual com ferramentas próprias, deve compartilhar autoridade e responsabilidades em favor da efetividade da Constituição e do seu núcleo axiológico e normativo: os direitos fundamentais. A Constituição de 1988 é o marco, entre nós, do 'constitucionalismo cooperativo'.⁸⁴

Destarte, os ministros afastaram as alegações de ofensa ao princípio da Separação de Poderes e passaram a analisar as medidas cautelares de forma específica.

2.3.5 O Perigo da Inefetividade

Antes de adentrar nas medidas deferidas, faz-se necessário destacar mais um ponto de debate durante o julgamento da liminar, a fim de que se possa trazer mais elementos para, nos próximos capítulos, discutir a importância dos diálogos institucionais tanto na questão de separação de poderes, quanto no aspecto da efetividade da decisão que reconhece o estado de coisas inconstitucional.

Durante as sustentações orais houve um consenso no sentido de que o sistema carcerário brasileiro é marcado por uma massiva e generalizada violação de direitos fundamentais dos presos, a qual requer medidas urgentes para a superação do quadro.

Todavia, houve duas objeções principais: uma, referente à legitimidade do STF, já vista no item anterior; e outra, no sentido de que a importação do Estado de Coisas Inconstitucional não seria útil para o Brasil, uma vez que nem mesmo na Colômbia o seu uso foi promissor para solucionar o problema carcerário, país, inclusive, com condição semelhante ao brasileiro.

Embora o tema não tenha sido enfrentado em argumentação especificamente aberta para essa objeção, ele veio a ser altamente enfrentado no decorrer dos votos dos ministros, os quais em sua maioria, para não dizer a sua totalidade, demonstraram alta preocupação com a questão da efetividade da decisão.

⁸⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 306-307.

Foi assim durante o voto do ministro Teori Zavascki, o qual destacou a necessidade de preocupar-se com a possibilidade de cumprimento das medidas cautelares deferidas, de forma que não adiantaria deferir uma medida que já se sabe de antemão que não seria passível de cumprimento.

O ministro relator também demonstrou a inquietação com a efetividade das soluções já propostas e daquelas que vierem a ser, no decorrer do julgamento sobre o estado de coisas inconstitucional. Deixou evidente a necessidade de adoção dos diálogos institucionais para retirar as demais autoridades da inércia, provocar a formulação de políticas públicas e monitorar a implementação, a fim de alcançar resultado positivo dos remédios propostos, veja-se:

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.⁸⁵ (grifo do autor).

O ministro Gilmar Mendes expressou, veementemente, a mesma preocupação. Fez menção ao caso americano de dessegregação racial *Brown v. Board of Education*, estudado por Owen Fiss, como um caso paradigmático em que se exigiu da Corte um acompanhamento a fim de alcançar o resultado pretendido. E usou o caso americano como exemplo, para afirmar que o sucesso, ou melhor, que a efetividade do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional vai depender do monitoramento das medidas pela Corte brasileira, o que exige, inclusive, um grande preparo por parte do Supremo. Senão, veja-se:

Por outro lado, esta decisão que se requer ao Tribunal é daquelas que desafia as próprias técnicas decisórias. Não basta uma liminar de caráter suspensivo, temos de nos embrenhar nas técnicas de caráter mais flexível. E, talvez, o modelo que mais se aproxime do

⁸⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018. Voto do Min. Marco Aurélio, p. 18-42.

caso que agora estamos a enfrentar, em termos de paradigma no Direito Constitucional, pelo menos mais recente, talvez, seja, inegavelmente, o caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, o célebre caso que deflagra o modelo de dessegregação racial dos Estados Unidos, em que, como se sabe, o *justice* Warren vai ter um papel importantíssimo nessa etapa de dessegregação. Este, portanto, é um caso, sem dúvida nenhuma, paradigmático e que chama a atenção, inclusive, à responsabilidade da Corte neste caso, porque não se trata apenas, ministra Rosa, de expedir uma liminar que suspenda determinados atos, ou expedir determinadas orientações, mas há uma exigência de que haja acompanhamento, sob pena de o esforço que se está a fazer aqui resultar pouco significativo. [...] E, claro, vamos ter oportunidade de, já agora, em sede de cautelar e, depois, na própria decisão de mérito, proceder à análise para realmente encontrar um encaminhamento.⁸⁶

O ministro Gilmar, inclusive, voltou a falar do caso *Brown*, quando da apreciação da liminar de ofício sugerida pelo Ministro Barroso, para ressaltar a importância da centralização da execução, do monitoramento e dos diálogos institucionais para se alcançar sucesso com o julgamento.

Estou muito preocupado, quando estamos falando de toda essa temática e me vem, sempre, à mente o caso *Brown vs board of Education*. É que, se não tiver uma certa centralidade na execução, temos um grave problema. E, aí, a importância, inclusive, da atuação de um órgão como o CNJ, que é presidido pelo Presidente do Supremo, portanto, que poderá dar sequência a esse diálogo institucional complexo com os estados membros, com as secretarias de justiça, com o Ministério da Justiça.⁸⁷

Portanto, observa-se que o pano de fundo da objeção, ou seja, o perigo da inefetividade na adoção da tese do estado de coisas inconstitucional, foi muito bem analisado pelos ministros e de certa forma já afastado com o reconhecimento da necessidade de diálogo e do compromisso de monitoramento a ser exercido pela Corte.

Aliás, analisando essa objeção, idêntica conclusão alcança o doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos.

Há razão em criticar-se o equívoco da importação de categorias estrangeiras sem estudo apurado de sua adequação à realidade

⁸⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018. Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 133-134.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 202.

brasileira. É verdade que o uso do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional colombiana não surtiu o efeito desejado no caso do sistema carcerário. Todavia, em caso posterior, a corte identificou o insucesso, diagnosticou os erros e avançou nova posição, menos arrogante, mais dialógica e factível ao sucesso. Afirmar a inviabilidade do Estado de Coisas Inconstitucionais em razão de um caso particular, sem examinar suas aplicações vitoriosas posteriores, é contar uma história pela metade. Até porque, categorias dessa natureza, nada ortodoxas, não nascem prontas, são aprimoradas com o tempo e uso. O voto do relator da ADPF 347, ministro Marco Aurélio, faz clara opção pela via dialógica do instituto: propôs que o STF interfira na formulação e implementação de políticas públicas e em escolhas orçamentárias, mas mediante ordens flexíveis seguidas de monitoramento da execução das medidas. A proposta não lança o tribunal a um 'estado de arrogância institucional', muito ao contrário, a opção é pelo caminho da interação institucional em torno de um objetivo comum. Optou, portanto, pela forma de atuação que deu certo, e não a que fracassou.⁸⁸

Desta feita, acostados os principais fundamentos do acórdão, procura-se trazer no próximo item as medidas deferidas e as circunstâncias debatidas durante o julgamento que permitiram a concessão delas.

2.4 AS MEDIDAS DEFERIDAS

No julgamento do pedido liminar, o STF concedeu apenas os pedidos "b" (audiência de custódia) e "h" (liberação das verbas do FUNPEN), e determinou uma medida cautelar de ofício, sugerida pelo o ministro Barroso, para determinar à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

Após as sessões e os debates orais o julgamento resultou na seguinte decisão:

O Tribunal [...] deferiu a cautelar em relação à alínea 'b', para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do PIDCP e 7.5 da CIDH, 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,⁸⁹ [...]; em relação à alínea 'h', por maioria e nos

⁸⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 1º set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 20 ago. 2018, p.1-2.

⁸⁹ 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

termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do FUNPEN para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstando-se de realizar novos contingenciamentos⁹⁰ [...]; indeferiu as cautelares em relação às alíneas ‘a’, ‘c’ e ‘d’,⁹¹ [...]; indeferiu em relação à alínea ‘e’⁹² [...]; 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 cautelar⁹³ [...]. 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 prisional⁹⁴[...].⁹⁵ (grifo do autor).

Na apreciação das medidas liminares os ministros debateram muito sobre aquelas requeridas nas letras “a”, “c”, “d”, “e”, “f” e “g” da inicial⁹⁶, que tratavam sobre

Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia.

⁹⁰ 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.

⁹¹ Vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam.

⁹² Vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes.

⁹³ Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos.

⁹⁴ Vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente.

⁹⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018, p. 209-210.

⁹⁶ “[...] 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. c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal. d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão. e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção. f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção. g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas ‘e’ e ‘f’ acima. [...]” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na**

a interpretação e aplicação das normas jurídicas pelos juízes e ainda sobre o mutirão carcerário. Alguns votos foram favoráveis, mas não em número suficiente para aprovar a concessão das medidas.

Vale destacar o voto do ministro relator, que reconheceu a responsabilidade do Judiciário pela quantidade de prisões.

O voto do ministro Luiz Fux, também merece destaque, pois manifestou parecer no sentido de que se os juízes não estão aplicando devidamente as regras de interpretação e aplicação das normas jurídicas, como aquela do art. 93, IX, da CRFB/1988 (fundamentação das decisões) e, diante disso, as medidas deveriam, necessariamente, ser deferidas, até mesmo com caráter pedagógico.

Outros ministros votaram de forma desfavorável sob o argumento de que tais pedidos decorrem de lei e que os juízes são obrigados a aplicá-las na apreciação de qualquer caso, sendo que o deferimento das medidas requeridas poderia ensejar uma enxurrada de reclamações.

Contudo, independentemente dos argumentos favoráveis e desfavoráveis à concessão das referidas medidas, até porque o objetivo deste trabalho não é se aprofundar em como decidem os juízes, o que pode se pretendia demonstrar mencionando essa divergência entre os ministros é a complexidade do caso e a real necessidade de diálogo entre todos os órgãos para que se consiga implementar quaisquer medidas que sejam definidas durante o julgamento, mesmo aquelas que pareçam mais simples.

Tomando por exemplo a medida de realização da audiência de custódia, em que é necessário levar a pessoa apreendida em flagrante delito perante a pessoa física do juiz. Para isso, é primordial o deslocamento de agentes, viaturas com escolta qualificada. Ou seja, mostra-se imprescindível a atuação conjunta do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

Para agravar mais a situação, essa medida refere-se aos presos provisórios e, portanto, vai depender muitas vezes não só dos agentes penitenciários, mas também dos agentes policiais. Isso porque não há presídios em todas as comarcas brasileiras, algumas ficam a muitos quilômetros de distância dos presídios. Soma-se

a isso, um dos fatos principais dessa crise penitenciária, a superlotação, ou seja, muitas vezes a autoridade policial não consegue sequer encaminhar, a pessoa apreendida em flagrante, para um presídio e para que se possa realizar a audiência de custódia necessitará deslocar policiais, que poderiam estar investigando outros delitos, para acompanhar o preso até a presença do juiz.

Portanto, apenas para essa medida já se verifica a necessidade de atuação conjunta dos Poderes Judiciário e Executivo, envolvendo mais órgãos de cada um dos poderes. Logo, pode-se extrair desse exemplo que, para as medidas serem colocadas em prática, o diálogo entre os poderes além de necessário, deve ser intenso e constante.

Aliás, o ministro Gilmar Mendes, observou, ainda, a necessidade de atuação conjunta do Ministério Público e da Defensoria Pública e sugeriu que a coordenação da implementação deveria ficar a cargo do CNJ.

O requerimento constante da petição inicial é direcionado diretamente a tribunais. Acrescentaria que a realização das audiências de apresentação envolve providências, também, do Poder Executivo, na medida em que deverá apresentar o preso, pelo que o comando a ser expedido é obrigatório para a Administração. Quanto à implementação, como já assinalou o Ministro Presidente, deveríamos contar com a coordenação central do Conselho Nacional de Justiça, que já vem acumulando *know-how* em projetos-piloto espalhados por diversos tribunais. [...] Também, faço registro da importância que o Ministério Público e a Defensoria Pública terão no sucesso das audiências de apresentação. É fundamental que esses órgãos se comprometam com o projeto, seja coletivamente, seja por parte de cada um de seus membros.⁹⁷

De igual modo, ressaltou o ministro Ricardo Lewandowski, relando, inclusive que o CNJ já está realizando um projeto piloto para implementação das audiências de custódia “Nós estamos estabelecendo - e já temos implantados experimentalmente em dezesseis Estados, mediante convênios ou termos de cooperação com o Poder Executivo, que é uma parte importante nesse processo, porque ele precisa fornecer as viaturas, as escoltas.”⁹⁸. Até porque ela decorre Pacto dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos que o

⁹⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018. Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 140-141.

⁹⁸ Ibid., Voto do Min. Ricardo Lewandowski, p. 83.

Brasil já aderiu e incorporou, inclusive na ADI n.º 5.240 e no RE n.º 635.659 o STF já teria se manifestado pela realização da audiência de custódia em flagrantes da lei de drogas.

Já na apreciação da medida liminar de letra “h”, isto é, sobre o descontingenciamento das verbas do FUNPEN o debate foi mais a fundo na questão da separação de poderes, lembrando também, da necessidade do diálogo.

Relatando o pedido da inicial, o ministro Marco Aurélio lembrou que o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, foi criado, pela Lei Complementar n.º 79/1994, e regulamentado mediante o Decreto n.º 1.093/1994, para fazer frente ao financiamento de medidas e programas voltados à modernização e humanização do sistema prisional brasileiro. Destacou, contudo, que o Fundo não tem realizado a destinação dos valores arrecadados para os objetivos definidos. Ressaltou a informação trazida no sentido de haver saldo de R\$ 2,2 bilhões ante o contingenciamento orçamentário pela União e que, em 2013, menos de 20% dos recursos do referido Fundo foram realmente utilizados. Anotou o excesso de rigidez e de burocracia da União para liberação de recursos aos demais entes federativos e que o contingenciamento de recursos do FUNPEN revela-se afrontoso à dignidade humana de centenas de milhares de pessoas.

O ministro Luís Roberto Barroso fez interessantíssima observação afirmando que:

A questão, então, não é de eficácia normativa da legislação nacional, mas sim de efetividade. [...] Tal ineficiência legitima a concessão da cautelar. O papel do Judiciário, ao concedê-la, presentes seus requisitos [...] possui antes de tudo um caráter simbólico, pedagógico e de reconhecimento da inadequada proteção dos direitos fundamentais. Destarte, a decisão a ser tomada, neste momento processual, deve reafirmar o compromisso do Brasil com a tutela de tais direitos e servir como mote de ampliação das medidas protetivas e de cessação da situação violadora. **Creio que, dessa forma, o Supremo Tribunal Federal está, em cognição sumária, reconhecendo a impossibilidade de que se mantenha o atual estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário; reconhecendo a importância da proteção internacional dos direitos humanos; dando indicações ao Poder competente para que tome medidas, desde logo, aptas a dar início a um processo de mudança da atual situação de violação massiva de direitos fundamentais dos encarcerados e deixando para analisar mais**

detidamente o caso e os demais pedidos requeridos quando da devida análise do mérito.⁹⁹ (grifo nosso).

Nota-se, assim, que novamente o ministro destaca que a legitimidade do Supremo decorre da ineficiência dos demais poderes, em especial do Executivo e que a função do STF é de apenas retirar o Poder competente da inércia “dando indicações” de medidas capazes de afastar o estado de violação massiva de direitos fundamentais.

O ministro Teori Zavascki, sempre mais cauteloso, observou que o pedido principal é de que se determine a realização de um plano apto a acabar com os problemas penitenciários em três anos e, desse modo, o pedido liminar de descontingenciamento seria mais adequado após a realização desse plano.

Porém, o ministro Ricardo Lewandowski fez um aparte para lembrar que o deferimento da cautelar de descontingenciamento se coaduna com a recente decisão do Supremo, no RE n.º 592.581/RS, que reconheceu a possibilidade de o Ministério Público, mediante ações civis públicas, requerer e o Judiciário obrigar o Estado a fazer obras de caráter emergencial para cessar com a situação de violação grave de direitos humanos dos encarcerados. E destacou ainda que: “Essa é uma medida, *data venia*, talvez das mais importantes, e o Ministro-Relator Marco Aurélio teve muito sensibilidade em deferir esta cautelar, porque esse é o ponto nodal; ou seja, a falta de recursos impede que o sistema avance em melhorias que todos desejamos.”¹⁰⁰.

A ministra Cármen Lúcia enalteceu que o problema vai mais adiante, pois:

[...] muitas vezes, se fazem convênios dos estados com a União que só oneram o estado. Porque uma coisa é construir paredes, outra coisa é administrar, é ter o carcereiro, é ter o assessor que fica por conta do Estado, e isso tem, realmente, agravado o problema, porque os Estados ficam com todo o ônus correspondente aos servidores, às rebeliões, à falta de alternativas que a União tem.¹⁰¹

E continua a Ministra atentando para a necessidade de novo modelo, de revolução nesse setor:

⁹⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018. Voto do Min. Luís Roberto Barroso, p. 65.

¹⁰⁰ Ibid., Aparte do Min. Ricardo Lewandowski, p. 100.

¹⁰¹ Ibid., Voto da Min. Cármen Lúcia, p. 121.

E por isso, acho que é preciso - o Ministro Marco Aurélio chegou a lembrar - não apenas fazer mais prédios com o mesmo modelo, mas fazer uma grande revolução, porque morreu, faliu, esse tipo de penitenciária que vem sendo feita. Em 1982, Darcy Ribeiro fez um célebre discurso em que ele desafiava o Governo, avisando que se não tivesse a construção de muitas escolas no Brasil, nós iríamos, um dia, trazer ao Supremo julgamentos para mandarem construir penitenciárias aos montes e não caberia todo mundo. E parece que o presságio está se cumprindo. Então, acho que é preciso realmente que a gente repense esse modelo e a forma de se cumprir a Constituição. E nessa arguição de descumprimento de preceitos fundamentais, claro, nós estamos julgando o que é pedido para tentar superar de imediato uma situação de urgência. Isso, a meu ver, precisa ser devidamente repensado para que a gente tenha uma grande transformação e dê cumprimento à lei. E há modelos novos para se dar cumprimento à lei, não faltam leis.¹⁰²

Das palavras da ministra Cármen Lúcia extrai-se também a necessidade de diálogo, inclusive entre os entes federados para que se utilizem as verbas não apenas para as obras, mas para o dia a dia dos presídios.

A julgadora, no decorrer de seu voto, ainda chama a responsabilidade para a Corte, para o Estado em um todo (todos os poderes) e para a sociedade no sentido de repensar todo o sistema e afirma que a ADPF n.º 347 tem papel fundamental nesse sentido, ou seja, verifica-se a sua preocupação maior com os direitos fundamentais que estão sendo violados do que com a técnica da separação de poderes.

Nesse ponto, imperioso lembrar a citação de Paulo Bonavides, feita por Carlos Alexandre: “a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação dos poderes.”¹⁰³.

Logo, verifica-se que o tema é complexo, que demanda uma releitura da legitimidade do judiciário e da separação de poderes, inclusive, abrindo vista aos modelos de diálogos institucionais.

¹⁰² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018, Voto da Min. Cármen Lúcia, p. 124.

¹⁰³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 307.

3 LITÍGIOS ESTRUTURAIS: CONHECENDO A DOCTRINA DE OWEN FISS E A TESE DO ECI

A tese do ECI e a abordagem feita por Owen Fiss estão entre as principais doutrinas sobre os litígios estruturais, sendo esse um dos motivos pela escolha do estudo delas. Soma-se, a esse motivo, a contribuição que o comparativo entre as duas doutrinas, de origens diferentes (*civil law e common law*), pode trazer para a compreensão dos litígios estruturais, dos remédios que eles necessitam e a sua forma de aplicação.

Assim, neste capítulo, pretende-se trazer notas sobre o conceito de litígio estrutural e, em seguida, abordar alguns aspectos destacados da doutrina de Owen Fiss, que trata dos litígios estruturais nos Estados Unidos, demonstrando um pouco do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, o qual foi o caso base do início da doutrina de Fiss, bem como foi mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes no decorrer do julgamento do pedido liminar da ADPF n.º 347.

Após, objetiva-se trazer um esboço da tese do Estado de Coisas Inconstitucional, aprofundando o estudo no julgamento dos deslocados forçados (*Sentencia T-025*), no qual a Corte Colombiana firmou a tese.

O estudo das duas teses, neste capítulo, tem por fim trazer conhecimento sobre os principais pontos de cada uma, a fim de coletar importantes elementos para o debate sobre a legitimidade das Cortes Constitucionais no julgamento dos litígios estruturais, bem como sobre a necessidade de diálogos institucionais para sua implementação. Questões cuja resposta será o objetivo do capítulo seguinte, verificando-se os principais pontos de convergência entre essas doutrinas, com maior ênfase para o ponto referente à necessidade de diálogos institucionais.

3.1 LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Os litígios estruturais¹⁰⁴ vêm crescendo cada vez mais e na mesma proporção em que a sociedade se torna mais complexa. Todavia, ainda é assunto que não se encontra entre as pautas principais dos juristas brasileiros¹⁰⁵.

¹⁰⁴ “Los juristas califican a estos casos de distintos modos: estructurales, colectivos, sistémicos, agregativos, de impacto, estratégicos, redistributivos, acciones de clase, casos de interés público, litigios públicos, demandas de derechos de segunda y tercera generación, litigio de derechos sociales, o simplemente, manifestaciones de un activismo judicial en ciernes, el que es producto

Rodrigo Gismondi anota que essa categoria de processo possui diversas denominações, dentre elas: litígio de interesse público; processo de interesse público; litígio institucional e litígio policêntrico.¹⁰⁶

Segundo Abram Chayes¹⁰⁷, Owen Fiss¹⁰⁸, Marco Felix Jobim¹⁰⁹ os processos que envolvem litígios estruturais possuem características bem peculiares que se diferenciam e se distanciam do clássico formato individual-privatista.

Logo, esses litígios exigem uma nova postura do Poder Judiciário e dos operadores do direito nele envolvidos, uma vez que vão além do processo bipolarizado, que a sociedade jurídica brasileira está acostumada, levando a um novo gênero de processo constitucional. É o que explicam Nunes, Cota e Faria:

Observa-se que, no direito brasileiro, a forma de tratamento dos conflitos, sejam individuais, sejam coletivos, acaba por se ater a uma tradição jurídica individualista, concebida para o trato linear dos conflitos, em que estes são marcados pela bipolaridade, pelo caráter retrospectivo das soluções, pela posição passiva e de mero accertamento de direitos do magistrado, pela definição do conflito com a prolação da sentença condenatória, entre outros.¹¹⁰

Já os litígios estruturais fogem desse tratamento clássico dos conflitos. Isso porque tratam de um conjunto de problemas decorrentes da falha da(s) instituição(ões) responsável(is) pela implementação de um ou mais direitos fundamentais, de um compromisso constitucional e assim exigem uma reforma institucional através de uma solução com efeitos retroativos, atuais e prospectivos.

de la expansión de la ideología neoconstitucional". PUGA, Mariela. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**. Año I, N. 2, 2014. p. 45.

¹⁰⁵ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. p. 370. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 369-422.

¹⁰⁶ GISMONDI, Rodrigo Altenburg Odebrecht Curi. **Processo civil de interesse público e medidas estruturantes**: da execução negociada à intervenção judicial, dissertação de mestrado, UERJ, fevereiro de 2016. p. 48.

¹⁰⁷ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, maio 1976. p. 1.302.

¹⁰⁸ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública**: Processo Jurisdição e Sociedade. Cood. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2ª Edição - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017. p. 81-93.

¹⁰⁹ JOBIM, Marco Felix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. p. 452. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 449-466,

¹¹⁰ NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. DOS LITÍGIOS AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar (orgs). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo**: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 366.

Segundo Mariela Puga, esses litígios possuem características que os diferem dos litígios individuais e até mesmo dos conhecidos litígios coletivos, que são submetidos à tradicional metodologia binária do processo civil. Assim, ela elenca as seguintes características dos litígios estruturais:

- (1) La intervención de múltiples actores procesales.
- (2) Un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso judicial, pero que sin embargo son representados por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados.
- (3) Una causa fuente que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una política o práctica (pública o privada), una condición o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea.
- (4) Una organización estatal o burocrática que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos.
- (5) La invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público con propósitos regulatorios a nivel general, y/o demandas de derechos económicos, sociales y culturales.
- (6) Pretensiones que involucran la redistribución de bienes.
- (7) Una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada.¹¹¹

Garavito, traz definição semelhante para essa espécie de litígio:

‘litigio estructural’ o ‘casos estructurales’ [...] Se trata de casos caracterizados por: 1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa, 2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas, y 3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto).¹¹²

Edilson Vitorelli resume as características dos litígios estruturais em três principais. A primeira delas, embora não seja exclusiva dessa espécie de litígio, consiste na elevada complexidade, com o envolvimento de múltiplos polos de

¹¹¹ PUGA, Mariela. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**. Año I, n. 2. Nov. 2014. p. 46.

¹¹² GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 16.

interesse, todos relacionados e dependentes entre si, sendo por vezes antagônicos e por vezes semelhantes.¹¹³

Em segundo lugar, o litígio estrutural busca, através da via judicial, a implementação de valores públicos relevantes que não foram bem-sucedidos espontaneamente pela sociedade.¹¹⁴ Nesse ponto verifica-se que Vitorelli usa o termo “valores públicos”, o qual é muito utilizado por Owen Fiss. Para melhor compreensão, vale ressaltar que esse termo tem sido traduzido e lido como “direitos fundamentais que estão sendo violados”.¹¹⁵

A terceira característica consiste na necessidade de reforma de uma instituição pública ou privada para permitir a promoção do valor público visado. Destaca Vitorelli que não se pode pensar apenas nas instituições públicas, embora essas sejam as principais, mas é preciso pensar e associar a reforma estrutural também com relação às instituições privadas, pois essas também influenciam na concretização de diversos direitos fundamentais. O autor destaca que essa é a principal característica dos litígios estruturais, pois a tutela jurisdicional efetiva está condicionada à alteração do comportamento institucional. Sem essa alteração a tutela judicial será pouco efetiva e com efeitos transitórios, o que seria inviável.¹¹⁶

Sobre a reforma estrutural, esclarecedoras algumas palavras trazidas por Owen Fiss, um dos principais estudiosos no tema nos Estados Unidos. Veja-se:

A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa

¹¹³ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. p. 371. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 369-422.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 371.

¹¹⁵ NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. DOS LITÍGIOS AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar (orgs). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo**: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p.369.

¹¹⁶ VITORELLI, op.cit., p. 371-372.

injunction é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.¹¹⁷

Sebastián Linares, doutor em ciência política, traz uma definição bem completa do que seria o litígio estrutural:

Nestes casos o Tribunal assume uma verdadeira dimensão política, tornando-se um agente com poder de agenda, a chamar a atenção aos representantes políticos, convocar audiências públicas, forçá-los a tomar decisões sob certos parâmetros e controlar todo o processo de decisão e execução. Seu objetivo final não é pronunciar a última palavra, mas servir de catalisador para a atividade administrativa do Estado, a fim de modificar uma realidade social contrária aos princípios constitucionais. O modelo de reforma estrutural transforma radicalmente a ideia tradicional de justiça e cria um caminho alternativo para o diálogo institucional. Ao invés de forjar uma comunicação dialética, na qual as autoridades falam e agem separadamente em diferentes fases do tempo, o litígio de reforma estrutural cria as condições para o diálogo institucional ser um processo cooperativo e continuado ao longo do tempo, que começa antes da tomada de decisão pelas autoridades representativas (por exemplo, através de audiências públicas), continua durante o processo de execução (através de mecanismos de monitoramento) e pode continuar após o plano do governo ser executado (através de sanções e recursos singulares).¹¹⁸

Desse modo, por exemplo, no caso principal do presente estudo, de nada adiantaria indenizar os presos, que tiveram seus direitos humanos violados, se não for realizada uma reforma institucional que impeça a violação dos direitos de outros detentos que venham a passar pelo sistema prisional.

Arenhart observa que o litígio estrutural é um litígio policêntrico, com aproximação, por vezes até a fusão, de interesses e de medidas a serem tomadas por diferentes órgãos, entes e instituições. Diante disso, o litígio estrutural acaba por exigir uma negociação, um diálogo e uma participação mais efetiva de todos os envolvidos, levando a uma estrutura procedimental que impacta diretamente na sistemática processual civil. Desse modo exige uma tutela processual mais plástica, principalmente na fase de cumprimento da sentença.¹¹⁹

¹¹⁷ FISS, Owen. **As formas de Justiça**. In: WATANABE, Kazuo (et al) (org.). O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 120.

¹¹⁸ LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. **Revista Mexicana de Sociología**. vol. 70, n. 3, julio-septiembre, 2008. p. 512.

¹¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. Vol. 2, 2015. p. 211-229.

Nesse contexto, vale destacar que a redação trazida ao art. 21, parágrafo único da lei de introdução às normas de direito brasileiro (Lei n.º 13.655/2018), conduz a possibilidade, ou a um dever, de implementação de técnicas processuais de tutela com características estruturais nos litígios complexos que envolvam o controle da Administração Pública.¹²⁰

Como se pode perceber, o litígio estrutural, em razão de seus efeitos extraprocessuais, multilaterais e com impactos a futuros interessados, traz a necessidade de um processo mais aberto, mais flexível. Nesse tocante, o dever de cooperação entre as partes e os negócios jurídicos processuais trazidos pelo novo Código de Processo Civil podem ser altamente úteis à resolução do litígio.

Além disso, o art. 20 da nova LINDB¹²¹ trouxe o dever de observação do julgador sobre as consequências decorrentes de seu julgado, tanto entre as partes, como os efeitos perante a sociedade no presente e no futuro. Tal dever, somado com o dever de indicação das condições para a regularização da lide, colocado pelo art. 21 da LINDB, juntamente aos deveres processuais do juiz e o seu poder geral de cautela, reforçam as responsabilidades do juiz para com essa espécie de litígio.

Assim, verifica-se que no Brasil, aos poucos, começa-se a regulamentar, de forma tímida, essa espécie de litígio. Evidentemente que os problemas surgem antes das leis e estas vêm posteriormente a regulamentá-los. Nesse norte, estando em um sistema de *civil law*, o desfecho desse tipo de litígio pode encontrar grandes dificuldades, ante a ausência de sua regulamentação. Um ponto de esperança se foca nos princípios trazidos pelo novo CPC¹²² e sua dinâmica com maior abertura, exigindo das partes e do juiz uma criatividade maior para implementar as medidas determinadas no julgamento da lide. Outro ponto de esperança reside nos diálogos

¹²⁰ MENEGAT, Fernando. **A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública**, p. 1-3. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica>>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹²¹ "Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. In: BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942." (BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹²² Tais como o princípio da cooperação; da primazia do mérito, incluída a atividade satisfativa; da promoção da dignidade da pessoa humana; da proporcionalidade; razoabilidade; legalidade; publicidade; eficiência; boa-fé; duração razoável do processo; da conciliação, entre outros que podem ser extraídos dos artigos 1º ao 10 do Código de Processo Civil. (Id. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

entre as partes e a sociedade, a fim de afastar as alegações de ilegitimidade democrática e de violação da separação de poderes.

Embora seja assunto ainda jovem no Brasil, nos Estados Unidos essas discussões surgiram na década de 1950. Ressalvadas algumas exceções, a maioria dos autores atribuem a origem dos litígios estruturais nos EUA, e das correspondentes medidas estruturantes, ao caso *Brown*, por isso passa-se a estudá-lo no item seguinte.

3.2 A ORIGEM DAS AÇÕES ESTRUTURAIIS E A DOUTRINA DE OWEN FISS

O caso emblemático que deu origem às discussões sobre os litígios estruturais e as sentenças estruturantes, ocorreu em 1954, nos Estados Unidos, no julgamento do precedente *Brown v. Board of Education of Topeka*.

Esse julgado trouxe grandes repercussões na sociedade norte-americana, influenciando a rotina diária de muitas pessoas e passou a ser estudado como importante precedente para casos complexos e de litígios estruturais, principalmente no tocante à fixação de medidas e de monitoramento do cumprimento destas.

Consoante se colhe da doutrina de Owen Fiss, foi a partir do caso *Brown v. Board of Education* que “o Judiciário norte-americano passou a assumir a tarefa de impor a reforma estrutural de várias instituições sociais, tais como, escolas, hospitais, hospícios, prisões e outras.” E ressalta que “A finalidade da Corte era a de fazer valer os valores públicos presentes na Constituição, principalmente aqueles relativos à igualdade.”¹²³

Diante disso, procurar-se-á relacionar, no subitem abaixo, os principais pontos desse julgado para facilitar a compreensão da doutrina de Owen Fiss, a qual será explanada no item subsequente. Tudo isso a fim de fazer um comparativo com a tese do Estado de Coisas Inconstitucional e apresentar alguns pontos de convergência, cuja observação contribui para que as sentenças sobre um litígio estrutural venham a ter efetividade no mundo dos fatos.

¹²³ FISS, Owen. **As formas de Justiça**. In: WATANABE, Kazuo (et al) (org.). O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 120.

3.2.1 *Brown vs. Board of Education of Topeka*

O caso trata da questão racial nos Estados Unidos e a quebra da doutrina do *separate but equal*. A questão da segregação racial sempre foi muito forte nos EUA. Antes do julgamento do caso *Brown*, a Suprema Corte americana já havia enfrentado outros casos emblemáticos sobre o assunto, como caso *Dred Scott vs. Sandford*, em 1857, e o caso *Plessy vs. Ferguson*, em 1896.

No caso *Dred Scott vs. Sandford*, a decisão da Suprema Corte norte-americana, proferida sob a presidência de Taney, declarou inconstitucional o *The Missouri Compromise*, firmado em 1820, o qual proibia a escravidão em novos territórios existentes acima de determinada latitude, mais especificamente da linha de *Mason-Dixon*. Com base nesse compromisso *Scott* ajuizou uma ação contra seu proprietário, alegando que tinha adquirido a liberdade, por ter trabalhado em território no qual a escravidão havia sido proibida pelo referido compromisso, mesmo após seu retorno para o estado de *Missouri*, onde a escravidão era permitida.¹²⁴

Embora a ideia fosse simples “uma vez livre, sempre livre”¹²⁵, a Corte norte-americana negou a liberdade ao requerente sob o argumento de que ele não poderia ser considerado cidadão e, portanto, não teria direito de acesso à Suprema Corte. Como se não bastasse, a Suprema Corte “numa postura ativa, mas para negar direitos”¹²⁶, acrescentou ao julgado a conclusão de que os negros, “ainda quando pudessem ser cidadãos à luz da legislação de algum Estado da Federação, não eram, todavia, cidadãos dos Estados Unidos”¹²⁷ e, diante disso, não poderiam ajuizar ações perante juízos e tribunais federais. Essa decisão foi chamada por Zaffaroni como “a mais aberrante decisão da Suprema Corte norte-americana”¹²⁸.

Já o caso *Plessy vs. Ferguson* decorre da atitude de um jovem negro, quando tenta viajar em um dos vagões destinados apenas aos brancos, vindo então a ser

¹²⁴ MORO, Sergio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004. p. 26.

¹²⁵ MARMELESTEIN, George. **As Piores Decisões da Suprema Corte dos EUA em matéria de direitos fundamentais** – Parte I (Caso Dred Scott), p. 1-3 Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/10/21/as-piores-decisoes-da-suprema-corte-dos-eua-em-materia-de-direitos-fundamentais-parte-i-caso-dred-scott/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹²⁶ LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 49.

¹²⁷ ESTADOS UNIDOS. **Suprema Corte**. Caso: Scott v. Sandford, 60 U.S. 393. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/60/393#writing-USSC_>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 69.

preso. O caso foi parar na Suprema Corte, a qual declarou como constitucional a prática institucionalizada de vagões separados para brancos e negros, contanto que fossem exatamente iguais. Difundiu-se, assim, em resumo, a doutrina “*separate but equal*”, a qual foi disseminada para outros setores, incluindo as escolas.¹²⁹

Essa doutrina “*separado mas igual*” durou 58 anos até o surgimento do caso *Brown*. Em razão dessa doutrina, o Estado do Kansas permitia que cidades com mais de 15 mil habitantes adotassem o regime de escolas segregadas. Política adotada pela capital Topeka, onde havia dezoito escolas primárias para crianças brancas e somente quatro escolas para as crianças negras.¹³⁰

Nesse contexto *Linda Brown*, de apenas sete anos, precisava andar seis quarteirões para chegar ao ponto de ônibus e após percorrer mais 1,5km até chegar à escola destinada aos negros, sendo que havia uma escola para brancos a apenas sete quarteirões da sua casa. Seu pai, tentou matriculá-la nessa escola, porém foi impedido pelas leis de segregação racial. Após, em uma associação civil para promoção dos direitos civis, ele reuniu mais treze pais com um total de vinte crianças e juntos ajuizaram a ação coletiva em face da Secretaria de Educação local, em 1951.¹³¹

Em razão dos precedentes *Scott* e *Plessy* a Suprema Corte encontrava-se em uma situação desfavorável para um julgamento de procedência. Contudo, o presidente da Corte, Warren, rechaçou a interpretação histórica e mudou o entendimento jurisprudencial até então firmado, ressaltando que o caso deveria ser resolvido com os critérios da época em que estava sendo decidido. Além disso, a Suprema Corte observou que a segregação escolar institucionalizada, por si só, já criava condições de ensino inferiores às crianças negras. Assim, assegurou o direito das crianças negras de frequentar uma escola exclusiva para brancos a partir da interpretação da Décima Quarta Emenda Constitucional.¹³²

¹²⁹ JOHNSON, Gerard W. **A Suprema Corte dos Estados Unidos**. Tradução de Luiz Fernando. Rio de Janeiro: Record, 1964. p. 26-27.

¹³⁰ SOUZA, Fernando Garcia. Política educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso Brown v. Board of Education 347 U.S 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da [coord.]. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 252.

¹³¹ Ibid., p. 252-253.

¹³² Ibid., p. 253-254; JOBIM, Marco Felix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 449-466.

Interessante lembrar a observação feita por Marco Felix Jobim no sentido de que a Corte Suprema tinha um clima político favorável.¹³³ Vale trazer, ainda, a lição de Eduardo Appio também referendado por Jobim, veja-se:

É grande a autonomia dos Estados-membros na república federal norte-americana, de maneira que a Suprema Corte exerce, nestes casos, o papel de ativo defensor das minorias. Note-se, contudo, que o clima político para a grande transformação social que viria a ser operada pela decisão da Suprema Corte em *Brown* (1954) – publicada em uma manhã de domingo – era francamente favorável à decisão, vez que os Estados Unidos, após o período da Segunda Grande Guerra, eram intensamente criticados – já durante a chamada Guerra Fria – pelo fato de que mantinham o racismo em suas escolas, apesar de defender, no plano internacional, a liberdade do indivíduo (pano de fundo da Segunda Guerra).¹³⁴

Nesse tocante, importante fazer um contraponto com o caso principal do presente estudo, uma vez que o Supremo Tribunal Federal também tem um apoio internacional. Talvez o correto seria dizer uma obrigação perante a comunidade internacional, diante dos vários casos em que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por violações dos direitos fundamentais dos segregados nos presídios e nas instituições de menores infratores, conforme visto no contexto histórico do ECI no Brasil (Capítulo I).

A análise do caso *Brown*, de início, pode parecer simplesmente uma questão de discussão constitucional sobre o direito fundamental de igualdade, porém é com as medidas estruturantes determinadas na sentença que o caso ganha contornos a levá-lo como a origem dos litígios estruturais. Desse modo, para enfatizá-las e para facilitar a compreensão do estudo passa-se a abordar tais medidas no subitem seguinte.

3.2.1.1 *Brown* e as Medidas Estruturantes

A decisão da Corte no caso *Brown* rechaçou a doutrina do *separate but equal*, afirmando que as oportunidades deveriam ser iguais para brancos e negros, reconhecendo a inconstitucionalidade do sistema dual de educação e o dever de

¹³³ JOBIM, Marco Felix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. p. 572-573. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 563-582.

¹³⁴ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2009. p. 45.

reforma para o surgimento do sistema universal, integrado. Afinal, separados não poderiam ser iguais. Conforme ressalta White, a Corte, com base no intolerável modelo de supremacia racial que imperou na Segunda Guerra, trouxe o princípio da antidiscriminação¹³⁵.

Vale lembrar que entre 1951, quando a ação do caso *Brown* foi ajuizada, e 1952, foram ajuizadas outras quatro ações, envolvendo o mesmo tema. Os processos envolviam os estados da Carolina do Sul, Virgínia e Delaware, através dos quais se reclamava a condição inferior das escolas para crianças negras, no tocante aos currículos escolares, transporte público, treinamento de professores, planta do prédio dos colégios e atividades extracurriculares.¹³⁶ Além disso, quando a escola não era exclusiva para brancos ou negros, o sistema escolar segregava desde a partida do ônibus até os corredores das escolas, com a separação dos bebedouros e banheiros.

Porém, o caso de *Linda Brown* foi mais marcante porque o ponto central da demanda era a segregação escolar institucionalizada, o que por si só já gerava condições de ensino inferiores. Contudo, diante de tantos atos de dessegregação consolidados na vida escolar e de toda a sociedade norte-americana, a decisão da Corte seria de difícil implementação prática.¹³⁷

E foi o que ocorreu. Muitos políticos e juristas resistiram, principalmente diante da inexistência de fixação pela Corte de um método e um prazo para a dessegregação. Esse movimento recebeu o nome de *backlash*.¹³⁸

Como muito bem observa Ronald Dworkin:

Um sistema escolar não pode reverter suas principais estruturas da noite para o dia. Se as escolas segregadas em junho tentarem reabrir como escolas integradas em setembro, haverá o caos, e a educação de um grupo de alunos, tanto negros quanto brancos, será prejudicada ou destruída. [...] Os problemas poderiam ser aplacados,

¹³⁵ WHITE, G. Edward. Earl Warren's influence on the Warren Court. TUSHNET, Mark (coord.). **The Warren Court in historical and political perspective**. University Press of Virginia, 1993. p. 43.

¹³⁶ SOUZA, Fernando Garcia. Política educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso Brown v. Board of Education 347 U.S 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da [coord.]. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 253.

¹³⁷ Ibid., p. 253.

¹³⁸ PAIXAO, Juliana Patrício da. **Estado de Coisas Inconstitucional**: perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 38-39.

ou mesmo completamente solucionados, por meio de um processo de mudança mais gradual.¹³⁹

Pensando nessas questões, os juízes da Corte registraram diversos questionamentos na *opinion* da Corte no julgamento do caso, tais como: a) como dar condições de possibilidade de uma afrodescendente frequentar uma escola para brancos sem que seja discriminada? b) será que apenas pelo julgamento do caso pela Suprema Corte dos Estados Unidos haveria de ser cumprida a decisão? Assim, consignaram, durante a *opinion*, que se reuniriam novamente para ver a real evolução da decisão e definir as medidas específicas a serem adotadas.¹⁴⁰

Logo, com vistas nesses possíveis impasses, a Suprema Corte elaborou critérios a serem debatidos em caso de procedência dos pedidos. Em primeiro lugar, questionou-se se a implementação do regime igualitário, sem separações, deveria ser de forma imediata, por meio de critérios geográficos, ou gradual e por meio de poderes de equidade do Judiciário. Sendo escolhido o sistema gradual, indagou-se se o decreto da Suprema Corte deveria ser bastante especificado e detalhista, bem como se deveria ser indicado um *special master* para coletar informações e recomendar termos específicos desse decreto; ou se a Corte deveria devolver a solução das questões locais e peculiares aos tribunais originários, definindo apenas diretrizes mais gerais e deixando a encargo destes os decretos mais detalhados.¹⁴¹

Afinal, “A princípio, não existia um projeto detalhado. Ninguém tinha uma visão clara de tudo que estaria envolvido na tentativa de erradicar o sistema de castas embutido na burocracia do Estado ou de como a tentativa iria transformar o modo de prestação jurisdicional.”¹⁴².

Foi no ano seguinte, em 1955, que a Corte novamente se reuniu, com o acompanhamento da realidade ocorrida em um ano de eliminação da doutrina do *separate but equal*, visando trazer mais efetividade para a decisão.¹⁴³

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 464.

¹⁴⁰ JOMBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, posição 1889. *E-book*.

¹⁴¹ SOUZA, Fernando Garcia. Política educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso Brown v. Board of Education 347 U.S 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da [coord.]. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 253.

¹⁴² FISS, Owen. As formas de Justiça. In: WATANABE, Kazuo (et al) (org.). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 121.

¹⁴³ PAIXAO, Juliana Patrício da. **Estado de Coisas Inconstitucional: perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 38-39.

Nessa reunião, com base no decorrido durante o referido período e, analisando as manifestações dos interessados sobre os questionamentos anteriormente elaborados pela Corte, esta definiu algumas medidas estruturantes, no julgamento que ficou conhecido como *Brown II*, estabelecendo que:

(a) as autoridades escolares teriam a responsabilidade primária em levantar, avaliar e resolver os diversos problemas escolares surgidos na completa implementação dos princípios constitucionais envolvidos no caso; (b, c) os tribunais que processaram a ação deveriam verificar se as autoridades locais estariam agindo com boa-fé na implementação dos princípios constitucionais, tendo em vista a proximidade com as condições da comunidade e a facilidade para promover novos entendimentos com as partes; (d) ao criar e efetivar os decretos para cumprimento da decisão, as cortes locais seriam guiadas por princípios de equidade, caracterizados por uma flexibilidade prática em amoldar as soluções e pela facilidade de ajustar e conciliar necessidades públicas e privadas; (e) dever-se-ia observar o interesse específico das partes em serem admitidas em escolas públicas não segregadas, tão rápido quanto possível; (f) Os juízos de equidade deveriam levar em conta o interesse público na eliminação de obstáculos para transição das escolas, de maneira efetiva e sistemática; mas a vitalidade desses princípios não poderia ser desconsiderada pela simples discordância dos réus com relação a eles;¹⁴⁴

Além dessas medidas, outras também de grande importância foram emitidas nessa decisão:

(g, h, i) ao dar concretude às considerações públicas e privadas, as cortes requereriam dos réus um início razoável e imediato em favor da completa conformidade com suas decisões; caso se verificasse ser imprescindível um tempo adicional para implementar a decisão, caberia novamente ao réu estabelecer o tempo suplementar necessário, de acordo com ditames de boa-fé e na data mais próxima possível; (j) os tribunais locais deveriam considerar eventuais problemas surgidos com a administração, relacionados às condições físicas das escolas, transporte dos alunos, funcionários, revisão da área de atuação dos distritos escolares, bem como a revisão de leis e regulamentos locais para a solução de problemas decorrentes da implementação da decisão; (k, l) as cortes locais deveriam, ainda, levar em conta a adequação dos planos de reestruturação apresentados pelos réus, mantendo a jurisdição sobre

¹⁴⁴ Principais questões definidas no julgamento *Brown II*, conforme tradução de: SOUZA, Fernando Garcia. Política educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso *Brown v. Board of Education* 347 U.S 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da [coord.]. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 255-256.

os casos enquanto perdurasse a transição para o regime não-segregado de escolas públicas.¹⁴⁵

A partir dessas diretrizes, verifica-se que a Corte norte-americana definiu apenas parâmetros gerais, concedendo aos Tribunais locais a atribuição de fiscalização e de decisão sobre as medidas a serem tomadas na prática para a efetiva implementação da reforma estrutural.

Garcia Souza ressalta que essa atitude mais humilde da Suprema Corte trouxe maior flexibilidade no cumprimento da decisão, oportunizando espaços de autocomposição local e a possibilidade de readequação dos planos de dessegregação gradual, conforme a realidade local, desde que fossem atendidos os ditames da boa-fé e cumprimento da decisão em tempo razoável.¹⁴⁶

Note-se que, como observa Desirê Bauermann, diante da amplitude dos casos de *structural injunctions* e da ampla possibilidade de medidas possíveis a serem adotadas, há grande dificuldade para se estabelecer quais as medidas mais adequadas. Até porque uma das grandes dificuldades se encontra em precisar os contornos do próprio direito fundamental a ser respeitado.¹⁴⁷

3.2.2 Aspectos Destacados da Doutrina de Owen Fiss¹⁴⁸

Lembrando do caso *Brown* e sua abertura para os demais casos (hospitais, hospícios, presídios, abusos policiais), Owen Fiss ressalta que o “Fim da segregação racial nas escolas tornou-se uma questão de vital importância para as inovações procedimentais transcender a questão substancial, e fazer surgir um conceito

¹⁴⁵ Principais questões definidas no julgamento *Brown II*, conforme tradução de: SOUZA, Fernando Garcia. Política educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso *Brown v. Board of Education* 347 U.S 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da [coord.]. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 255-256.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 256-257.

¹⁴⁷ BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 72-73.

¹⁴⁸ Este item é baseado no principal texto de Owen Fiss sobre o processo estrutural: *As Formas de Justiça*, o qual é retirado do livro: FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004, e que foi acostado no livro brasileiro, organizado por: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. (Coord). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

completamente novo de adjudicação¹⁴⁹. Algo que particularmente se adaptasse à nova unidade do Direito Constitucional: a burocracia estatal.”¹⁵⁰.

Na reforma estrutural, a adjudicação consiste no processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos, mas não a simples valores públicos, e sim aos valores públicos constitucionais, preocupando-se não apenas com a declaração do significado, mas também com a sua concretização. Seu caráter distinto das demais adjudicações se vale ainda pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais.¹⁵¹

Em outras palavras, verifica-se que no processo estrutural o Judiciário se afasta do constitucionalismo procedimental e se aproxima intensamente do constitucionalismo substancial.¹⁵²

Assim, no processo estrutural o juiz, munido dos valores constitucionais, enfrenta a burocracia estatal para reestruturar aquela organização que está em desacordo ou em plena violação dos valores constitucionais, proferindo uma *injunction*¹⁵³, ou melhor, uma medida, ou ainda um remédio estrutural, com vistas a resolver os problemas que passaram, os existentes e, principalmente, para evitar que problemas de mesma ordem venham a violar direitos constitucionais no futuro.

Owen Fiss lembra que “a eliminação da segregação racial exigia um revisão das concepções formadas sobre a estrutura de partes, novas normas de controle do comportamento judicial e novas maneiras de observar a relação entre direitos e

¹⁴⁹ “Adjudication (adjudicação) é a forma usual na literatura de língua inglesa para designar a atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflitos. O juiz ao julgar determinado caso, aplica a norma ao caso concreto adjudicando, isto é, atribuindo uma solução para a controvérsia em questão.” (FISS, Owen. As formas de Justiça. In: WATANABE, Kazuo (et al) (org.). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 5.

¹⁵⁰ Ibid., p. 122.

¹⁵¹ Ibid., p. 120.

¹⁵² “A tese procedimentalista entende que a Constituição deveria limitar-se a determinar a organização do Estado e a competência de cada órgão, legitimando apenas a atuação estatal e estabelecendo o processo de participação democrática sem positivar os valores regentes de determinada sociedade.” (STRECK, Lenio; BOLZAN, José Luis Bolzan de Moraes. **Estudos sobre (neo)constitucionalismo**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 56-57). “Já o modelo substancialista, defendido por Mauro Cappelletti, Ronald Dworkin, Paulo Bonavides, Fabio Comparato, Lenio Luiz Streck, Alexandre Moraes da Rosa entre outros, trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. É o constitucionalismo-dirigente de Canotilho. Assim é inevitável que o Poder Judiciário passe a ter um papel relevante, especialmente no que tange à jurisdição constitucional.” (STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 57-58).

¹⁵³ “*Injunction*, medida, ou remédio estrutural, consistem nas diretivas de reconstrução da organização e da situação de grave violação dos valores constitucionais.” (FISS, op. cit., p.120-123).

medidas judiciais.¹⁵⁴ Em outras palavras, seria possível dizer que a superação da situação de massiva violação de valores constitucionais exigiria um conhecimento aprofundado dos valores constitucionais envolvidos, bem como uma nova forma de pensar e de efetivar a prestação jurisdicional. Fiss recorda que:

Após receberem da Suprema Corte seus mandatos para agirem, os juízes federais de instâncias mais baixas descobriram o que a tarefa exigia e ajustaram as formas de procedimento tradicionais para atender às necessidades existentes. A legitimidade foi igualada à necessidade e, nesse sentido, o procedimento tornou-se dependente da substância. Um compromisso primordial com a igualdade racial motivou a inovação procedimental, constituindo a justificativa para os distanciamentos da tradição.¹⁵⁵

O autor aponta para a tradição individualista do processo¹⁵⁶, traçada para tratar apenas conflitos bipolares, com sentenças voltadas muito mais para a solução de um problema pretérito, sem a projeção futura. De modo diverso, as medidas nos processos estruturais visam muito mais à solução de problemas presentes e futuros, que podem atingir pessoas indeterminadas e desconhecidas.

Abram Chayes descreveu muito bem esse modelo tradicional explicando que tradicionalmente o processo tem sido visto com um procedimento para resolver conflitos de direito privado, entre particulares. Chayes enumerou as principais

¹⁵⁴ FISS, Owen. As formas de Justiça. In: WATANABE, Kazuo (et al) (org.). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 121.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 121.

¹⁵⁶ Sobre o tema, Sergio Cruz Arenhart faz a mesma observação no tocante ao sistema judicial brasileiro. Utilizando o exemplo das ações de medicamentos, ressalta que um problema de saúde pública acaba sendo tratado de forma individual em ações propostas por pessoas que têm mais oportunidade e conhecimento para o ajuizamento de demandas. E, como se não bastasse, as ações coletivas, por outro lado, também não representam resposta muito melhor, pois, substancialmente, a tutela coletiva brasileira, de um modo geral, pode ser resumida em um processo “individual”, onde alguns entes estão autorizados, como porta-voz, a defender o interesse de uma coletividade. Os instrumentos processuais, as técnicas e o procedimento são os mesmos que aqueles empregados para a tutela de interesses individuais. Ressalta, ainda, outro ponto muito grave: a dita “representação” feita pelo legitimado para a tutela coletiva é mais aparente do que real. Com efeito, um agente do Ministério Público, por exemplo, pelo simples fato de sê-lo, está inquestionavelmente legitimado à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo e em consequência, passa a ter a prerrogativa de dizer – *sem sequer ser obrigado a consultar qualquer membro da comunidade ou da coletividade como um todo, ou mesmo sem nem mesmo dar a oportunidade a esses grupos ou à sociedade de manifestar-se previamente* – aquilo que a sociedade precisa, deseja ou exige. Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo *aliena* exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos. E faz tudo isso segundo a mesma lógica da tutela individual ou seja, segundo um processo *bipolarizado*, onde necessariamente se veem posições antagônicas em que uma deve prevalecer sobre a outra. In: ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. Vol. 2, 2015. p. 211-229.

características do modelo tradicional, as quais vale citar a fim de possibilitar uma comparação mais efetiva com o modelo estrutural, veja-se:

(1) Um processo bipolar. A disputa é organizada como um confronto entre dois indivíduos, ou pelo menos dois interesses unitários diametralmente opostos, para ser resolvida com a ideia de que 'o vencedor leva tudo'. (2) O litígio é retrospectivo. A controvérsia gira em torno de uma série identificada de eventos passados e visa determinar se eles ocorreram e, quando apropriado, com quais consequências legais para as partes. (3) A lei e o recurso são interdependentes. A extensão da reparação deriva mais ou menos logicamente da violação substantiva, sob a teoria geral de que o ator obterá uma compensação medida com base no dano causado pelas ações ilegais do réu [...] (4) O processo é autossuficiente. O impacto da sentença é restrito às partes. Se o ator vencer, haverá uma transferência simples para fins de compensação [...] Se o réu vence, o dano permanece onde estava [...] a emissão da sentença conclui a atividade judicial. (5) O processo é iniciado pelas partes e controlado pelas partes. O caso está organizado e os problemas são definidos a partir das trocas entre as partes. A responsabilidade pelo desenvolvimento dos fatos é da parte. O juiz é um árbitro neutro de tais interações, que decide questões legais somente se forem adequadamente levantadas por qualquer uma das partes.¹⁵⁷

Martin Redish ressalta que, nem mesmo nas chamadas *class action*, os interesses coletivos estariam sendo devidamente protegidos, diante das questões de procedimento e de representatividade ainda individualistas.¹⁵⁸ Logo, percebe-se que a necessidade de um procedimento para tratar dos litígios estruturais foi sentida nos Estados Unidos e ultimamente tem sido muito experimentada também no Brasil.

Todavia, com o advento das sociedades multiculturais e de massa, bem como com o incremento das funções do Estado, sua burocratização e a sua consequente ineficiência, os conflitos também sofreram alterações e tornaram-se mais complexos. Problemas envolvendo um número cada vez maior de pessoas, uma coletividade ou um grupo determinado, buscando a efetivação de direitos fundamentais, tornaram-se mais comuns, exigindo uma postura diferente do Judiciário a fim de concretizar as promessas previstas na Constituição.

¹⁵⁷ CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law litigation. 89 Harv. L. Rev. 1281 1975-1976. Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic. **Revista de Processo**. n.º 268, junho 2017.

¹⁵⁸ Citado por Arenhart na nota de rodapé n.º 3 do texto: ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. Vol. 2, 2015. p. 211-229.

Litígios dessa natureza surgem na sociedade em função da dificuldade de fruição de “valores públicos reputados juridicamente relevantes”¹⁵⁹, relacionados a questões de grande amplitude como o caso da dessegregação social, acima estudado, assim como aquelas que envolvem o sistema carcerário, o meio ambiente, a saúde, a educação, dentre outras¹⁶⁰, e que vão muito mais além de um conflito bipolar, pois estão entranhadas na burocratização estatal.

Assim, Owen Fiss¹⁶¹ propõe mais um modelo de adjudicação, o modelo ao qual denominou de “reforma estrutural” e aduziu ser um importante avanço para a compreensão da sociedade moderna e do papel da adjudicação¹⁶². Sua proposta ganhou grande destaque na doutrina, sendo até hoje objeto de estudo e aprendizado¹⁶³.

Explica o referido autor que essa nova forma de adjudicação é definida fundamentalmente por duas características. A primeira é a consciência de que a principal ameaça aos valores constitucionais não é proveniente de indivíduos, mas das operações das organizações de grande porte, as burocracias do Estado moderno. Em segundo lugar, esse novo modo de processo judicial reflete a compreensão de que tais ameaças só podem ser eliminadas com a reestruturação dessas organizações. Afirma que a *injunction* é a medida apropriada, porém não nos moldes do processo tradicional, o qual se mostra inadequado para este novo modelo. Assim, ela não deve ser utilizada para impedir atos isolados, mas como o

¹⁵⁹ Expressão muito utilizada por Owen Fiss para tratar do que chamaríamos no Brasil de direitos fundamentais que atingem uma coletividade.

¹⁶⁰ Consoante Leonardo Silva Nunes e outros essas questões são visíveis em casos emblemáticos, como a catástrofe ambiental ocorrida em Mariana, Minas Gerais, e o conflito da ACP do Carvão de Criciúma. (NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar (orgs). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo**: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 366).

¹⁶¹ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública**: Processo Jurisdição e Sociedade. Tradução: Carlos Alberto de Salles, 2. ed. - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017. p. 83.

¹⁶² Importante observar que adaptando para o nosso sistema judicial, poderia se dizer que esse modelo traz um avanço na compreensão da sociedade moderna e do papel da prestação jurisdicional referente aos direitos públicos fundamentais.

¹⁶³ Rodrigues e Varella destacam que “as medidas estruturantes são uma das principais vertentes da litigância de interesse público, tendo sido pioneiros os trabalhos de Owen Fiss.” RODRIGUES, Luis Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. *As Structural Injunctions* e o Direito Processual Brasileiro. p. 452. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 449-466.

meio formal através do qual o juiz dirige a reconstrução de organizações burocráticas.¹⁶⁴

Entretanto, a solução através desse novo modelo não é tão simples. Poder-se-ia dizer que, assim como os litígios estruturais são mais complexos, o modelo processual para trazer a solução a essa espécie de litígio também é mais complexo que o modelo tradicional, gerando muitas indagações e problemas de diversas ordens.

Relata o autor, ora em estudo, que um desses problemas se refere ao instrumentalismo, no sentido de saber como realizar a mencionada reforma para que o resultado seja satisfatório. O segundo problema se refere à questão da legitimidade com a seguinte indagação: a reforma estrutural é uma tarefa apropriada para o Judiciário? Ressalta que, apesar das questões instrumentais serem de enorme importância e dificuldade, a questão da legitimidade é fundamental, porque os ditames da legitimidade acabam por impor as limitações aos meios que podem ser utilizados pelas cortes para atingirem seus objetivos.¹⁶⁵

Além desses dois problemas cruciais, Owen Fiss ressalta outras questões importantes que passam a ser analisadas em subtítulos separados para melhor compreensão e sintetização.

3.2.2.1 Ausência de uma Sociologia

O modelo tradicional, chamado de “solução de controvérsias”¹⁶⁶ descreve um universo sociologicamente empobrecido, sem importância para os grupos sociais e instituições burocráticas, refletindo a tendência individualista. O processo judicial estrutural, por outro lado, desobedece a tradicional forma processual tripartite.¹⁶⁷

¹⁶⁴ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública**: Processo Jurisdição e Sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2. ed. - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017. p. 83.

¹⁶⁵ Ibid., p. 84.

¹⁶⁶ Expressão utilizada por Fiss.

¹⁶⁷ Sobre essa nova formação processual recomenda-se a leitura do item 2, subitens 2 e 3 do texto: As Formas de Justiça, do autor Owen Fiss, que pode ser encontrado, em sua versão original, no volume 93 da Harvard Law Review, p. 1, de 1979. Versões traduzidas para o português podem ser encontradas em: 1) FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil**: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT. 2004; 2) FISS, Owen. **Direito como Razão Pública** - Processo, Jurisdição e Sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2 ed. Curitiba: Juruá, 2017; e 3) GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. (Coord). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

Estão envolvidas não duas, mas diversas partes e as organizações ou grupos denominados partes. O antagonismo não é binário, no processo judicial estrutural encontra-se um conjunto de perspectivas e interesses concorrentes, organizados em torno de uma série de questões e um único órgão de decisão, o juiz.¹⁶⁸

No modelo estrutural, a solução implica também em uma unidade de funções na estrutura de partes: o autor da ação é simultaneamente a vítima, o beneficiário da medida judicial e quem atua como representante. Da mesma forma, o réu individual é também o autor do ato ilícito, quem arca com as despesas e ônus da medida judicial, e o representante de seus próprios interesses.¹⁶⁹

Nos litígios estruturais nos Estados Unidos, em geral, há os *special masters* e *amicus* das partes, os quais não são nem vítimas nem beneficiários, mas representam interesses e perspectivas importantes de grupos que são vítimas ou pretensos beneficiários da decisão judicial.¹⁷⁰

A reforma estrutural envolve, ainda, uma variação do conceito de autor do ato ilícito, nesse modelo não se procura julgar ou punir condutas individuais, mas eliminar as ameaças aos valores constitucionais. Portanto, a Corte está capacitada para pensar em termos inteiramente prospectivos e para impor o ônus da medida judicial a uma instituição que talvez nem possa ser considerada autora de ato ilícito, nem mesmo em sentido metafórico, contudo receberá a ordem porque é a mais habilitada para salvaguardar os valores em discussão.¹⁷¹

Alerta o autor que, além da alteração na estrutura de partes, a introdução de entidades sociológicas, em um processo judicial estrutural, modifica a natureza do processo de escolha e aplicação dos remédios judiciais, tornando-a complexa. Logo, a maneira de escolher e aplicar um remédio judicial é muito mais complexa do que quando se está em um processo binário. O julgador, no mínimo, terá de determinar se a vítima e os grupos beneficiários devem ser coincidentes e criar critérios para incluir ou excluir indivíduos desses grupos, e destaca:

Da mesma forma, se o réu não for um indivíduo que almeja obter a terra do vizinho, mas uma organização burocrática, a tarefa de remediação exige a reestruturação da organização, uma atividade complexa e difícil totalmente alheia ao modelo de solução de

¹⁶⁸ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública**: Processo Jurisdição e Sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2. ed. - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017. p. 84-86.

¹⁶⁹ Ibid., p. 84-86.

¹⁷⁰ Ibid., p. 84-86.

¹⁷¹ Ibid., p. 84-86.

controvérsias, a qual requer um volume de atividades por parte do juiz inconsistente com sua imagem nos moldes de um árbitro passivo.¹⁷²

Analisando os litígios estruturais no Brasil, Sérgio Cruz Arenhart anota que “é necessário que se ofereça ao magistrado novos padrões de atuação e, sobretudo, maior flexibilidade na adequação de sua decisão àquilo que exija a situação concreta.¹⁷³”. E continua o autor:

Percebeu-se que muitas decisões sobre questões coletivas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. São decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado.¹⁷⁴

Owen Fiss, durante um curso sobre procedimento civil, no ano de 2016, anotou que o modelo de solução de controvérsias¹⁷⁵, apesar de ocupar uma posição proeminente entre os advogados norte-americanos, “Distorce a nossa compreensão sobre a jurisdição e, de várias maneiras, restringe artificialmente o potencial da lei para implementação de reforma social.”¹⁷⁶.

3.2.2.2 Fins Privados

Retomando o outro ponto problemático, trazido por Owen Fiss no texto *As Bases Políticas e Sociais da Adjudicação*, tem-se a questão dos fins privados:

B. Fins Privados: no sistema tradicional, ‘solução de controvérsias’, o juiz (‘estranho’) decide uma disputa, sendo que o valor público concretizado pelo Judiciário precisa ser suficiente para evitar a violência que poderia advir do uso do mecanismo do acordo (da autotutela). O processo judicial estrutural não se inicia com indiferença ou ignorância em relação aos valores públicos. Esse

¹⁷² FISS, Owen. **Direito como Razão Pública: Processo Jurisdição e Sociedade**. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2. ed. - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017. p. 84-86.

¹⁷³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. Vol. 225, 2013. p. 03.

¹⁷⁴ Ibid., p. 03.

¹⁷⁵ Traduzido como resolução de disputas no texto ora utilizado.

¹⁷⁶ FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 27.

processo opera-se dentro da estrutura de uma Constituição, a qual identifica um conjunto de valores tais como igualdade, liberdade, ausência de punições cruéis ou incomuns, devido processo legal, segurança do indivíduo e liberdade de expressão. Esses valores transcendem os fins privados inerentes ao modelo de solução de controvérsias, informando e limitando a função do Estado. Eles funcionam como núcleo da moralidade pública e constituem a base fundamental do processo judicial estrutural. A função social do processo judicial contemporâneo não é solucionar controvérsias, mas dar um significado concreto para essa moralidade dentro do contexto do Estado burocrático.¹⁷⁷

Ademais, o juiz não é escolhido pelas partes, ele é um estranho imparcial, que faz parte do sistema de governo e foi capacitado por meios de processos públicos; “Seu papel não é servir os interesses particulares dos litigantes (para resolver seu desacordo), mas sim defender o Direito, a Constituição acima de tudo, e dar-lhe significado e expressão concretos na vida da Nação.¹⁷⁸”

3.2.2.3 Harmonia Natural

Outra questão importante que Fiss destaca para justificar a inadequação do modelo tradicional é a harmonia natural. Segundo ele, no processo de modelo tradicional, ou seja, aquele bipolarizado, o sujeito da adjudicação traz um fato anormal que desordena um mundo até então considerado satisfatório. Desse modo, o objetivo da ação judicial é restaurar o *status quo*, em outras palavras, restaurar a harmonia natural da situação.¹⁷⁹

Contudo, no processo judicial estrutural o objetivo da ação é diferente. Em vez de conduzir ao *status quo ante*, no litígio estrutural se procura criar um novo *status quo*, que esteja de acordo com os valores e ideais constitucionais. Assim, exemplificando, “A reestruturação de um presídio ou sistema escolar não pode ser

¹⁷⁷ FISS, Owen Fiss. **As bases Políticas e Sociais da Adjudicação**. In: FISS, Owen. *Direito como Razão Pública - Processo, Jurisdição e Sociedade*. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2 ed., Curitiba: Juruá Editora, 2017. p. 86-87.

¹⁷⁸ Id. *Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 28.

¹⁷⁹ Id. **Direito como Razão Pública**: *Processo Jurisdição e Sociedade*. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. 2. ed. - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017. p. 87-88.

entendida como uma tentativa de retorno ao mundo existente anteriormente a uma disputa; ela representa uma tentativa de construir uma nova realidade social.”¹⁸⁰

Diante desse novo objetivo, as regras processuais precisam ser adequadas a fim de permitir que se alcance a satisfação do bem jurídico. Nesse sentido, Fiss destaca que “As exigências formais concernentes aos pedidos foram simplificadas, as doutrinas conservadoras tornaram-se mais permissivas e as objeções acadêmicas menos decisivas, bem como a necessidade de intervenção judicial não é mais considerada uma aberração.”¹⁸¹

Consoante explica Diddier, analisando os litígios estruturais no direito brasileiro, é preciso admitir uma certa atenuação da regra da congruência objetiva, que exige a correlação entre a decisão e o pleito exposto na petição inicial. “Em casos tais, é fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os diálogos individuais.”¹⁸²

Quando trata da harmonia natural no processo, Owen Fiss ressalta outra questão importantíssima para os litígios estruturais, o monitoramento, afirmando que a jurisdição da Corte se mantém até que se supere a realidade que se procura modificar, afirmando que “A medida judicial deverá durar pelo menos enquanto dure a realidade social que ela tenta modificar.”¹⁸³

3.2.2.4 Isolamento do Judiciário

Por fim, destaca o autor, a questão referente ao isolamento do Judiciário e os questionamentos sobre a sua legitimidade. Para ele, o modelo de solução de controvérsias sugere também um isolamento institucional do Judiciário. “As cortes não são descritas como parte integrante de um Estado e a legitimidade delas é

¹⁸⁰ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública**: Processo Jurisdição e Sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2. ed. - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017. p. 87-88.

¹⁸¹ Ibid., p. 87-88.

¹⁸² DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 361.

¹⁸³ FISS, op. cit., p. 87-88.

derivada do consentimento dos cidadãos com relação a um sentido específico de instituição.”¹⁸⁴

Ressalta que na sociedade moderna, “a conexão com o consentimento relativo ao sentido específico de instituição é preservada, porém de maneiras mais sutis.” Anota que, na visão do Professor Lon Fuller¹⁸⁵, a legitimidade da adjudicação se fundamenta no direito de participação no processo judicial, uma forma altamente individualizada de consentimento, porém:

Outros estudiosos, com base na tradição do caso *Carolene Products*¹⁸⁶, sobre a falha legislativa, tentam fundamentar a legitimidade na idoneidade das cortes para representarem o indivíduo no exercício de seus direitos de cidadania, como um meio de aperfeiçoar o processo político através do qual a sociedade americana manifesta seu consentimento com o governo.¹⁸⁷

Contudo, para Fiss, as cortes não devem ser consideradas isoladamente, mas como fontes coordenadas do poder estatal, sendo partes integrantes de um sistema político mais amplo. Explica que a democracia leva a assumir que o consentimento é a base da legitimidade, mas esse consentimento não é aquele que é dado separadamente a instituições individuais. O consentimento democrático se estende para o sistema estatal como um todo. “A legitimidade de cada instituição presente no sistema não depende do consentimento do povo a ele submetido, individual ou coletivamente, mas da capacidade de uma instituição para executar uma função social dentro do sistema em questão.”¹⁸⁸

Lembra que nos EUA a legitimidade das cortes e o poder que elas exercem são baseados na idoneidade do Judiciário para desempenhar sua função principal, qual seja: dar aplicação e significado concreto aos valores públicos incorporados à

¹⁸⁴ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública**: Processo Jurisdição e Sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2. ed. - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017. p. 87-88.

¹⁸⁵ Sobre o professor Fuller, Owen Fiss faz referência ao seguinte texto: FULLER, The Forms and Limits of Adjudication, 92 Harv L. Rev. 353, 1978.

¹⁸⁶ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-53 n. 4 (1938). Recomenda-se a leitura do item 1 do texto: As Formas de Justiça, do autor Owen Fiss, que pode ser encontrado, em sua versão original, no volume 93 da Harvard Law Review, p. 1, de 1979. Versões traduzidas para o português podem ser encontradas em: 1) FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil**: Estudos norteamericanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT. 2004; 2) FISS, Owen. **Direito como Razão Pública** - Processo, Jurisdição e Sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2 ed. Curitiba: Juruá, 2017; e 3) GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. (Coord). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

¹⁸⁷ FISS, op. cit., p.87-88.

¹⁸⁸ FISS, op. cit., p.87-88.

Constituição. Assim, “A idoneidade dos juízes para tal função social não está associada a aptidões morais especiais, mas ao processo que limita o poder que exercem”, sendo que a principal característica desse processo:

[...] o diálogo que os juízes devem conduzir: eles devem conhecer de todos os pedidos, considerar uma grande esfera de interesses, pronunciar-se e também assumir responsabilidade individual por suas decisões. Ademais, o juiz deve permanecer independente no que tange aos desejos ou preferências tanto do corpo político quanto dos litigantes particulares que se encontram perante o juízo. A especial idoneidade do Judiciário e, conseqüentemente, sua legitimidade, dependem da adesão a essas duas qualidades do processo judicial – diálogo e independência – e não da concordância do povo com decisões particulares ou de sua capacidade para indicar ou remover indivíduos que ocupam cargos públicos.¹⁸⁹ (grifo nosso).

Com efeito, “[...] o consentimento do povo é necessário para legitimar o sistema político, do qual o Judiciário é parte integrante; e a possibilidade do povo contestar decisões judiciais, através, digamos, de emendas constitucionais, preserva o caráter consensual do sistema como um todo.” Até porque, “Uma concisa e mais particularizada dependência do consentimento popular, privaria o Judiciário de sua independência e, conseqüentemente, de sua idoneidade para aplicar a lei.”¹⁹⁰

Consoante explanado anteriormente, para Owen Fiss a questão da legitimidade é primordial, devendo ser resolvida para após resolver os outros problemas que essa forma de litígio traz. A defesa de Fiss sobre a legitimidade democrática da Corte para o julgamento dos litígios estruturais será melhor apreciada no decorrer do capítulo seguinte.

3.3 A TESE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - ECI

Antes de adentrar especificamente na tese sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, essencial fazer um paralelo entre o sistema constitucional colombiano e brasileiro para entender melhor a importação do ECI e os seus desfechos no Brasil.

O movimento de democratização latina, das décadas de 80 e 90 do século passado, atingiu o Brasil, refletindo a Constituição de 1988, a qual trouxe o Supremo

¹⁸⁹ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública**: Processo Jurisdição e Sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. 2. ed. - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017. p. 87-88. Sublinhou-se.

¹⁹⁰ Ibid., p. 88-89.

Tribunal Federal como seu fiel guardião. De igual modo atingiu a Colômbia, com uma Constituição democrática em 1991, que permitiu à Corte daquele país a expansão de sua jurisdição. Em ambas as cartas políticas, foi institucionalizada uma lista extensa de direitos fundamentais e sociais, com amplo acesso à jurisdição constitucional, inclusive, diretamente por qualquer cidadão em controle concentrado e abstrato.¹⁹¹

O reconhecimento dos direitos fundamentais e sociais nas cartas políticas, bem como de compromisso para com a efetivação dos mesmos, transformou o modelo de Estado Social no modelo de Estado de Bem-Estar Social, também chamado de *Welfare State*.

Contudo, o professor Óscar Mejía Quintana chamou esse fenômeno de “constitucionalização da mentira”, referindo-se aos supostos avanços desenvolvidos pelo pacto político da Constituição de 1991: as elites colombianas (econômicas, políticas e intelectuais), mais uma vez, conseguiram constitucionalizar a mentira e disfarçar seu esquema histórico de dominação hegemônica com os trajes sedutores de um Estado Social de Direito e uma democracia participativa.¹⁹²

De qualquer modo, seja pela má administração estatal, pela crise econômica e financeira, pelo aumento da complexidade da sociedade, pelo “conteúdo utópico”¹⁹³ deste modelo ou por todos esses motivos reunidos, a ineficiência na concretização dos direitos é evidente nos mais diversos setores. Esta ineficiência, em contraponto com a amplitude do acesso à justiça, traz, com força cada vez maior, a judicialização das políticas públicas, exigindo do Poder Judiciário a manifestação sobre temas que anteriormente eram de interesse apenas da iniciativa privada ou então do Poder Executivo e Legislativo.

Diante dessa ineficiência e do constante suplício ao Judiciário pela concretização dos mais diversos direitos, comprometidos em toda uma estrutura por

¹⁹¹ LAGE, Daniel Dore; BRUGGER, Andrey da Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017. p. 193-240. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹⁹² Citado por: IGLESIAS, Edimer Leonardo Latorre. **Litigio estructural y experimentalismo jurídico**: análisis sociojurídico a los cambios generados por la Sentencia T-025 en la población desplazada. Santa Marta: Universidad Sergio Arboleda, 2015. p. 21. Disponível em: <<https://docplayer.es/83102898-Litigio-estructural-y-experimentalismo-juridico-analisis-sociojuridico-a-los-cambios-generados-por-la-sentencia-t-025-en-la-poblacion-desplazada.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹⁹³ MORAIS, José, Luís Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 21.

uma burocracia estatal ou institucional, a Corte Constitucional Colombiana foi desenvolvendo a tese do Estado de Coisas Inconstitucional, que atingiu seu auge e completude, em 2004 com o julgamento do caso do deslocamento forçado.

3.3.1 Origem e Construção do ECI

O ECI é uma criação da Corte Constitucional Colombiana, um instrumento criado e aprimorado pela jurisprudência daquela Corte, no decorrer do julgamento de diversos casos emblemáticos. Consoante narra Andréa, o ECI foi fruto de uma evolução da *acción* de tutela, ação cujo grande diferencial está em fazer parte do controle concreto de uma violação ou ameaça a direitos fundamentais do impetrante, podendo ser ajuizada em face de qualquer juiz da República, sendo passível de recurso e ainda submetida à revisão da Corte Constitucional, nos termos do artigo 86¹⁹⁴ e 241.9¹⁹⁵ da Constituição da Colômbia.¹⁹⁶

Segundo Gabriel Bustamante Penã, a *acción* de tutela foi se tornando um patrimônio inestimável para todos os cidadãos colombianos. Anota que no primeiro ano de seu funcionamento foram ajuizadas mais de dez mil ações. Tal número se deve ao fato de que qualquer pessoa, por mais humilde que fosse, poderia interpor o

¹⁹⁴ “Artículo 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.” (COLÔMBIA. **Constitución Política de COLÔMBIA**. Bogotá, 6 de julio de 1991, não paginado. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20COLÔMBIA.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

¹⁹⁵ “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: [...] 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.” (Ibid., não paginado.)

¹⁹⁶ ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 28-29.

recurso sem a necessidade de um advogado, bem como em virtude da rapidez e eficácia do instrumento em detrimento de um sistema judicial moroso.¹⁹⁷

Al poco tiempo de ser reglamentada la tutela, muchas personas acudieron a su amparo para hacer respetar y cumplir sus derechos: los jóvenes se enfrentaron por esta vía al poder de los colegios, logrando por primera vez ser sujetos de derechos y dando fin a los abusos que los planteles educativos ejercían ante, los otrora, indefensos estudiantes; niñas en embarazo no volvieron a ser expulsadas; jóvenes de pelo largo reclamaron por su derecho al libre desarrollo de la personalidad; campesinos e indígenas derrotaron a los que parecían imbatibles terratenientes y acaudalados empresarios; trabajadores reclamaron con éxito y oportunamente sus salarios, retenidos injustamente; muchos sindicados la invocaron para lograr su libertad ante medidas de aseguramiento ilegales; personas de la tercera edad lograron su pensión; enfermos graves lograron obligar a las EPS a atenderlos y brindarles procedimientos y medicamentos, sin los cuales hubieran muerto; desplazados accedieron a ayudas humanitarias por esta vía, lo que hizo que, la tutela, se fuera rápidamente convirtiendo en un patrimonio invaluable de todas y todos los ciudadanos de Colombia, sin importar la raza, el origen, la edad, el sexo, la condición económica o política.¹⁹⁸

Diante de milhares de ações individuais que começaram a chegar à Corte, quer por ação, quer por omissão estatal, a Corte começou a identificar falhas estruturais na prestação de serviços pelo Estado. Por outro lado, estava ciente do seu dever de guardiã da Constituição e da responsabilidade de tomar todas as medidas necessárias para garantir e concretizar os direitos fundamentais.¹⁹⁹

Somando essas duas situações ao fato de que as ações individuais passaram a representar uma violação massiva de direitos fundamentais de determinados grupos, ante a total incapacidade do Estado de pôr fim à realidade contrária à Constituição, a Corte Constitucional Colombiana passou a reconhecer o ECI e a determinar efeitos *erga omnes* as suas decisões.²⁰⁰ Afirmou a Corte que:

Quando em um processo de tutela se coloca em evidência não só uma violação de direitos individuais, mas também uma transgressão generalizada, massiva e reiterada de direitos constitucionais, a Corte

¹⁹⁷ PENÃ, Gabriel Bustamante. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. Dissertação de Mestrado em estudos políticos. Pontificia Universidade Javeriana, Faculdade de Ciências Políticas e Relações Internacionais, Bogotá, 2011. p. 56.

¹⁹⁸ Ibid., p. 55-56.

¹⁹⁹ Ibid., p. 56-58.

²⁰⁰ ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 30-31.

Constitucional tem o dever imperativo de assegurar o respeito pelas dimensões individuais e coletiva desses direitos.²⁰¹

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, “A Corte Constitucional da Colômbia é considerada paradigma do ativismo judicial na América Latina e uma das mais ativistas do mundo.²⁰²”. Ressalta, ainda, que, ao reconhecer o ECI, a Corte Colombiana adotou medida extrema, mas necessária. Isso porque:

O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasse políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial.²⁰³

Campos também anota que o Estado de Coisas Inconstitucional tem raiz na doutrina americana dos *structural remedies*, ideia a qual se junta Iglesias, que assim define o Estado de Coisas Inconstitucional:

Essa condição se apresenta quando o Tribunal verifica um ambiente de repetidas e massivas violações de direitos, que provém de ações ou omissões de várias instituições e que aguça a profunda crise econômica e a desigualdade social, demonstrando incoerência entre os princípios consubstanciados no sistema jurídico e no cumprimento efetivo deles nos aspectos sociais das comunidades.²⁰⁴

Leonardo Garcia Jaramillo traz interessante definição do ECI que vale ser transcrita:

A doutrina da criação judicial do Estado de Coisas Inconstitucional surgiu como resposta judicial à necessidade de reduzir, em casos determinados, a dramática separação entre as consagrações da

²⁰¹ COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado.. Auto de seguimiento n.º 385 de 2010. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

²⁰² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 99.

²⁰³ *Ibid.*, p. 96.

²⁰⁴ IGLESIAS, Edimer Leonardo Latorre. **Litigio estructural y experimentalismo jurídico**: análisis sociojurídico a los cambios generados por la Sentencia T-025 en la población desplazada. Santa Marta: Universidad Sergio Arboleda, 2015. p. 34-35. Disponível em: <<https://docplayer.es/83102898-Litigio-estructural-y-experimentalismo-juridico-analisis-sociojuridico-a-los-cambios-generados-por-la-sentencia-t-025-en-la-poblacion-desplazada.html>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

normatividade e a realidade social em um país tão particularmente garantista em suas normas como desigual em sua realidade.²⁰⁵

Blanca Raquel Cárdenas traz uma definição do ECI a partir de seus pressupostos:

Um Estado de Coisas Inconstitucional é uma figura de caráter processual e de vocação oficiosa, para a defesa objetiva de direitos humanos, a fim de resolver casos em que se apresenta uma violação sistemática de direitos fundamentais de um grupo significativo de pessoas, cujas causas guardam relação com falhas sistemáticas ou estruturais e com políticas públicas, onde se requer envolver a todos os órgãos públicos necessários e adotar medidas de caráter impessoal que tendem a superar esse *status quo* injusto, e no qual o juiz constitucional mantém a competência para vigiar o cumprimento da decisão.²⁰⁶

Conforme anteriormente informado, o ECI resultou de uma construção jurisprudencial. Ele foi resultado da evolução de diversos casos. O primeiro caso em que a Corte colombiana declarou o ECI foi na *Sentencia de Unificación SU-559*, de 1997, a qual tratou da violação dos direitos dos professores perante os municípios de María La Baja e Zambrano, que, em resumo, apesar de descontar percentual do salário dos docentes para fins previdenciários, não permitia a filiação deles no Fundo de Previdência Social do Magistério.²⁰⁷

Outras decisões importantes na construção do ECI foram as seguintes²⁰⁸:

²⁰⁵ JARAMILLO, Leonardo Garcia. **Constitucionalismo deliberativo**: estudo sobre o ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario. Cidade do México: UNAM, 2015. p. 189.

²⁰⁶ CÁRDENAS, Blanca Raquel. **Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional**. Bogotá: Universidade Externado de COLÔMBIA, 2011. p. 25-26.

²⁰⁷ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional COLÔMBIANO en sede de acción de tutela**: El llamado "Estado de cosas inconstitucional". Centro de Estudios Constitucionales de Santiago, Chile, vol. 1, núm. 1, 2003. p. 203-228. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

²⁰⁸ Os relatos abaixo relacionados foram extraídos da observação da análise das sentenças, bem como das obras: 1) CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. 2) ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 3) HUAROTO, Beatriz May Ling Ramirez. **El "Estado de Coisas Inconstitucional" y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público**: uma mirada a la jurisprudência COLÔMBIANA y peruana. Tesis para optar por el grado de Magistra em Derecho Constitucional. Escuela de Posgrado da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013. 4) HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional COLÔMBIANO en sede de acción de tutela**: El llamado "Estado de cosas inconstitucional". Centro de Estudios Constitucionales de Santiago, Chile, vol. 1, núm. 1, 2003. p. 203-228. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>>. 5) COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado

- A) o segundo caso em que a Corte declarou o ECI foi na *Sentencia* T – 068, de 1998. Na qual a Corte reconheceu que a Caixa Nacional da Previdência estava em mora para responder as petições de aposentados e pensionistas, que visavam obter recálculos e pagamentos de diferenças previdenciárias. Havia mais de 45 mil petições em atraso, gerando um quadro de vulnerabilidade permanente do direito fundamental de petição;
- B) o caso do sistema carcerário colombiano, julgado através da *Sentencia* T – 153, também de 1998, analisava o problema da superlotação carcerária e das condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e Bellavista de Medellín. Porém, apoiada em estudos empíricos, a Corte constatou que a situação era idêntica nas demais penitenciárias do país, proferindo ordens dirigidas a diversas instituições. Contudo, apesar da qualidade das ordens, estas não se mostraram úteis na prática, vindo a Corte reconhecer a permanência do ECI, nas sentenças T -388, de 2013 e T -762, de 2015. Consoante Campos, o erro da Corte nesse caso “foi proferir ordens estruturais, sem estabelecer procedimentos adequados de monitoramento durante a fase de implementação.”²⁰⁹;
- C) o quarto caso em que houve reconhecimento do ECI pela Corte Constitucional da Colômbia foi a *Sentencia* SU- 250, também de 1998, na qual se reconheceu a omissão do Estado em organizar o concurso público para notários, embora este estivesse expressamente previsto na Constituição. A Corte ordenou ao Conselho Superior da Carreira Nacional, na pessoa de seu presidente, bem como ao Ministro da Justiça e do Direito, para que, no prazo máximo de três meses, provessem o concurso para o cargo em todo o território nacional;
- D) a quinta declaração de ECI foi no caso dos defensores de direitos humanos, através da *Sentencia* T -590, também de 1998. A partir do caso de um presidente de uma organização não governamental voltada à defesa dos direitos humanos, que estava sofrendo sérias ameaças, a

Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado.. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁰⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 134.

Corte verificou a deficiência de políticas públicas de proteção dos defensores de direitos humanos no país;

E) houve declaração de ECI ainda no caso da mora no pagamento das verbas de aposentadoria, *Sentencia* T-525, de 1999. Nesse caso, a Corte observou que demandas da espécie representavam cerca de 20% do total de processos que tramitavam no país. E, embora não tenha ignorado as dificuldades financeiras do Departamento de Bolívar, proferiu diversas ordens visando superar a situação de indignidade de aposentados e pensionistas.

Por fim, indispensável adentrar no famoso caso do deslocamento forçado, julgado por meio da *Sentencia* T-025, de 2004. Foi através desse julgamento que a Corte colombiana firmou a tese do ECI e seus pressupostos. Por esse motivo, abre-se um subitem para melhor tratá-lo.

3.3.1.1 O caso do Deslocamento Forçado e a Fixação dos Pressupostos do ECI

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, foi na *Sentencia* T-025 que a Corte Constitucional colombiana enfrentou o mais importante caso de violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais, o caso do deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência da Colômbia.²¹⁰

Porém, antes de adentrar especificamente no referido julgamento da Corte Constitucional Colombiana, faz-se necessário conhecer o contexto histórico sobre o deslocamento forçado a fim de permitir uma melhor comparação e compreensão sobre a incorporação da tese do ECI no Brasil, especialmente no tocante ao caso da ADPF nº 347. Para tanto, utilizar-se-á, principalmente, a obra de Cesar Rodríguez Garavito²¹¹, um dos grandes estudiosos do tema na Colômbia.

²¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 142.

²¹¹ GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÓMBIA. Bogotá: Universidade de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

3.3.1.1.1 Contexto histórico do deslocamento forçado na Colômbia

Na Colômbia, os deslocamentos forçados ocorrem principalmente em municípios onde os atores armados não reconhecem o direito de neutralidade da população civil. Para forçar a população a trabalhar em seu favor, os grupos paramilitares a ameaçam, exercem atividades que minam sua integridade e violam seus direitos básicos.²¹²

Conta a historiadora Adriana González Gil que: “Sem dúvida, uma das mudanças adotadas pelo deslocamento forçado da população no final do século XX foi sua transformação em estratégia de guerra e não simplesmente um efeito colateral, assim como a prática do confinamento.”²¹³

Garavito e Franco anotam que desde os tempos mais remotos já havia um movimento de deslocamento, o qual foi se agravando, em razão da economia, de desastres naturais, mas principalmente com o aumento da violência e da omissão estatal.²¹⁴ Narram que, entre 1984 e 1995, aproximadamente 600.000 pessoas foram vítimas de deslocamento, porém, a partir da segunda metade dos anos 90, com a exacerbação do conflito armado, o deslocamento interno aumentou significativamente, sendo o período entre 2000 e 2002 o mais crítico em razão da expansão dos grupos paramilitares e o colapso dos diálogos de paz com as Forças Armadas Revolucionárias Colômbia – FARC, tendo o deslocamento atingido 85% dos municípios do país.²¹⁵

²¹² BELTRÁN, Oscar Heriberto Sandoval. **Análisis de la incidencia de la Sentencia T025/04 de la Corte Constitucional sobre la no protección a la población desplazada, en la Política Pública de atención al desplazamiento forzado en Bogotá**. Caso de estudio: administración de Luís Eduardo Garzón. Monografía de Grado Presentada como requisito para optar al título de Politólogo En la Facultad de Ciencia Política y Gobierno Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p. 6-14 Disponível em: <<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/730/1010164062.pdf;jsessionid=81CA84854B43156DFEE593860D6BACB4?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

²¹³ GIL, Adriana González. Del desplazamiento forzado interno en COLÔMBIA a la migración transfronteriza hacia Ecuador. **Estudios Políticos**. 47, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2015. p. 177-197.

²¹⁴ CASTRO, William Rodrigo Avendaño. Desplazamiento forzado em COLÔMBIA: enfoque de justicia de Amartya Sen. **Revista Academia & Derecho**, ano 9, n.º 16, 2018. p. 259-282. Disponível em: <<http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/311/305>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

²¹⁵ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El Contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÔMBIA. Bogotá: Universidade de los Andes, Faculdade de Derecho, Ediciones Uniandes 2009. p. 16.

Segundo eles, apenas em setembro de 1995 o governo colombiano reconheceu que deslocamento estava ligado à violência e que era uma questão humanitária urgente, a qual deveria ser incorporada à agenda pública. Para tanto, aprovou o Programa Nacional de Atenção Integral à População Deslocada, o documento Conpes n.º 2804 de 1995²¹⁶, definindo uma série de estratégias para abordar o problema, tais como: programas de prevenção de deslocamento; de atenção imediata à emergência, consolidação e estabilização socioeconômica; de divulgação e pesquisa e de atenção social nas áreas de educação, saúde, habitação e emprego, além de ter ordenado a criação de um conjunto instituições para iniciar a execução do Programa.^{217 218}

Embora tenha sido estabelecido um período de cinco meses, a sua implementação levou vários anos. Dois anos após, ainda não havia uma verdadeira política pública integral de atenção à população deslocada. Neste contexto, em maio de 1997, o governo emitiu o Conpes n.º 2924. O novo programa modificou a estrutura institucional, envolvendo entidades públicas e privadas, bem como modificou a composição e colocou em operação o Conselho Nacional de Atenção Integral à População Deslocada Violência - CNAIPD, que em dois anos não havia sido convocado, e cujas funções incluíam a aprovação da política nacional e do Plano Atenção Integral Nacional à População Deslocada pela Violência. Ele também determinou que o Conselho Presidencial para o Deslocamento seria a entidade

²¹⁶ "O Conselho Nacional de Política Econômica e Social (Conpes) foi criado pela Lei Nacional 19 de 1958, como a mais alta autoridade nacional de planejamento e órgão consultivo Governo nos aspectos relacionados ao desenvolvimento econômico e social do país." (GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÔMBIA. Bogotá: Universidade de los Andes, Faculdade de Derecho, Ediciones Uniandes 2009. p. 17-18).

²¹⁷ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El Contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÔMBIA. Bogotá: Universidade de los Andes, Faculdade de Derecho, Ediciones Uniandes 2009. p. 17-18.

²¹⁸ Mais tarde, com o Decreto n.º 2.217 de dezembro de 1996 a Presidência da República cria um Programa Especial para as Pessoas Deslocadas, que busca a aquisição de terras em benefício da população rural deslocada por causa da violência, e daquele que tem o status de deportado de países limítrofes afetados por calamidades públicas naturais. (BELTRÁN, Oscar Heriberto Sandoval. **Análisis de la incidencia de la Sentencia T025/04 de la Corte Constitucional sobre la no protección a la población desplazada, en la Política Pública de atención al desplazamiento forzado en Bogotá. Caso de estudio**: administración de Luís Eduardo Garzón. Monografía de Grado Presentada como requisito para optar al título de Politólogo En la Facultad de Ciencia Política y Gobierno Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p. 6-14. Disponível em: <<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/730/1010164062.pdf;jsessionid=81CA84854B43156DFEE593860D6BACB4?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

encarregada de coordinar o Sistema Nacional e projetar o Plano Nacional de Atenção. Finalmente, ele ordenou a criação de um Fundo Nacional para assegurar o financiamento adequado e eficiente programas e uma Rede Nacional de Informação.²¹⁹

Os decretos e acordos anteriores²²⁰ somados ao novo Conpes fomentaram a necessidade de interferência do governo, o qual passou a tratar o problema a nível nacional e editou a Lei n.º 337 de julho de 1997. A lei se baseou nos programas

²¹⁹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **El Contexto:** el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento:** políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÔMBIA. Bogotá: Universidade de los Andes, Faculdade de Derecho, Ediciones Uniandes 2009. p. 18-19.

²²⁰ Posteriormente en 1997, se presentan los mayores avances en cuanto a la normatividad para la atención de la población en situación de desplazamiento. Primero con el Acuerdo 006 del 19 de marzo de 1997 del Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social), con este Acuerdo se fijaron políticas para la atención de la Población Desplazada por la Violencia, y se le asignaron competencias institucionales al ICBF. Entre ellas La atención a la población en situación de desplazamiento que se va a desarrollar mediante 3 estrategias que son: la prevención, con la cobertura de proyectos de inversión para la consolidación social en municipios expulsores y receptores de población, la atención inmediata humanitaria con apoyo alimentario, atención a los niños menores de 18 y la ubicación de menores de 7 en los servicios de atención y la consolidación y estabilización, con la implementación de procesos de apoyo por parte de la comunidad. Además se expide el Decreto 976 del 9 de abril de 1997 del Ministerio del Interior, con el que se le brindan oportunidades claras de reincorporación social, restablecimiento económico, y de retorno a la población en situación de desplazamiento, dado el grave problema que enfrentan a causa de la violencia que se vive en el país y la violación de sus derechos económicos, sociales, políticos, por lo que el Estado está obligado a generar condiciones mínimas de sostenibilidad, esto se realiza mediante un esquema de retorno voluntario o reasentamiento a sus víctimas; y por otra parte, habla acerca de la necesidad de promover el desarrollo integral en zonas expulsoras y receptoras, para lo cual se requiere de acciones de prevención, protección, atención humanitaria de emergencia y acceso a programas sociales del Gobierno. En el artículo primero, se asocia de manera similar el fenómeno del desplazamiento al de desastres y calamidades. Este mismo año se crea la Consejería Presidencial para la atención de la población desplazada por la violencia mediante la expedición el Decreto 1165 del 28 de abril de 1997 de la Presidencia de la República, con este se busca entre otras cosas la creación de planes, proyectos y programas, la concertación entre las autoridades del orden nacional como el territorial para la prevención del desplazamiento forzado, además de coordinar la adopción de medidas humanitarias de emergencia para atender a esta población. Seguidamente se establece el Acuerdo 059 del 29 de abril de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social, aquí se declara como evento catastrófico el desplazamiento masivo de la población a causa de la violencia, además de adoptar medidas por parte del Ministerio de Salud garantizando la salud de los desplazados. También se presenta el documento COPES 2429 de 199713 donde se modifica la estructura institucional existente por una nueva que abarca desde el nivel presidencial hasta el local e involucra a todas las organizaciones públicas y privadas en torno al propósito común de atender, integral pero razonablemente, a la población desplazada por la violencia. (BELTRÁN, Oscar Heriberto Sandoval. **Análisis de la incidencia de la Sentencia T025/04 de la Corte Constitucional sobre la no protección a la población desplazada, en la Política Pública de atención al desplazamiento forzado en Bogotá. Caso de estudio:** administración de Luís Eduardo Garzón. Monografía de Grado Presentada como requisito para optar al título de Politólogo En la Facultad de Ciencia Política y Gobierno Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p. 6-14. Disponible em: <<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/730/1010164062.pdf;jsessionid=81CA84854B43156DFEE593860D6BACB4?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

anteriormente definidos pelo governo, bem como foi o resultado de um trabalho interinstitucional entre uma equipe do Conselho Presidencial para os Deslocados, acadêmicos das universidades Nacional e Javeriana, Ministério do Interior, a Defensoria do Povo e a Igreja.²²¹

Até a prolação da sentença T-025, referida lei foi considerada o instrumento mais importante e de maior hierarquia na busca de atenção integral à população deslocada.²²² Nessa medida, o Executivo e o Legislativo, este que até então estava omissivo, concordaram com os eixos que a política pública de deslocamento deveria ter²²³. No campo jurídico internacional, a Lei n.º 387/1997 também representava um ponto de ruptura porque havia poucas referências normativas nacionais e internacionais sobre a situação dos deslocados.

Interessante observar que a referida lei trouxe a definição do que seria uma pessoa em situação de deslocamento forçado, questão que era muito discutida em todas as searas. Além disso, relacionou os princípios para interpretação e orientação da lei, bem como a responsabilidade que o Estado deveria ter para com esta população. Foi criado o SNAIPD, Sistema Nacional de Atenção Integral à População Deslocada. A lei definiu, ainda, alguns direitos e trouxe grande conscientização para toda a população colombiana acerca da gravidade do problema.²²⁴

Em março de 1998, a Presidência da República emite o Decreto n.º 501, organizando o funcionamento do Fundo Nacional de Atenção Integral à População Deslocado pela Violência. Em fevereiro de 1999, emite o Decreto n.º 290,

²²¹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El Contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÔMBIA. Bogotá: Universidade de los Andes, Faculdade de Derecho, Ediciones Uniandes 2009. p. 21.

²²² BELTRÁN, Oscar Heriberto Sandoval. **Análisis de la incidencia de la Sentencia T025/04 de la Corte Constitucional sobre la no protección a la población desplazada, en la Política Pública de atención al desplazamiento forzado en Bogotá. Caso de estudio**: administración de Luís Eduardo Garzón. Monografía de Grado Presentada como requisito para optar al título de Politólogo En la Facultad de Ciencia Política y Gobierno Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p. 6-14. Disponível em: <<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/730/1010164062.pdf;jsessionid=81CA84854B43156DFEE593860D6BACB4?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

²²³ A saber: (i) la prevención del desplazamiento, (ii) la atención humanitaria de emergencia, (iii) el retorno voluntario y el reasentamiento de la población, y (iv) la estabilización socioeconómica. (Ibid., p. 21).

²²⁴ BELTRÁN, op. cit., p.14.

estabelecendo medidas para facilitar o registro no Registro Civil de Nascimento e emissão de documentos de identificação de pessoas deslocadas.²²⁵

Entretanto, Garavito e Franco ressaltam que a implementação de todas essas normas, na prática, ficou limitada e, em 1999, o Ministério do Interior e a Rede de Solidariedade Social reconheceram falhas profundas no sistema, principalmente na dispersão de competências, na ausência de um sistema de monitoramento e de um sistema de gestão para gerar a prestação de contas. Além disso, a concentração de atividades nas instituições do Estado impediu que elas articulassem e complementassem suas ações com as organizações não-governamentais (ONGs) e agências internacionais com ampla experiência, o que contribuiu para ações dispersas e com poucos resultados. Constatou-se, ainda, ausência de uma metodologia única, o que levou a estimativas não oficiais que geram confusão e que impedem o alcance de uma dimensão real do problema.²²⁶

Diante disso, o governo emitiu um terceiro documento, o Conpes nº 3057 de 1999, em que apresentou um plano de ação para melhorar os mecanismos e instrumentos de implantação do programa. Entre as principais medidas, ordenou a criação de um sistema de alerta rápido, coordenado pela Ouvidoria, para permitir, a qualquer pessoa, o fornecimento de informações sobre fatos potenciais de deslocamento.²²⁷

Apesar do arcabouço legal e da existência de documentos de políticas públicas para ajudar as pessoas em deslocamento, durante os primeiros anos da década de 2000, o problema piorou. Nesse cenário, o governo emitiu um novo decreto, o Decreto n.º 2569 de 2000, trazendo três contribuições principais: a) Primeiro, deu à rede Solidariedade Social a função de coordenar o SNAIPD; b) Segundo, regulamentou a criação do Cadastro Único da População Deslocada

²²⁵ BELTRÁN, Oscar Heriberto Sandoval. **Análisis de la incidencia de la Sentencia T025/04 de la Corte Constitucional sobre la no protección a la población desplazada, en la Política Pública de atención al desplazamiento forzado en Bogotá. Caso de estudio:** administración de Luís Eduardo Garzón. Monografía de Grado Presentada como requisito para optar al título de Politólogo En la Facultad de Ciencia Política y Gobierno Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p. 6-14. Disponível em: <<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/730/1010164062.pdf;jsessionid=81CA84854B43156DFEE593860D6BACB4?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

²²⁶ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El Contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento:** políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÔMBIA. Bogotá: Universidade de los Andes, Faculdade de Derecho, Ediciones Uniandes 2009. p. 22-23.

²²⁷ Ibid., p. 23.

(RUPD), para melhor identificar a população deslocada e monitorar os serviços oferecidos pelo Estado; c) Em terceiro, ordenou a criação de comitês municipais, distritais e departamentais para a atenção à população deslocada, de acordo com os propósitos previstos na Lei n.º 387/1997.²²⁸

Ao mesmo tempo, em 2000, entrou em vigor a Lei n.º 589, que modificou o Código Penal e classificou como um crime o deslocamento forçado (Artigo 284-A), genocídio, desaparecimento forçado e tortura. Além disso, através do Decreto n.º 2007 de 2001, o Governo criou mecanismos proteger as terras da população deslocada e, por meio do Decreto n.º 951, regulamentou medidas referentes ao subsídio de alojamento e habitação para a população deslocada.²²⁹

Ainda em 2001 é emitido o Conpes n.º 3115, que busca destinar recursos, por parte das entidades do Sistema Nacional de Assistência Populacional Deslocada, para a formulação de programas e projetos, e procurar uma distribuição orçamentária que beneficie a população deslocada.²³⁰

Após essas digressões históricas Garavito e Franco concluem que o período compreendido entre 1995 e 2004 foi um estágio embrionário de reconhecimento do problema e formulação de regras e políticas para abordá-lo. Contudo, a eficácia desses esforços iniciais foi baixo. Além disso, continuou a aumentar a lacuna entre a oferta de programas, ações estatais eficazes e as demandas por prevenção, atendimento e recuperação população deslocada. Foi nesse cenário de abundância

²²⁸ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El Contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÔMBIA. Bogotá: Universidade de los Andes, Faculdade de Derecho, Ediciones Uniandes 2009. p. 23-24.

²²⁹ 1) GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÔMBIA. Bogotá: Universidade de los Andes, Faculdade de Derecho, Ediciones Uniandes 2009. 2) BELTRÁN, Oscar Heriberto Sandoval. **Análisis de la incidencia de la Sentencia T025/04 de la Corte Constitucional sobre la no protección a la población desplazada, en la Política Pública de atención al desplazamiento forzado en Bogotá. Caso de estudio**: administración de Luís Eduardo Garzón. Monografía de Grado Presentada como requisito para optar al título de Politólogo En la Facultad de Ciencia Política y Gobierno Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p. 6-14. Disponível em: <<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/730/1010164062.pdf;jsessionid=81CA84854B43156DFEE593860D6BACB4?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

²³⁰ BELTRÁN, Oscar Heriberto Sandoval. **Análisis de la incidencia de la Sentencia T025/04 de la Corte Constitucional sobre la no protección a la población desplazada, en la Política Pública de atención al desplazamiento forzado en Bogotá. Caso de estudio**: administración de Luís Eduardo Garzón. Monografía de Grado Presentada como requisito para optar al título de Politólogo En la Facultad de Ciencia Política y Gobierno Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p. 6-14. Disponível em: <<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/730/1010164062.pdf;jsessionid=81CA84854B43156DFEE593860D6BACB4?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

normativa e ineficiência prática onde o Tribunal Constitucional viria a desempenhar o papel de avaliador e coordenador de políticas públicas, desencadeando, por meio de sua Sentença T-025 e seus autos de acompanhamento, um processo que alteraria a percepção e o tratamento do deslocamento forçado.²³¹

3.3.1.1.2 A sentença T-025 de 2004 e a fixação dos pressupostos do ECI

Devido à falta de cumprimento da Lei n.º 387 de 1997, das regulamentações e dos acordos anteriores e posteriores, uma série de demandas foram ajuizadas pela população em situação de deslocamento, vindo a acumular 108 pedidos de tutela efetuada por 1150 núcleos familiares. Todos pertencentes à população deslocada, localizada em diferentes partes do país, com uma média de 4 pessoas por núcleo, e compostos, principalmente, por mulheres chefes de família, idosos e menores, assim como alguns indígenas. Era uma grande população que se queixava da ausência de ações do Estado no combate ao problema, mesmo este já dispoendo de ferramentas legais para agir.²³²

Antes do julgamento da *Sentencia* T-025, em 2004, a Corte já havia apreciado dezessete casos sobre o tema. O primeiro foi em 1997, porém, na sistemática tradicional. Nessa primeira decisão de deslocamento (T-227 de 1997), os efeitos da decisão, alcançaram apenas as partes envolvidas. Em 2000, no julgamento SU-1150, além de tratar dos direitos individuais, a Corte falou sobre políticas públicas e os atores responsáveis por elas. Também destacou a falta de coordenação entre as entidades e o desenvolvimento deficiente da política de Estado, estando em desacordo com a Lei n.º 387 de 1997. Ela fez, então, um apelo expresso ao

²³¹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El Contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÔMBIA. Bogotá: Universidade de los Andes, Faculdade de Derecho, Ediciones Uniandes 2009. p. 24-25.

²³² 1) CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 142-143. 2) BELTRÁN, Oscar Heriberto Sandoval. **Análisis de la incidencia de la Sentencia T025/04 de la Corte Constitucional sobre la no protección a la población desplazada, en la Política Pública de atención al desplazamiento forzado en Bogotá**. Caso de estudio: administración de Luís Eduardo Garzón. Monografía de Grado Presentada como requisito para optar al título de Politólogo En la Facultad de Ciencia Política y Gobierno Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p. 6-14 Disponível em: <<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/730/1010164062.pdf;jsessionid=81CA84854B43156DFEE593860D6BACB4?sequence=1>>. 3) COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado.. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

Presidente da República para cumprir as obrigações de assistência às pessoas em condição de deslocamento. Em outras palavras, “com essa decisão, a Corte começou desempenhar o papel de avaliador de políticas públicas que desenvolvem sistematicamente com o T-025.”²³³

Em 2003 o Tribunal Constitucional emitiu uma nova decisão (T-602 de 2003) sobre uma tutela apresentada por um cidadão da terceira idade, vítima de deslocamento, a quem o Estado havia negado assistência médica, subsídio habitacional e apoio econômico para empreender um projeto produtivo. Na sentença, a Corte estabeleceu que o Estado deveria promover ações afirmativas e oferecer atenção diferenciada aos deslocados. Ele também definiu conceitos fundamentais como a cessação da condição de pessoas deslocadas, a reparação, a vulnerabilidade e o princípio da não-regressividade, que cobriu toda a população deslocada.²³⁴

As ações de tutela foram propostas em face do Governo e suas diversas entidades administrativas departamentais e municipais, sob o argumento de que essas organizações não cumpriam sua missão de proteção para a população deslocada e a falta de resposta aos seus pedidos de moradia e acesso a projetos produtivos, assistência à saúde, educação e ajuda humanitária. Em síntese, em razão da ineficiência e pouca atenção que esta população recebia do Estado.²³⁵ Ante tal quadro e, considerando que a exigência de se apresentarem através de advogado é excessivamente onerosa, a Corte flexibilizou a legitimidade ativa para os pedidos de tutela, dispensando a atuação dos advogados e admitindo a interposição

²³³ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El Contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÔMBIA**. Bogotá: Universidade de los Andes, Faculdade de Derecho, Ediciones Uniandes 2009. p. 25.

²³⁴ Ibid., p. 26.

²³⁵ BELTRÁN, Oscar Heriberto Sandoval. **Análisis de la incidencia de la Sentencia T025/04 de la Corte Constitucional sobre la no protección a la población desplazada, en la Política Pública de atención al desplazamiento forzado en Bogotá**. Caso de estudio: administración de Luís Eduardo Garzón. Monografía de Grado Presentada como requisito para optar al título de Politólogo En la Facultad de Ciencia Política y Gobierno Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p 6-14 Disponível em: <<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/730/1010164062.pdf;jsessionid=81CA84854B43156DFEE593860D6BACB4?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

dos recursos diretamente por associações de defesa dos direitos das pessoas deslocadas e pelas próprias pessoas prejudicadas.²³⁶

Aos poucos a Corte foi reunindo diversas ações sobre o tema, até que alcançou 108 processos, advindos de vinte e duas cidades diferentes, sobre os quais foi proferida a *Sentencia* T-025. Os fatos trazidos pelas ações de tutela eram semelhantes, verificando-se que quando as vítimas do deslocamento solicitaram o auxílio, a que tinham direito de acordo com a Lei n.º 387 de 1997, muitas não receberam resposta, outras receberam muitos meses depois do pedido, e quando recebiam as respostas eram evasivas. Em muitas ocasiões, a resposta das entidades ocorria somente após o arquivamento da ação de tutela.²³⁷ Muitas famílias ficaram um longo período (entre 6 meses e dois anos) sem receber qualquer auxílio ou orientação sobre o acesso aos programas de ajuda, apesar de estarem cadastradas no Registro Único de População Deslocada.²³⁸

A despeito do grande número de ações de tutela ajuizadas pela população em situação de deslocamento, a maioria foi negada pelos juízes de primeira instância por motivos de inadmissibilidade, legitimidade, falta de ônus probatório, ausência de violação de direitos, alegada existência de temeridade, e devido às limitações do que pode ser ordenado. Em contraponto, aqueles juízes que concederam tutela para a proteção dos direitos da população deslocada, fundamentaram-se nas seguintes as razões, considerando que se vive em um

²³⁶ COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²³⁷ A las distintas solicitudes presentadas ante las entidades encargadas de atender a la población desplazada, los demandantes han recibido alguna de las siguientes respuestas como justificación para no conceder el beneficio al que aspiraban: 1) Que la entidad ante quien se hace la solicitud, no es la competente para conceder la ayuda solicitada, pues sólo está a cargo de algún aspecto de coordinación; 2) Que no existe suficiente disponibilidad presupuestal para atender la solicitud; 3) Que la ayuda humanitaria de emergencia sólo se otorga por tres meses, y en casos excepcionales puede prorrogarse hasta por otros 3 meses más, pero más allá de ese plazo perentorio, es imposible prolongar la ayuda, independientemente de la situación fáctica en que se encuentre el desplazado; 4) Que no se le puede dar la ayuda solicitada porque no se encuentra inscrito en el Registro Único de Población Desplazada; 5) Que la entidad encargada de atender su solicitud se encuentra en liquidación; 6) Que existe un error en la solicitud o ausencia de postulación del peticionario para acceder al auxilio de vivienda; 7) Que el programa de auxilios para vivienda se encuentra suspendido por falta de disponibilidad presupuestal; 8) Que las peticiones serán respondidas en estricto orden de presentación y siempre que haya disponibilidad presupuestal; 9) Que la política de auxilios para vivienda fue modificada por el gobierno nacional y transformada en una política de créditos para vivienda de interés social, y debe presentar una nueva solicitud ante las entidades encargadas de otorgar los créditos; 10) Que la única forma de acceder a la ayuda para restablecimiento económico es presentar un proyecto productivo, a pesar de que la ley prevé otras formas de restablecimiento. (Ibid.,)

²³⁸ Ibid., não paginado.

Estado Social de Direito é necessário chegar a uma solução definitiva para o problema do deslocamento e, porque o comportamento omissivo da Rede Solidária e outras entidades responsáveis pela atenção da população deslocada, expõe a violação das garantias constitucionais dos requerentes.²³⁹

Segundo a Corte, as condições básicas de vida dessas pessoas estavam longe de satisfazer os direitos reconhecidos nacional e internacionalmente. Aproximadamente 92% da população deslocada tinha necessidades básicas insatisfeitas e 80% estavam em situação de indigência. Além disso, de acordo com os diversos relatórios que contribuíram para o processo, a Corte verificou que mais da metade das pessoas registradas como deslocadas, em torno de 57%, não recebiam ajuda humanitária de emergência, e 80,5% delas não tinham acesso a programas geradores de renda que permitia subsistir com dignidade e autonomia. Constatou também que 23% das crianças com menos de seis anos estavam abaixo do padrão mínimo de alimentos. Ela ainda observou que os deslocados não conheciam seus direitos básicos e destacou a redução de cerca de 50% nos recursos alocados para o atendimento aos deslocados, passando de 130.000 milhões de pesos em 2002 para 70.000 milhões em 2003.²⁴⁰

A Corte reconheceu que a grave situação da população deslocada decorria diretamente e principalmente pelo conflito interno e pelas ações dos grupos armados irregulares, porém se dispôs a analisar a conduta do Estado na aplicação das políticas públicas, a fim de verificar se o Estado contribuiu para o agravamento da situação e como refazer essas políticas para alcançar um resultado positivo. Até mesmo porque, de acordo com o art. 2º²⁴¹ da Constituição da Colômbia, o Estado

²³⁹ COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado.. não paginado. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

²⁴⁰ 1) COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado., não paginado. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. 2) GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El Contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÔMBIA. Bogotá: Universidade de los Andes, Faculdade de Derecho, Ediciones Uniandes 2009. p. 26-29.

²⁴¹ "Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en COLÔMBIA, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar

tem o dever de proteger a população afetada por esse fenômeno e, assim, é obrigado a adotar uma resposta a essa situação.²⁴²

Nesse ponto, destaca-se a importância de dados estatísticos para a verificação da real situação, dos avanços, retrocessos e de possíveis mudanças a fim de alcançar o objetivo principal. Com essa bagagem a Corte analisou as políticas públicas determinadas pelo desenho legislativo, a forma de sua implementação e avaliação pelo Executivo e as principais reclamações que aportaram no Judiciário. Chegou, assim, à seguinte conclusão:

Esta Câmara considera que os baixos resultados da resposta do Estado, segundo os quais não foi possível proteger totalmente os direitos da população deslocada, podem ser explicados de acordo com dois problemas principais. (i) A precária capacidade institucional para implementar a política, e (ii) a insuficiente alocação de recursos. Esses problemas estão resumidos abaixo.²⁴³

Nessa toada a Corte Colombiana verificou vários problemas em relação ao desenho e desenvolvimento regulatório da política. Cita-se abaixo alguns deles, diante da possibilidade de existirem problemas semelhantes ou idênticos no Brasil, com relação ao sistema prisional:

(i) Não há um plano de ação atualizado sobre o funcionamento do Sistema, que permita uma visão integral da política. (ii) Não existe nenhuma meta ou indicador específico que permitam detectar se os objetivos das políticas foram cumpridos. Não há prioridades e indicadores claros. (iii) A atribuição de papéis e responsabilidades às diferentes entidades é confusa [...] os regulamentos não são precisos sobre o que cada uma delas deve cumprir e, em muitos casos, o as responsabilidades são duplicadas; (iv) não foram estabelecidos prazos para o cumprimento dos objetivos propostos; o nível necessário de dotações para o cumprimento das finalidades propostas não é indicado.²⁴⁴

el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” (COLÔMBIA. **Constitución Política de COLÔMBIA**. Bogotá, 6 de julio de 1991, não paginado. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20COLÔMBIA.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁴² COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado., não paginado. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁴³ Ibid., não paginado.

²⁴⁴ Ibid., não paginado.

Além dos problemas acima citados, a relação de problemas com o desenvolvimento precário das políticas existentes lembra muito a situação viva pelos presidiários no Brasil, veja-se:

(v) Várias das políticas não tiveram desenvolvimento suficiente. Em particular: (a) A participação de populações deslocadas na concepção e execução de políticas não foi regulamentada. (b) A população deslocada não dispõe de informações oportunas e completas sobre seus direitos. (c) Existe uma gestão desagregada e desordenada da gestão de recursos da comunidade internacional. (d) Também não existe um desenvolvimento abrangente e concreto de políticas destinadas a assegurar que a sociedade civil não deslocada tome conhecimento da magnitude do fenômeno e que o setor empresarial esteja envolvido em programas voltados para sua solução. (e) Não houve desenvolvimento abrangente de programas ou projetos destinados a preparar funcionários. (f) Políticas que facilitam o acesso à oferta institucional para grupos de maior vulnerabilidade, como as mulheres chefe de família, as crianças, os idosos.²⁴⁵

Por fim, mas não menos importantes, são destacadas as seguintes observações:

vi) O projeto de atendimento humanitário de emergência, que enfatiza o fator temporal, é rígido demais para servir efetivamente a população deslocada. O prazo de três meses não responde à realidade da continuação da violação de seus direitos.
(vii) A atribuição de funções a projetos produtivos urbanos não é clara, uma vez que o FII está em processo de fusão. O mesmo vale para programas de alocação de terras, porque o INCORA está em liquidação. As evidências sugerem que na atualidade não existem entidades que incluam dentro de suas funções os componentes relacionados à adjudicação de terras e projetos produtivos em nível urbano.²⁴⁶

A Corte analisou também, detalhadamente, a implementação, supervisão e avaliação, apontando falhas, que em sua maioria, decorreram do desenho legislativo deficiente. Consoante destaca Campos, a Corte constatou que a violação massiva dos direitos das pessoas deslocadas decorreu de problemas em todas as fases da política pública:

²⁴⁵ COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado.. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁴⁶ Ibid., não paginado.

[...] a começar pelas deficiências das próprias medidas legislativas por meio das quais essas políticas foram formuladas – o que configurava omissão legislativa inconstitucional na linha defendida neste livro – e seguindo com os erros de implementação e supervisão. Significa dizer: o ECI teve causa inicial na omissão legislativa inconstitucional, revelada pela formulação deficiente ou insuficiente de políticas públicas, e consolidou-se com a configuração das falhas estruturais – falhas de um conjunto de atores e envolvidas as distintas etapas das políticas públicas –, o que legitimou a ‘colaboração harmônica’ da Corte. O Estado não estava apenas executando ou financiando de forma insuficiente uma política pública, mas a própria política formulada era deficiente.²⁴⁷

Em síntese, a Corte classificou as falhas sob as categorias clássicas do ciclo de políticas públicas, ou seja, *design*, implementação, avaliação e alocação de recursos. Além dos múltiplos fracassos nesses quatro componentes centrais das políticas públicas, a Corte alertou para um vácuo estrutural comum a todos eles: a falta de coordenação entre inúmeras entidades estatais, que tinham sobreposição de papéis e programas e que obscurecia a responsabilidade e a eficiência das políticas públicas sobre o tema.²⁴⁸

Depois de uma avaliação minuciosa das políticas públicas, desde a sua fixação pelo Legislativo até a sua forma de implementação e supervisão pelo Executivo, em contraponto com as reivindicações dos deslocados, a Corte encontrou uma série de elementos que demonstram a inconstitucionalidade da situação dos deslocados.²⁴⁹

Após essa análise, a Corte passou para uma nova etapa do julgamento²⁵⁰, a verificação da caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional, trazendo inicialmente o seu conceito nas seguintes palavras:

²⁴⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 148.

²⁴⁸ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 45.

²⁴⁹ 1) CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 142-154. COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado.. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. 2) GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El Contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Universidade de los Andes, Faculdade de Derecho, Ediciones Uniandes 2009. p. 26-29.

²⁵⁰ Importante mencionar que o julgamento foi muito bem organizado, sendo dividido em várias etapas, o que trouxe maior clareza e objetividade.

O conceito de estado de coisas inconstitucional evoluiu jurisprudencialmente desde 1997, quando foi declarado pela primeira vez. Nos julgamentos mais recentes sobre esse fenômeno, de acordo com a doutrina desta Corte, se está diante de um estado de coisas inconstitucional quando (1) há uma violação repetida dos direitos fundamentais de muitas pessoas - que podem então recorrer à ação de tutela para obter a defesa de seus direitos - e (2) quando a causa dessa violação não é atribuível somente à autoridade demandada, mas se apoia em fatores estruturais.²⁵¹

Para declarar o Estado de Coisas Inconstitucional a Corte Colombiana observa os seguintes elementos, os quais foram sendo construídos ao longo de diversos julgamentos, conforme pode se observar da citação em cada elemento:

(i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas²⁵²; (ii) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantia dos direitos²⁵³; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação tutelar como parte do procedimento para garantir o direito violado²⁵⁴; (iv) a não emissão de

²⁵¹ COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado.. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁵² Por ejemplo en la sentencia SU-559 de 1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, donde la Corte declaró un estado de cosas inconstitucional por la omisión de dos municipios de afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a pesar de que se hacían los descuentos respectivos de los salarios devengados para el pago de dichos aportes, al encontrar que la vulneración a muchos maestros de todo el país. Dijo la Corte: “30. De acuerdo a lo expuesto, la situación planteada por los actores tiene que examinarse desde una doble perspectiva. De una parte, se trata de un problema general que afecta a un número significativo de docentes en el país y cuyas causas se relacionan con la ejecución desordenada e irracional de la política educativa. De otra parte, la acción de tutela compromete a dos municipios que por falta de recursos no han dado cumplimiento efectivo a sus obligaciones frente a los educadores que han instaurado la acción de tutela.”

²⁵³ Por ejemplo, en la sentencia T-153 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, que declaró el estado de cosas inconstitucional por el hacinamiento y las condiciones indignas de reclusión en las distintas cárceles colombianas, dijo la Corte: “Asimismo, como se vio en el aparte acerca del hacinamiento desde una perspectiva histórica, el fenómeno de la congestión carcelaria ha sido recurrente, e incluso han existido períodos en los que la sobrepoblación ha alcanzado grados mucho más extremos que el actual. A pesar de ello no se percibe de parte del Estado el diseño de políticas destinadas a evitar situaciones como la actual. Del análisis histórico surge la conclusión de que la actitud del Estado ante estas situaciones es siempre reactiva, es decir que solamente ha actuado en este campo cuando se encuentra en presencia de circunstancias explosivas, como la actual. En esas circunstancias ha recurrido tanto a la despenalización o la rebaja de penas, como a la construcción apurada de centros de reclusión.”

²⁵⁴ Por ejemplo, en la sentencia T-068 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero, en la que se declaró un estado de cosas inconstitucional por la mora habitual de Caja Nacional de Previsión en resolver las peticiones presentadas por jubilados. La Corte dijo: “8. Así mismo, como se constató en la inspección judicial, la acción de tutela es prácticamente un requisito para que se resuelva la solicitud dentro del término legal, la cual genera un procedimiento administrativo paralelo que produce un desgaste del aparato judicial y una tergiversación del objetivo de la acción de tutela, lo cual afecta gravemente el interés general y el interés particular de quienes vienen siendo afectados de manera directa por la ineficiencia de la Caja Nacional de Previsión, pese a que se

medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para impedir a violação de direitos²⁵⁵; (iv) a existência de um problema social cuja solução comprometa a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e requer um nível de recursos que exige um esforço orçamentário adicional significativo²⁵⁶; (v) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema se utilizarem da ação de tutela para

aprecia una superación en comparación con el caos anterior, de todas maneras tratándose de jubilados el esfuerzo estatal debe ser el máximo.”

²⁵⁵ Por ejemplo en la sentencia T-1695 de 2000, MP: Marta Victoria SÁCHICA Méndez, en donde la Corte declaró la continuidad del estado de cosas inconstitucional por la falta de convocatoria al concurso para el nombramiento de notarios, la Corte señala que la falta de una disposición que permitiera la convocatoria a un concurso general de méritos hacia que el estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia SU-250 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero, continuara. Dijo la Corte: “En este orden, cabe concluir, que si bien la convocatoria efectuada por el acuerdo N° 9 de 1999 no vulnera frente a los demás aspirantes el derecho a la igualdad de los actores para acceder al cargo de notario en los circuitos para los cuales se abrió el concurso, lo cierto es que sí restringió la igualdad de oportunidades de los aspirantes al no incluir todas las plazas notariales, en abierto desconocimiento del precepto constitucional, lo que sin duda configura una vulneración de un derecho fundamental, que persistirá en tanto no se realice un concurso de méritos en las condiciones establecidas por la Carta Política y reiteradas por la jurisprudencia constitucional. [...] Por lo anterior, y reconocida la continuidad del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional desde la sentencia SU-250/98, al no poner en funcionamiento la carrera notarial, que si bien se trató de subsanar por el órgano competente al convocar el concurso de méritos de que trata esta providencia, el mismo no se hizo conforme a la Constitución, pues debía haber incluido todas las plazas de notario existentes en el país y garantizar no sólo las mismas oportunidades para todos los participantes, sino aplicación plena de los preceptos constitucionales. Así las cosas, el restablecimiento de los derechos fundamentales de los actores y la observancia del ordenamiento superior sólo puede producirse cuando la provisión de los cargos de notario se realice mediante la celebración de un concurso de méritos abierto y público que tenga como objeto cumplir el mandato constitucional tantas veces reseñado. Para el efecto, no basta entonces, la simple suspensión del proceso de concurso, hecho que ya se produjo, pues el estado de cosas inconstitucional persiste, lo que exige que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en un término razonable, convoque a un concurso general y abierto para conformar las listas de elegibles a la totalidad de los cargos de notario público en el país, tal como habrá de ordenarse en esta providencia.”

²⁵⁶ Por ejemplo, en la sentencia T-068 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero, la Corte dijo: “De acuerdo con estadísticas que presenta la misma entidad demandada, durante los años 1995, 1996 y 1997 se instauraron cerca de 14.086 acciones de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión y, si se realiza un cotejo con la totalidad de expedientes de tutela que se remitieron para eventual revisión a esta Corporación en esos años (aproximadamente 94000), se observa como casi un 16% de todas la tutelas del país se dirigen contra esa entidad. Esto significa que existe un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual se considera un inconveniente general que afecta a un número significativo de personas que buscan obtener prestaciones económicas a las que consideran tener derecho.” Igualmente, en la sentencia T-153 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte dijo lo siguiente: “53. En las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.”

obter a proteção de seus direitos, haveria um maior congestionamento judicial^{257 258}

Diante dessas premissas a Corte reuniu vários elementos para confirmar a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional a respeito da situação da população deslocada de maneira forçada. Afirmou que, em primeiro lugar, a gravidade da situação e a violação de direitos já estava expressamente reconhecida no artigo 1º²⁵⁹ da Lei n.º 387 de 1997. Em segundo lugar, estava o número elevado de ações de tutela ajuizada pelos deslocados, tanto que algumas entidades incorporaram a ação de tutela como procedimento administrativo prévio para a concessão ou rejeição do pedido de amparo, bem como a persistente omissão das autoridades, mesmo diante das determinações judiciais, além da insuficiência de recursos destinados à implementação das políticas.²⁶⁰

Seguindo a análise, a Corte afirma que em terceiro lugar estão os processos acumulados na ação de tutela *sob judice*, os quais confirmam que a violação de direitos afeta grande parte da população deslocada, em múltiplos lugares do território nacional e que as autoridades não adotaram as correções necessárias, conforme indicado pelo próprio relatório de várias entidades responsáveis por servir a população deslocada. De igual modo, organizações de direitos humanos identificaram problemas de coordenação, insuficiente apropriação de recursos,

²⁵⁷ En la misma sentencia T-068 de 1998, se dijo: “10. Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión concluye que la situación presentada en la entidad demandada produce un estado de cosas inconstitucional, lo cual no sólo afecta derechos individuales tendientes a viabilizar las pretensiones, a través de tutela, sino también afecta a todo el aparato jurisdiccional que se congestiona y lo afecta en la efectividad del cumplimiento oportuno de sus obligaciones.”

²⁵⁸ COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado.. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁵⁹ “Artículo 1º - Del desplazado. Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público. Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará lo que se entiende por condición de desplazado.” (COLÔMBIA. **Lei n.º 387, de 12 de dezembro de 1997**. Ley 387 de 1997 por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de COLÔMBIA. Disponível em: <<https://www.unidadvictimas.gov.co/es/ley-387-de-1997/13661>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁶⁰ COLÔMBIA, op. cit. não paginado.

obstáculos administrativos, procedimentos desnecessários, bem como a omissão prolongada das autoridades.²⁶¹

Em quarto lugar, a Corte verificou que a continuação da violação de tais direitos não é atribuível a uma única entidade, decorre da ação ou omissão de vários órgãos do Estado. Em quinto lugar, observou que a violação dos direitos dos deslocados se encontra em fatores estruturais, dentre os quais destacou a falta de correspondência entre o que as regras dizem e os meios para cumpri-las, aspecto que adquire uma dimensão especial quando se olha para a insuficiência de recursos e observa a magnitude do problema, frente à capacidade institucional de responder de forma oportuna e eficaz a ele. Diante desse quadro e movida pela necessidade de tirar as autoridades públicas da inércia a Corte proferiu a seguinte conclusão:

Em conclusão, a Corte declarará formalmente a existência de um estado de coisas inconstitucional em relação às condições de vida da população deslocada internamente e adotará os remédios judiciais correspondentes, respeitando a competência e o conhecimento técnico das autoridades responsáveis pela implementação das políticas correspondentes e pela execução das leis inerentes ao caso. Portanto, tanto as autoridades nacionais quanto as territoriais, no âmbito de suas competências, terão que adotar as medidas corretivas que permitam superar tal estado de coisas.²⁶²

Portanto, diante da situação encontrada, a Corte declarou o Estado de Coisas Inconstitucional sobre a população deslocada e reconheceu que era necessária uma solução geral para cobrir todas as pessoas em estivessem em igual situação, estendendo os efeitos da sentença a toda a população deslocada, independentemente de terem ou não ajuizado ação de tutela e/ou participado do julgamento.²⁶³

Consoante anotam Garavito e Franco, por um lado, a Corte estabeleceu que os deslocados estavam em condições de extrema vulnerabilidade, em situação precária devido a um problema estrutural, decorrente da omissão prolongada do conjunto de instituições que compunham o Sistema Nacional de Atenção Integral à População Deslocada. Por outro lado, constatou que havia poucos instrumentos legislativos, administrativos e orçamentários para evitar a violação de direitos,

²⁶¹ COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. não paginado. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁶² Ibid., não paginado.

²⁶³ Ibid., não paginado.

ocasionando uma omissão repetida de proteção oportuna e efetiva por parte das várias autoridades responsáveis por sua atenção.²⁶⁴

Nesse contexto, a Corte emitiu várias ordens específicas e direcionadas às diversas autoridades que possuíam competência para executar as políticas públicas referentes aos deslocados. As ordens foram emitidas com o objetivo de resolver com urgência o caso dos demandantes, as quais foram consideradas simples, e também foram emitidas ordens complexas com o objetivo de resolver a situação de toda a população já deslocada e daquela que vier a sofrer essa condição.²⁶⁵

Campos ressalta que a Corte interferiu na elaboração do orçamento público; determinou a formulação de nova política pública para adequá-la às especificidades do problema social enfrentado; exigiu a produção de leis e de um marco regulatório.²⁶⁶

Interessante ressaltar que, com base nas lições da ineficácia de julgamentos anteriores sobre ECI, a Corte manteve a jurisdição sobre a questão e assumiu a tarefa de fazer um acompanhamento detalhado e contínuo das ações do Estado após a T-025. Aliás, é essa manutenção da jurisdição que trouxe sucesso para sentença e firmou a tese do ECI.²⁶⁷ Para isso, emitiu inúmeros pedidos específicos e direcionados às autoridades e entidades competentes para atender à população deslocada.²⁶⁸

²⁶⁴ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El Contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÔMBIA. Bogotá: Universidade de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes 2009. p. 26-29.

²⁶⁵ COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁶⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 149.

²⁶⁷ 1) CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 142-154. COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado.. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. 2) GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **El Contexto**: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÔMBIA. Bogotá: Universidade de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes 2009. p. 26-29.

²⁶⁸ Dentre as principais ordens proferidas pela Corte, encontram-se, resumidamente, as seguintes:

1 – Declarar a existência do ECI.

2 – Comunicar a decisão ao Conselho Nacional de Atenção Integral à População Deslocada pela Violência - CNAIPD, para que, no âmbito de sua competência e no cumprimento de seus deveres constitucionais e legais, elabore e implemente um plano de ação para superar o ECI, dando prioridade especial à ajuda humanitária, observando os seguintes prazos e diretrizes:

-
- a) Até em 31 de março de 2004 (a decisão foi proferida em janeiro²⁶⁸), o CNAIPD deverá: (i) especificar a situação atual da população deslocada registrada no Sistema Único de Registro, informando o número de pessoas e sua localização, bem como as suas necessidades e seus direitos de acordo com o estágio correspondente da política pública em andamento; (ii) definir o valor orçamentário necessário para cumprir a política pública em andamento; (iii) definir o percentual de participação no orçamento de recursos, correspondentes ao Estado COLÔMBIANO, às entidades territoriais e à cooperação internacional; (iv) indicar o mecanismo para a obtenção de tais recursos, e (v) prever um plano de contingência para o evento no qual os recursos das entidades territoriais e a cooperação internacional não cheguem no tempo e valor orçados, para que tais deficiências sejam compensadas com outros meios de financiamento.
- b) No prazo de um ano após a comunicação da decisão, o Director da Rede de Solidariedade Social, os Ministros da Fazenda e do Crédito Público e do Interior e da Justiça, bem como o Director do Departamento Nacional de Planificação e os restantes membros do Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência, devem efetuar todos os esforços necessários para assegurar que a meta orçamentária estabelecida por eles seja alcançada. Se no período desse ano, ou antes, ficar claro que não é possível alocar o volume de recursos estabelecidos, eles devem (i) redefinir as prioridades dessa política e (ii) projetar as modificações que serão necessárias para introduzir a política pública, assegurando, ao menos, o gozo efetivo dos mínimos em que se deve garantir o exercício do direito à vida em condições de dignidade. c) Oportunizar a participação, das organizações que representam a população deslocada, na tomada de decisões tomadas a fim de superar o ECI e informá-las mensalmente dos progressos realizados.
- 3 - Comunicar a declaração do ECI ao Ministro do Interior e da Justiça, para que determine aos governadores e prefeitos que adotem as decisões necessárias a assegurar coerência entre as obrigações, constitucional e legalmente definidas, de atenção à população deslocada responsável pela respectiva entidade territorial e os recursos que devem ser alocados para proteger efetivamente seus direitos constitucionais. As decisões adotadas deverão ser comunicadas ao Conselho Nacional até 31 de março de 2004.
- 4 - Determinar que o CNAIPD, nos 3 meses seguintes à comunicação do julgamento, adote um programa de ação, com um cronograma preciso, visando corrigir as deficiências da capacidade institucional apontadas no decorrer da sentença.
- 5 - Ordenar ao CNAIPD, que no prazo máximo de 6 meses, contado a partir da comunicação do julgamento, conclua as ações destinadas a assegurar que todas as pessoas deslocadas gozem efetivamente da proteção mínima dos seus direitos.
- 6 - Prevenir todas as autoridades nacionais e territoriais responsáveis pelo atendimento da população deslocada em cada um de seus componentes, que a partir de agora se abstenham de incorporar o arquivamento da ação de tutela como requisito para acessar qualquer um dos benefícios definidos no lei. Tais funcionários públicos devem responder de maneira oportuna e eficiente aos pedidos, nos termos da décima ordem da sentença.
- 7 - Ordenar a todas as entidades envolvidas para que determinem aos responsáveis pelo atendimento aos deslocados, que informem de imediato e de forma clara e precisa sobre a carta de direitos básicos indicadas na seção 10.1.4 da sentença e estabelecer mecanismos para verificar se isso realmente acontece.
- 8 - Em relação às ordens específicas para a concessão da ajuda prevista nos programas de habitação e restauração socioeconômica, as entidades responsáveis por esses programas nos níveis departamental e municipal, devem responder em profundidade, de forma clara e precisa às solicitações apresentadas pelos atores do processo, no prazo de 15 dias.
- 9 - Determinar à Rede de Solidariedade que, através das diferentes entidades das áreas onde os autores estão localizados, faça a avaliação da situação dos petionários em um período não superior a 8 dias. E, caso eles atendam aos requisitos objetivos para a caracterização de deslocado, forneça acesso imediato a ajuda prevista para a sua proteção.
- 10 - Ordenar à Rede de Solidariedade Social que, em relação àqueles inscritos no Sistema Único de Pessoas Deslocadas, tome todas as providências necessárias para que, em prazo não superior a 8 dias, entregue efetivamente a ajuda humanitária solicitada, oriente-os adequadamente sobre o acesso aos demais programas de atenção à população deslocada.
- 11 - Determinar à Rede de Solidariedade Social e às Secretarias de Saúde das entidades territoriais em que os acionistas se encontram, de forma que, no prazo máximo de 15 dias, avance de forma coordenada, caso ainda não o tenham feito, todas as ações necessárias para garantir o efetivo acesso dos atuadores ao sistema de saúde, garantindo-lhes o fornecimento dos medicamentos de

Clara Inés Vargas Hernández destacou que o julgamento T-025 de 2004 reuniu todas as lições dos julgamentos anteriores que declararam o ECI. Talvez por isso a sentença T-025 ficou conhecida como o marco que fixou a tese do ECI, pois a Corte foi aprendendo com suas próprias falhas e verificando os pontos principais que precisam ser abordados num julgamento que vise à superação de um problema estrutural. Nas palavras da referida autora o julgamento de um ECI precisa determinar as seguintes questões:

(I) o desenho e a marcha que as políticas públicas, planos e programas necessários para garantir os direitos fundamentais e superar o estado de coisas inconstitucional; (ii) a apropriação dos recursos necessários para garantir a efetividade de tais direitos; (iii) a modificação das práticas, das falhas organizacionais e processuais que violam a Constituição; (iv) a reforma do o arcabouço legal cujas falhas contribuíram para o estado de coisas inconstitucional; e (v) a realização de procedimentos administrativos, orçamentários e de contratação que sejam essenciais para superar a violação de direitos.²⁶⁹

Garavito destaca que a *Sentencia* T-025 traz resultados não só para o sistema colombiano, pois serve de estudo para os demais países nos quais a presença de tribunais ativistas é combinada com litígios e mobilização social em favor dos direitos, e a existência de estados e burocracias com capacidade limitada (e vontade) de aplicar esses direitos.²⁷⁰

3.3.1.1.3 Os autos de seguimento

Um dos principais diferenciais que a *Sentencia* T-025 trouxe, foi a manutenção da jurisdição pela Corte para a realização do monitoramento. Diferentemente dos julgamentos anteriores, no caso do T-025, a Corte não concluiu seu trabalho com a promulgação da sentença. Ela manteve sua jurisdição e, nos

que necessitam para o tratamento; bem como, que, no prazo de um mês, avance todas as ações necessárias para garantir aos acionistas o efetivo acesso ao sistema educacional.

12 – Comunicar a decisão ao Procurador-Geral da Nação e ao Defensor do Povo para que fiscalizem o cumprimento das ordens proferidas na sentença e fiscalizem as ações das autoridades.

²⁶⁹ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La función creadora del Tribunal Constitucional**. Revista **Direito Penal e Criminologia** da Universidade Externado, vol. 32, n. 92, 2011. p. 13-33.

²⁷⁰ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 80-85.

anos seguintes, a decisão foi acompanhada de um processo de monitoramento periódico, público e participativo, que garantiu a validade e a eficácia do processo.²⁷¹

Um dos mecanismos de monitoramento adotado pela Corte colombiana foram as audiências públicas. Aproximadamente um ano após o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional da população deslocada, a Corte solicitou relatórios das várias entidades administrativas, associações de pessoas deslocadas, organizações internacionais como o ACNUR e outras pessoas afetadas ou interessadas na sentença. Com base nesses dados convocou a primeira audiência pública, em 29 de junho de 2005, a fim de verificar o estágio de cumprimento das ordens proferidas na *Sentencia T-025*.²⁷²

O mecanismo teve sucesso e a Corte continuou se valendo dele nos anos seguintes para o acompanhamento e ajuste das ordens. Porém, se valeu também de um segundo mecanismo de monitoramento, os chamados autos de seguimento, através dos quais emitia novas ordens ou ajustava as anteriores, solicitava relatórios e ações específicas, conforme a necessidade surgia.

Garavito e Franco, destacam que o processo de monitoramento teve três fases principais. No primeiro, entre 2004 e 2006, a Corte não determinou o conteúdo específico de cada política ou o número mínimo de programas necessários. Nesse período, grande parte das decisões seguiu o esquema: avaliação do grau de conformidade das autoridades com relação às ordens dadas pela sentença, especificação da responsabilidade de cada instituição em relação à questão e emissão de ordens para superar lacunas específicas das políticas públicas.²⁷³

Nesse período, a Corte definiu os principais problemas que estavam impedito o sucesso das políticas públicas e fez um delineamento que foi importantíssimo para o progresso na efetividade das políticas. Isso porque, destacou as deficiências na coordenação geral do sistema de assistência, a inadequação do sistema de registro e caracterização dos deslocados, o esforço orçamentário insuficiente da política de atenção aos deslocados e a ausência geral de indicadores

²⁷¹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 84-85.

²⁷² *Ibid.*, p. 84-90.

²⁷³ *Ibid.*, p. 84-90.

baseados no critério de “gozo efetivo de direitos” em todos os componentes dessa política.²⁷⁴

A persistência dessas falhas, principalmente relacionada à ausência de indicadores, levou a uma segunda fase do processo de acompanhamento, entre 2007 e meados de 2008. Nesse novo período a Corte se concentrou no desenvolvimento de mecanismos de avaliação, a fim de verificar quais as falhas persistentes e quais as possíveis medidas necessárias para supri-las. Assim, através dos autos de seguimento n.º 109 e n.º 233 de 2007, e n.º 116 de 2008, determinou novas medidas, adequou anteriores ou mandou melhorar.²⁷⁵

A terceira fase do processo, iniciada em meados de 2008, com o Auto n.º 092, foi marcada por uma guinada na atuação da Corte. Somente nesse momento, em razão da persistência das falhas nas políticas públicas, a Corte prolatou ordens mais específicas e rigorosas. Os registros desse período aumentaram a demanda por resultados concretos e insistiram na urgência de alcançá-los. Nesse norte, a decisão emblemática é o Auto n.º 008 de 2009, através do qual a Corte fez uma avaliação geral dos fatores que deram origem à declaração da ECI, confirmou sua persistência e reforçou a ordens ao governo para mitigá-lo.²⁷⁶

Interessante ressaltar que a Corte colombiana foi tornando seus diagnósticos específicos através de documentos sobre a situação dos grupos deslocados mais vulneráveis: mulheres, menores, povos indígenas, comunidades negras e pessoas com deficiência. Em todos esses autos de seguimento, as ordens do Tribunal eram muito mais detalhadas do que aquelas proferidas nos períodos anteriores.²⁷⁷ Garavito e Franco concluem que:

Em resumo, entre a primeira e a terceira fase, o Tribunal passou de julgar as políticas públicas e de fornecer diretrizes para fortalecer as políticas públicas existentes, construir indicadores que permitam

²⁷⁴ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 84-90.

²⁷⁵ Ibid., p. 84-90.

²⁷⁶ Ibid., p. 84-90.

²⁷⁷ Por exemplo, o Auto 092 de 2008, que abordou a questão da proteção dos direitos fundamentais das mulheres vítimas de deslocamento forçado, ordenou a criação de 13 programas específicos para preencher lacunas nas políticas públicas contra mulheres, adolescentes e crianças deslocadas. Na mesma linha, na ordem dos povos indígenas (004 de 2009), a Corte determinou a adoção de 34 planos de salvaguarda étnica, um para cada uma das aldeias em risco de desaparecimento. Da mesma forma, o Auto 006 de 2009 ordenou o desenho e a implementação de cinco projetos-piloto no campo da prevenção e atendimento de pessoas deslocadas com deficiência. (Ibid., p. 4-90).

medir o progresso dos esforços para superar a ECI e, finalmente, reformular e contribuir para o desenho de uma nova política, que incluía programas para grupos específicos.²⁷⁸

Finalizam anotando que “Embora o assunto tenha sido incorporado à agenda pública, primeiro pelo Executivo (Conpes 1995) e depois pelo Congresso (Lei n.º 387 de 1997), a intervenção do Tribunal Constitucional implicou um salto qualitativo na visibilidade e atenção do problema.”²⁷⁹

3.3.1.1.4 Os efeitos da Sentencia T-025

Nessa seara, Garavito e Diana Franco fazem um estudo aprofundado sobre os efeitos da referida sentença, com o objetivo de levar a atenção do pesquisador, do crítico, do jurista, daquele que busca conhecer a tese do ECI, para além dos efeitos diretos da sentença, afirmando que os efeitos indiretos podem vir a ser tão ou muito mais importantes que os efeitos diretos.

Isso porque, segundo eles, a bibliografia sobre a aplicação judicial dos direitos constitucionais na América Latina, e em outras regiões do mundo, possuem ênfase, quase exclusiva, na fase de produção de sentenças, havendo um ponto cego, tanto analítico quanto prático sobre o estágio de implementação dos julgamentos.²⁸⁰ Consoante ressalta Campos:

O foco quase exclusivo dos estudos na fundamentação das decisões sob a ótica da legitimidade democrática acaba por enfraquecer ou mesmo excluir da análise a fase de implementação dessas decisões e a sua capacidade de promover transformações sociais reais. Essa limitação prejudicaria uma visão realista da amplitude dos efeitos dessas decisões.²⁸¹

Para isso eles realizaram uma pesquisa²⁸² que além de incluir os efeitos quantitativos, diretos, incluiu efeitos qualitativos, indiretos.²⁸³ O estudo foi realizado

²⁷⁸ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 20.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 20.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 20.

²⁸¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 204-205.

²⁸² “A combinação de métodos usados em nosso estudo de caso. Em primeiro lugar, a análise baseia-se em 40 entrevistas semi-estruturadas, com duração média de uma hora, com atores-chave do caso, incluindo 1) funcionários estaduais responsáveis pela política de deslocamento em entidades como o Departamento Nacional de Planejamento; 2) representantes de organizações

com base em diversas pesquisas feitas a diferentes órgãos, mídia e à população deslocada, durante um período de seis anos de vigência da declaração de ECI sobre a população deslocada.

Partiram das seguintes indagações: como avaliar o impacto de uma decisão judicial? Em termos mais amplos, como determinar os efeitos da judicialização de problemas sociais? Como medir o impacto da transformação de uma controvérsia política, econômica ou moral em litígios?

Chegaram à conclusão de que as respostas a essas perguntas podem ser classificadas em dois grupos, de acordo com o tipo de efeitos que elas favorecem. Por um lado, alguns autores, com uma perspectiva neorrealista, concentram sua atenção nos efeitos diretos e palpáveis das decisões judiciais. Por outro, os construtivistas, analisam tantos os efeitos diretos quanto os indiretos.

Os autores anotam que pesquisadores como Rosenberg e Michel McCann analisaram essas questões nos julgamentos da Suprema Corte Americana. Rosenberg se manifestou no sentido de escasso efeito dessas sentenças. McCann

internacionais envolvidas no acompanhamento da sentença, como Acnur; 3) Membros de ONGs que têm estado ativos em o momento do caso; 4) líderes de organizações deslocadas / 5) magistrados e funcionários do Tribunal Constitucional envolvidos no caso. Em segundo lugar, o trabalho de campo incluiu observação participativa em várias áreas de acompanhamento da sentença, desde as audiências públicas realizadas na sede do Tribunal Constitucional até comissões de especialistas formadas para produzir informações técnicas para a Corte. Terceiro, o estudo envolveu uma análise sistemática da documentação copiosa produzida pelo Tribunal no acompanhamento do caso, bem como os numerosos relatórios e publicações preparados por entidades públicas e sociedade civil em resposta a pedidos de informação do Tribunal durante os seis anos seguintes à sentença. Quarto, analisamos os números e indicadores produzidos pelos diferentes atores no caso para medir a evolução da situação da população deslocada, à luz dos parâmetros estabelecidos pelo Tribunal em T-025 e registros posteriores. Finalmente, dado o nosso interesse em examinar os efeitos simbólico e indireto, juntamente com o instrumental e direto, o estudo incluiu uma contagem sistemática e análise de conteúdo de comunicados de imprensa sobre o deslocamento publicado no período entre 2000 e 2009, nas duas mídias escritas de maior divulgação nacional (a *Jornal El Tiempo* e revista *Semana*). O período de observação foi escolhido para que o tempo de emissão da sentença foi localizada no meio do período, tanto que foi possível comparar o volume e o conteúdo da cobertura da imprensa antes e depois da decisão e, assim, avaliar seu possível impacto na forma como os meios de comunicação e formadores de opinião abordam a questão do deslocamento.” (GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 28-30).

²⁸³ “Os autores explicam os quatro tipos de efeitos que posteriormente buscam pesquisar: i) efeitos instrumentais diretos (por exemplo, a emissão de um padrão, o desenho de uma política ou a execução de uma obra pública ordenada pelo juiz;); ii) efeitos instrumentais indiretos (por exemplo, a entrada no debate de novos atores sociais – ONG’s, financiadores, entidades públicas - atraídos pelas oportunidades de incidência abertas pelo julgamento); iii) efeitos simbólicos diretos (por exemplo, a modificação da percepção pública do problema, quando ele é concebido na linguagem dos direitos humanos usada pelos tribunais); e iv) efeitos simbólicos indiretos (por exemplo, a legitimação da visão do problema social proposto pelos litigantes, ou a transformação da opinião pública sobre a gravidade ou a urgência do problema).” (Ibid., p.25).

por outro lado, afirmou que os efeitos indiretos do litígio e do ativismo judicial são frequentemente mais importantes do que os efeitos diretos sobre os quais os neorrealistas, como Rosenberg, concentram-se. De modo que, embora, comumente, as vitórias judiciais não se traduzam automaticamente na mudança social desejada, elas podem ajudar a redefinir os termos de disputas entre grupos sociais, tanto a curto como a longo prazo.²⁸⁴

Destarte, vale destacar o que são esses efeitos. Os diretos consistem nos comportamentos ordenados pela decisão e afetam os atores do caso, sejam eles os litigantes, os beneficiários ou os destinatários das ordens. No caso de T-025, por exemplo, alguns efeitos diretos têm sido a formulação e implementação de novas regras e políticas públicas pelas autoridades às quais as ordens da decisão são dirigidas, a inclusão das ONGs interessadas nas audiências e no processo de acompanhamento, e a melhoria no financiamento e prestação de alguns serviços aos deslocados, que são os beneficiários finais da decisão.²⁸⁵

De outro norte os indiretos são todos os tipos de consequências que, sem estarem estipuladas em ordens judiciais, derivam do julgamento e afetam não apenas os atores do caso, mas qualquer outro ator social. Na T-025 alguns efeitos desse tipo foram o surgimento de coalizões de organizações da sociedade civil para participar do processo de monitoramento da sentença, e a transformação da maneira pela qual a mídia passou a comunicar o assunto.²⁸⁶

Garavito e Franco explicam que há ainda os efeitos simbólicos, os quais implicam mudanças culturais ou ideológicas em relação ao problema do caso. Entre os efeitos desse tipo, causados pela T-025, estão a transformação da percepção pública de deslocamento, que agora tende a ser vista como um problema de violação dos direitos humanos, ao invés de uma consequência do conflito armado.²⁸⁷

Tudo isso implica que, mesmo quando os juízes falham contra as reivindicações daqueles que promovem a mudança social, o processo judicial pode gerar efeitos transformadores, dando visibilidade ao problema na mídia ou criando laços duradouros entre organizações ativistas, laços que podem sobreviver à decisão e levar a ações políticas coletivas em favor da mesma causa, em cenários

²⁸⁴ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA.** Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 23.

²⁸⁵ Ibid., p. 21-30.

²⁸⁶ Ibid., p. 21-30.

²⁸⁷ Ibid., p. 21-30.

diferentes dos tribunais (por exemplo, congressos, movimentos de ruas ou instâncias internacionais de direitos humanos).²⁸⁸

No tocante aos efeitos diretos da T-025, anotam os autores que a situação da população deslocada não teve mudança substancial entre 2004 e 2010, e as autoridades fizeram apenas metade das tarefas ordenadas pelo Tribunal. Nesse sentido, um neorrealista como Rosenberg poderia concluir que a esperança que ativistas e pessoas deslocadas depositaram na Corte foi fútil. Essa conclusão, entretanto, deixa de fora importantes consequências da decisão que são repetidamente invocadas pelos entrevistados: o surgimento do problema do deslocamento na agenda pública, a mobilização social em favor dos direitos dos deslocados, a mudança na percepção dos deslocados, a urgência e severidade do deslocamento na opinião pública e a transformação gradual do aparato estatal que serve a população deslocada, entre outros.²⁸⁹

Logo, os efeitos de uma sentença estrutural vão depender da perspectiva adotada. Se neorrealista, a visão será unidimensional, focando só nos efeitos diretos, os quais, em se tratando de litígios estruturantes demoram a aparecer ou não são inteiramente alcançados diante das imensas dificuldades de superação de um ECI. Porém, um construtivista, com sua visão multidimensional, poderá apresentar uma relação de efeitos mais coerentes com aqueles sentidos na sociedade.

Evidentemente que os autores ora estudados possuem uma visão construtivista e realizaram seu estudo com base nela. Enumeram diversos efeitos positivos da *Sentencia* T-025 e seus autos de seguimento, entre os principais é possível listar: a) o efeito desbloqueador, o qual teria sido um dos primeiros e principais efeitos, pois retira da inércia os demais poderes, bem como a sociedade privada; b) o efeito criador, através do qual a Corte determinou o desenho de políticas públicas, verificando de início as falhas na implementação das políticas já existentes e, a partir disso, determinando o ajuste e criação de novas políticas, com a exigência de prazos, objetivos e metas; c) o efeito coordenador, ante a falta de coordenação entre as entidades criadas para atender a população, a Corte exerceu um papel de coordenadora, definindo melhor as funções de cada entidade, inclusive

²⁸⁸ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 23.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 27.

daquelas vindas do setor privado. Com isso acabou desempenhando um papel de racionalização na política pública. d) o efeito deliberativo, no qual atores muito diversos (Organizações e ONGs deslocadas, até dezenas de entidades e organizações estatais como a Acnur) interagem, colaboram e colidem diariamente para definir as regras, políticas e programas sobre deslocamento na Colômbia. Para reforçar o efeito deliberativo, durante todo o processo de acompanhamento, a Corte também insistiu na participação de organizações deslocadas na implementação da decisão e na formulação e implementação de políticas públicas.

Segundo Garavito e Diana, a *Sentencia* T-025 é uma ilustração clara dos mecanismos que caracterizam o ativismo dialógico, principalmente com as audiências públicas que se seguiram após a declaração do ECI. Entre fevereiro de 2004 e janeiro de 2010, o Tribunal emitiu 84 decisões para dar continuidade às ordens emitidas no julgamento, solicitar relatórios e ações concretas, fazer acompanhamentos oportunos e estabelecer indicadores para avaliar o grau de realização dos direitos dos deslocados. Os registros foram acompanhados por 14 audiências abertas nas quais foram discutidos aspectos centrais da política sobre o assunto, e foram prestadas contas públicas sobre o desempenho das entidades estaduais que são alvo das ordens do Tribunal. Por meio deles, por exemplo, foram construídos os indicadores de gozo efetivo de direitos resultantes de propostas do governo e da sociedade civil, que se tornaram o parâmetro consensual sobre avanços e retrocessos na situação dos deslocados.²⁹⁰

Após ter estudado os efeitos dos julgados sobre ECI é possível partir para o próximo capítulo a fim de verificar as questões de convergência entre as doutrinas, quais sejam: necessidade de intervenção judicial para superação de bloqueios institucionais, necessidade de monitoramento das decisões e de diálogos institucionais. Verificadas essas questões, partir-se-á ao último capítulo a fim de reforçar que os diálogos institucionais trazem legitimidade às decisões estruturantes.

²⁹⁰ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. [preencher página].

4 A TEORIA DAS DECISÕES ESTRUTURANTES E A TESE DO ECI: PONTOS DE CONVERGÊNCIA

Após a descrição e análise dessas duas doutrinas, faz-se necessário verificar os pontos de convergência entre elas e as lições que se podem extrair dessa comparação.

Em princípio, os pontos de convergência encontrados se referem: 1) à necessidade de intervenção do Poder Judiciário; 2) à necessidade de monitoramento das medidas estabelecidas na decisão que reconhece a situação inconstitucional e nas decisões seguintes; 3) à necessidade de diálogos institucionais na busca de soluções e de sua implementação.

Owen Fiss afirma que a reforma estrutural é, em grande parte, distinta pelo esforço de dar significado aos valores constitucionais no que tange ao funcionamento de organizações de grande porte; e essa aspiração organizacional levanta problemas de legitimidade novos e diferentes. Porém, muitas críticas à reforma estrutural têm uma característica em comum, qual seja, o velho dilema de que os juízes são investidos de muito poder.²⁹¹

Assim, ao analisar os pontos convergentes, buscar-se-á responder se as Cortes Constitucionais possuem legitimidade para a apreciação e para a deliberação dos litígios estruturais, uma vez que estes envolvem alta carga de políticas públicas. A partir disso, passa-se a analisar cada um desses tópicos separadamente.

4.1 NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO²⁹²

Ambas as vertentes exploradas no capítulo anterior, embora com alguns enfoques diferentes, manifestam-se pela necessidade de intervenção do Poder Judiciário, em especial da Corte Constitucional, para tratar de litígios estruturais e, via de consequência, interferir no desenho e na implementação das políticas públicas.

São diversos os motivos que trazem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para tratar desses litígios. Dessa forma, com o objetivo de proporcionar

²⁹¹ FISS, Owen. As formas de Justiça. In: WATANABE, Kazuo (et al) (org.). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 123.

²⁹² Faz-se necessário alertar que ao tratar do tema da intervenção do Poder Judiciário, ou especificamente da Corte Constitucional, alguns autores a tratam como ativismo judicial e, no caso em estudo, como ativismo judicial estrutural, conceito que será analisado no próximo capítulo.

uma melhor compreensão, eles serão abordados em tópicos distintos. Ressalta-se que essa divisão é apenas didática, uma vez que eles estão intimamente ligados.

4.1.1 Omissão dos Demais Poderes e Legitimidade Democrática

A primeira grande justificativa da necessidade de intervenção judicial é a omissão dos demais poderes. Omissão esta que pode ser total, ou de atitudes potencialmente capazes de superar a situação de massiva violação de direitos fundamentais em jogo.

Essa necessidade decorre da omissão das autoridades responsáveis pela concretização do direito fundamental violado e da urgência em fazer cessar a violação. É a necessidade de tirar os demais poderes da inércia. Consoante menciona Carlos Alexandre:

O ECI é sempre resultado de situações concretas de paralisia estatal sobre determinadas matérias e em desfavor de classes e grupos sociais desfavorecidos. O ativismo judicial estrutural revela-se, assim, o único instrumento, ainda que longe do ideal em uma democracia, capaz de superar esses bloqueios e fazer a máquina estatal funcionar.²⁹³

Destarte, forçoso advertir que, em uma leitura inicial sobre a tese do Estado de Coisas Inconstitucional, pode parecer que a necessidade, em debate, decorre de uma total inércia dos demais Poderes. Por isso foi fundamental o estudo mais aprofundado do contexto social que envolvia a situação discutida na *Sentencia* T-025. Pois, a partir dele, verifica-se que a inércia falada na tese do ECI não é uma inércia total de atitudes, mas sim uma inércia de efetiva concretização dos direitos fundamentais violados na situação trazida ao Judiciário.

Como se viu, no capítulo anterior, o Estado Colombiano havia proferido a Lei n.º 397/1997, bem como editado diversos decretos e firmado vários acordos. O Estado ainda havia criado instituições para o atendimento dos deslocados, prevendo, inclusive, uma ajuda humanitária pelo período de três meses.

Contudo, tais políticas públicas estavam muito longe de conseguir superar a situação caótica envolvendo os deslocados. Havia diversas falhas, tanto na delimitação das políticas, quanto na sua implementação e reserva de orçamentos.

²⁹³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 303.

Falhas estas que foram consideradas pela Corte colombiana como um fator central de contribuição para a violação dos direitos dos deslocados.²⁹⁴

Portanto, a falta de uma efetiva criação e implantação de políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo, somada a uma avalanche de ações ajuizadas no Poder Judiciário e a função deste como guardião de uma Constituição, outorgaram a esse órgão a legitimidade para interferir nas políticas públicas a fim de fazer valer a concretização dos direitos fundamentais dos deslocados.

Já o caso *Brown v. Topeka* teve uma ingerência muito maior da Corte nas políticas do Estado e, por isso, sofreu muitas críticas de ativismo judicial desenfreado. Como visto no capítulo anterior, o Estado americano mantinha um sistema de separação de brancos e negros em todos os setores da sociedade, o que era considerado legítimo através da doutrina *separate but equal*.

Nesse *leading case*, a Corte americana estava em uma situação delicada, pois a Constituição não proibia expressamente a segregação e havia precedente judicial da própria Corte pela convalidação da doutrina do *separate but equal*. Contudo, o pós-guerra fortaleceu os movimentos dos negros no país, aumentando o pensamento no sentido de que, uma vez que podiam morrer pelo país, também poderiam usufruir do que a pátria dava aos seus cidadãos. Além disso, fortaleceu a primazia pela proteção dos direitos humanos e o afastamento da desigualdade racial.²⁹⁵

Assim, o contexto mundial, o posicionamento do país na guerra e a crescente conscientização dos negros de seus direitos de igualdade, somados ao objetivo maior de dar significado a valores públicos constitucionais, trouxeram à Corte forças para julgar o caso, reconhecendo a inconstitucionalidade das políticas públicas de segregação racial.²⁹⁶

Desirê fala que “A Suprema Corte norte-americana identificou na Constituição do país inúmeros direitos materiais cuja efetiva observância apenas poderia se dar pela supervisão judicial substancial, como por exemplo, para verificar se os direitos

²⁹⁴ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010 p.12.

²⁹⁵ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: um estudo comparado: Brasil e Estados Unidos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p.53-69.

²⁹⁶ *Ibid.*, p.53-69.

humanos são respeitados em prisões ou hospitais para doentes mentais.”²⁹⁷. A partir da decisão *Brown*, iniciou-se nos EUA uma onda de decisões estruturais.

Nesse norte, nota-se que em ambos os casos, tanto na Colômbia, quanto nos Estados Unidos, neste ainda com maior intensidade, havia bloqueios políticos representados pela inércia, pela ineficiência ou por políticas contrárias aos direitos fundamentais das pessoas que viviam nesses Estados, de modo que somente o Poder Judiciário, poder imparcial no contexto político, seria capaz de fazer valer esses direitos.

Eduardo Dantas cita o caso *Doucet-Broudeau*, no qual a Suprema Corte do Canadá “destacou a urgência na proteção aos direitos da população francófona em decorrência do alto índice de erosão cultural que resultava da não implementação do sistema de ensino na língua falada pela minoria.” E anota que “quando a omissão estatal puder ocasionar prejuízo irreparável aos demandantes, tem se configurado o requisito que possibilita a utilização da tutela estrutural”. Ressalta, por fim, que no referido caso, diante da “reiterada inércia do poder público na concretização dos direitos fundamentais das crianças em idade escolar, a necessidade da intervenção judicial era absoluta.”²⁹⁸

Nesse sentido, fundamental trazer a lição de O’Donnel, parafraseado também por Garavito e Franco. Para esse autor, a possibilidade de utilizar o Judiciário, em especial quando o Executivo e o Legislativo não funcionam, é essencial e democrática. Isso porque os canais tradicionais de responsabilização ou de controle pelo povo, do Legislativo e do Executivo, dão-se através do voto, mecanismo vertical de controle. Ou seja, os representantes são esporádicos e altamente manipuláveis para garantirem, por si só, a ordem democrática e a implementação dos direitos constitucionais. Desse modo, são igualmente importantes os mecanismos de responsabilização horizontais, como o exercido pelas Cortes perante o Executivo e o Legislativo, com a autoridade legal para ações que vão desde controle de rotina até sanções legais e *impeachment*.²⁹⁹

²⁹⁷ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: um estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p.66-67.

²⁹⁸ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2019, p.101.

²⁹⁹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 37-38 e O’DONNELL, Guilherme. **Hacia un Estado de y para la Democracia**. In: MARIANI, Rodolfo (coord.) **Democracia/Estado/Cidadanía: Hacia un Estado de y para la democracia em América Latina**,

Alertam Garavito e Franco que, especialmente em burocracias complexas como as do Estado democrático contemporâneo, a transparência e a responsabilidade das autoridades públicas, em relação aos cidadãos, não podem ser garantidas apenas pelo mecanismo das eleições. A intervenção judicial, portanto, nos casos de omissão ou de grande falha na concretização de direitos fundamentais pelos poderes e órgãos responsáveis, é essencialmente importante em um Estado democrático.³⁰⁰

Isso porque, pode garantir que, em situações recorrentes de bloqueio institucional ou político, os direitos dos cidadãos não fiquem desamparados. Destaca-se assim que: “Nesses casos, frequentes nas democracias contemporâneas, o judiciário, embora não seja a instância ideal ou esteja equipado com todas as ferramentas para realizar a tarefa, aparece como o único órgão estatal com independência e poder para abalar tal estagnação.” E concluem: “Em suma, se o ativismo judicial opera nas circunstâncias e através dos mecanismos apropriados, seus efeitos, em vez de serem antidemocráticos, são dinâmicos e promotores da democracia.”³⁰¹

Vale lembrar a observação feita pelo Ministro Luiz Fux, trazida no primeiro capítulo deste trabalho. Segundo ele, muitas questões têm sido levadas ao Judiciário, justamente porque os Poderes Executivo e Legislativo, que seriam competentes democraticamente para implementar as políticas públicas, preferem não as enfrentar e empurrá-las para o Judiciário.

Essa postura de inércia em razão dos interesses políticos, mencionada pelo Ministro, caracteriza os chamados “bloqueios políticos”, situação que ficou muito nítida na apreciação liminar da ADPF n.º 347, pois os presos, em geral, não votam, com exceção apenas daqueles poucos presos provisórios que conseguem acesso às urnas. Ou seja, essa parcela da população não consegue se fazer representar politicamente e, portanto, não atrai os interesses políticos partidários daqueles que representam o povo.

Lima: Sede PNUD, 2007, p.38. Disponível em: <<https://biblio.flacsoandes.edu.ec/catalog/resGet.php?resId=54776>>. Acesso em: 15 de agosto de 2019.

³⁰⁰ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p.37-39.

³⁰¹ Ibid., p.37-39.

Para piorar, soma-se a esse bloqueio político o bloqueio institucional, pois a sociedade não vê os presos com bons olhos, muito pelo contrário, acredita que eles não precisam ter seus direitos humanos respeitados. Mais um motivo pelo qual os poderes competentes não possuem vontade política para resolver a situação carcerária. Até porque, uma atitude nessa seara pode trazer o repúdio dos eleitores e, conseqüentemente, insucesso no próximo pleito eleitoral.³⁰²

Situação semelhante pode ser verificada nos dois casos estudados no capítulo anterior. Na situação dos deslocados forçados na Colômbia, verifica-se que essas pessoas constituíam uma parcela marginalizada da sociedade, muitas até sem documentos, ou seja, sem a possibilidade de votar, e ainda, em geral, muito malvistas pela sociedade, tanto que inicialmente eram tratados como guerrilheiros³⁰³. No caso *Brown* esses bloqueios estavam ainda mais enraizados, ante uma cultura política e social de discriminação racial mantida por séculos.

Em resumo, os Poderes e órgãos competentes não podem alegar ilegitimidade da Corte, uma vez que, se possuem a legitimidade e nada, ou pouco, fazem, não podem, então, objetar a atitude de quem, instado por parte do povo, através de seu direito de petição, de acesso à justiça e de concretização de seus direitos, procura o Poder Judiciário para fazer valer essa concretização.

Importante trazer a lição de Fletcher, segundo o qual, assim como Garavito e Franco supracitados, não há outra alternativa senão legitimar a intervenção das Cortes Constitucionais:

Quando o fracasso dos órgãos políticos é tão flagrante e as demandas por proteção dos direitos constitucionais tão importantes, não há alternativa prática a não ser a intervenção da Corte Constitucional. Não há necessidade de uma nova estrutura normativa ou teórica legitimadora. Essa intervenção, desde que seja essencial para a proteção dos direitos constitucionais, já é legítima.³⁰⁴

³⁰² Ver a fundamentação da liminar da ADPF n.º 347 no primeiro Capítulo deste trabalho.

³⁰³ GARAVITO, César, Rodríguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). *Mas allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en COLÔMBIA*. Bogotá: Universidade de los Andes, Faculdade de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p.25 e COLÔMBIA, **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado.. Auto de seguimiento 385 de 2010, não paginado. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 21 set. 2018.

³⁰⁴ FLETCHER, William A. The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy. *Yale Law Journal*. Vol. 91, n. 4, March 1982, p. 695-696. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1698/>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

Nesse mesmo sentido, Campos ressalta a atitude da Corte colombiana:

A Corte reconhece a prioridade dos poderes políticos, mediante políticas públicas e normas orçamentárias, de darem efetividade às condições de vida digna. No entanto, deixa claro que, sob as circunstâncias de omissão reiterada, ela pode interferir para que os problemas existentes entrem na agenda do governo.³⁰⁵

Desse modo, seja pela falta de vontade política, pela incapacidade dos órgãos responsáveis, pela falta de apoio social ou pelo desconhecimento das próprias pessoas na situação de violação, sobre os seus direitos, a inércia do Estado não pode continuar, pois é seu dever constitucional fazer valer os direitos fundamentais previstos em sua Carta Política.

4.1.1.1 A Legitimidade do Judiciário versus a Forma de Estado, segundo Owen Fiss

Owen Fiss é muito citado entre os processualistas, em razão de sua visão e de sua defesa de uma nova forma de processo para o julgamento dos litígios estruturais. Contudo, ele também se preocupa com as questões de legitimidade do Poder Judiciário para atuar nesses casos. Segundo ele, antes de defender um novo processo é necessário afirmar a legitimidade da Corte, sob pena da nova forma de processo ficar barrada no velho dilema de que os juízes são investidos de muito poder.³⁰⁶

Fiss defende a legitimidade democrática da Corte com base na teoria de Estado, adotada pelos Estados Democráticos de Direito. Em razão de suas peculiaridades, mostra-se essencial a abertura deste tópico para possibilitar uma melhor compreensão de sua ideia.

Nota-se que em um dos primeiros textos sobre o tema, qual seja: “As Formas de Justiça”, publicado em 1979, Fiss tratava de questões envolvendo a legitimidade, lembrando do velho dilema da quantidade de poder atribuído ao juiz e da teoria da falha legislativa.

No texto “As Bases Políticas e Sociais da Adjudicação”, publicado em 1982, Fiss já mencionava as crises da legitimidade. Ao analisar a recepção e

³⁰⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.158-159.

³⁰⁶ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública**: Processo Jurisdição e Sociedade. Cood. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2. ed. - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017, p.84.

desenvolvimento da litigância estrutural, Fiss observou a proximidade de sua aceitação de acordo com a concepção que o jurista adota sobre a forma de Estado.

Ele narra que o conceito de Estado, decorrente da teoria do contrato social, que predominou na maior parte do século XIX, é análogo ao conceito minimalista de Poder Judiciário sugerido pelo modelo de solução de controvérsias. O principal fim do Estado seria a segurança, visando ao desenvolvimento das condições ideais para que indivíduos particulares exerçam atividades comerciais e satisfaçam suas próprias necessidades.³⁰⁷

Porém, no século XX, principalmente após o *New Deal* e a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos acompanharam o surgimento de um tipo totalmente diferente de Estado: o chamado *Welfare State*³⁰⁸. A partir de então o Estado tornou-se um participante ativo na vida social, fornecendo serviços essenciais e estruturando, por outro lado, as condições de existência. Para legitimar essa nova concepção de poder estatal, foi desenvolvida a teoria do consentimento, que é radicalmente diferente da individualista. Ela ressalta que a legitimação do Estado intervencionista pode ser comparada à legitimação da nova forma de litigância proposta, ou seja, da reforma estrutural, pois ambos refletem um ceticismo da justiça do *status quo* e representam o uso afirmativo do poder estatal, bem como destacam a importância dos valores públicos e da necessidade de que eles se tornem realidade.³⁰⁹

Embora publicado em 1982, o texto ora em estudo traz uma reflexão final que ainda se mostra atual, tanto que o autor, em suas palestras durante o curso proferido em 2016³¹⁰, reforça tais conclusões. Diante de sua importância e consistência, essencial a sua citação na íntegra:

³⁰⁷ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública**: Processo Jurisdição e Sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2ª Edição - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017, p. 91-92.

³⁰⁸ Com a ideia cada vez mais crescente de proteção dos direitos sociais, principalmente após os clamores decorrentes da indignação com os horrores da Segunda Guerra mundial, o Estado Social passa a ter uma conotação ainda mais assistencial, o chamado *Welfare State* ou Estado-Providência, que em poucas palavras, sem querer adentrar nas discussões sobre o seu conceito, significa um Estado assistencial que visa a garantir padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos, ou seja, um mínimo de dignidade humana. Esses direitos passam a ser assegurados ao cidadão não como caridade, mas como direito político.

³⁰⁹ FISS, op. cit., p. 91-92.

³¹⁰ Id. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

Atualmente, as dúvidas acerca da existência dos valores públicos são crescentes; tudo é interesse individual ou, quando muito, moralidade individual e o modelo de solução de controvérsias, assim como o 'Estado vigia noturno', acomoda tais dúvidas. Ambos fornecem fácil asilo para todos aqueles que ignoram ou minimizam o papel dos valores públicos na nossa vida social e a necessidade do poder estatal para a concretização desses valores. O problema consiste em que, se retrocedermos e aceitarmos a privatização de todos os fins ou negarmos ao Estado o poder para a concretização dos referidos valores, os quais podem ser merecidamente considerados públicos, empobreceremos nossa existência social e minaremos importantes planos institucionais. O Judiciário restaria sem os meios necessários à proteção contra as ameaças impostas pelas burocracias do Estado moderno e a Constituição degradada. A Constituição seria vista, não como a incorporação de uma moralidade pública, mas simplesmente como instrumento de organização política – distribuindo poder e prescrevendo os procedimentos pelos quais ele deve ser exercido. Tal desenvolvimento deve ser inteira e enfaticamente evitado; pode e deve ser evitado, contudo, para fazê-lo bem, precisamos redescobrir o significado e o valor de nossa vida pública.³¹¹

Em 2016, Owen Fiss reforçou que as instituições governamentais chave, como o Presidente e o Congresso, estão direta e imediatamente ligadas ao sentimento popular, e que o Judiciário tem laços importantes com essas instituições. Tanto é que os juízes federais³¹² são nomeados pelo Presidente e sabatinados, confirmados pelo Senado. É o Congresso que define a jurisdição do Judiciário e da Corte, de modo que, por meio de emendas constitucionais, os cidadãos têm a capacidade de alterar a Constituição e as competências da Corte³¹³. Aponta os vínculos do Judiciário com as relevantes instituições eleitas para explicar que o Judiciário faz parte de um sistema de governo e está no seu núcleo democrático.³¹⁴

Por fim, vale destacar o quanto Fiss está convencido da legitimidade democrática do Judiciário para atuar ativamente nos litígios estruturais. Isso porque, segundo ele, as acusações feitas no sentido de que as *structural injunctions* são antidemocráticas reportam uma visão muito míope de Democracia, reduzindo-a a uma forma de majoritarismo.³¹⁵

³¹¹ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública**: Processo Jurisdição e Sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2ª Edição - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017, p. 92.

³¹² Para o direito brasileiro leia-se os membros do Supremo Tribunal Federal.

³¹³ Neste ponto vale lembrar da Emenda Constitucional n.º 45/2004 que alterou competências do STF.

³¹⁴ Id. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 32.

³¹⁵ Ibid., p. 31.

Até porque, diferentes instituições no governo têm diferentes funções, algumas com conexões mais acentuadas em relação ao sentimento popular, outras menos; logo, espera-se que os representantes do Executivo e os componentes do Legislativo respondam às preferências dos cidadãos; porém, do Judiciário, espera-se que cumpra a responsabilidade de interpretação da lei e de proteção da Constituição e dos valores públicos. Para ele, a democracia “não faz do sentimento popular o padrão para medir o funcionamento de cada instituição de governo. Em vez disso, a Democracia é um padrão aplicado para julgar o sistema de governo tomado como um todo.”³¹⁶

Logo, a democracia leva o povo a assumir que o consentimento é a base da legitimidade. De modo que, nas democracias, o consentimento é dado ao sistema estatal como um todo e não a cada instituição separadamente. Assim, a legitimidade de cada instituição presente no sistema não depende do consentimento do povo a cada uma delas, mas da capacidade de uma instituição para executar a função a ela atribuída dentro do sistema em questão.

Dessa maneira, a legitimidade de cada instituição presente no sistema não depende do consentimento do povo a cada uma delas, mas da capacidade de uma instituição para executar a função a ela atribuída dentro do sistema em questão. Por conseguinte, para Fiss, as Cortes fazem parte da estrutura do Estado e a legitimidade delas é derivada do consentimento dos cidadãos com relação a um sentido específico de instituição. Assim, a sua legitimidade vai além do direito de participação no processo judicial, defendida por Lon Fuller³¹⁷, e pela idoneidade das cortes para representarem o indivíduo no exercício de seus direitos de cidadania.

Com efeito, conclui Fiss que “o consentimento do povo é necessário para legitimar o sistema político, do qual o Judiciário é parte integrante; e a possibilidade do povo contestar decisões judiciais, através, digamos, de emendas constitucionais, preserva o caráter consensual do sistema como um todo.” E adverte o autor: “Uma concisa e mais particularizada dependência do consentimento popular, privaria o

³¹⁶ FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 31.

³¹⁷ Sobre o professor Fuller, Owen Fiss faz referência ao seguinte texto: FULLER, The Forms and Limits of Adjudication, 92 Harv L. Rev. 353, 1978.

Judiciário de sua independência e, conseqüentemente, de sua idoneidade para aplicar a lei.”³¹⁸

Consoante a lição de O’Donell, em uma democracia, além do sistema vertical de responsabilização, caracterizado pelo sistema eleitoral mediante o qual o povo elege seus representantes, é necessário também um sistema horizontal de responsabilização. Nessa forma de controle, agências estatais têm autoridade e capacidade para empreender ações que vão desde o controle das rotinas estatais até a possibilidade de impeachment de funcionários do Estado. Dentre essas agências estaria o Judiciário, em especial a Corte Constitucional.³¹⁹ Assim, “Para a manutenção da democracia e do Estado de Direito, os mecanismos ‘horizontais’ de prestação de contas são igualmente importantes.”³²⁰

Sobre o tema, Garavito e Franco afirmam:

A partir de uma concepção de democracia que enfatiza a importância da deliberação pública e do controle horizontal entre os órgãos do poder público, também defendemos que esse tipo de intervenção judicial aprofunda a democracia, em vez de destruí-la. Ilustramos esse argumento com evidências do caso T-025, que mostra como a sentença foi proferida apenas para quebrar o impasse burocrático que impedia a atenção básica da população deslocada e como a intervenção do Tribunal complementou, em vez de substituir, o papel do governo e do congresso colombianos.³²¹

Desse modo, verifica-se que a independência do Judiciário faz dele um poder imparcial e competente para verificar as políticas públicas quando estas não estão sendo concretizadas pelos poderes competentes. Isso porque o Judiciário não tem a preocupação de agradar ao povo para conseguir voto em uma próxima eleição, e nem deveria ter; seu dever é fazer valer os direitos previstos na Constituição.

Destarte, vale trazer a conclusão de Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki. Essas autoras, lembrando inclusive da atuação ativista da Corte de Warren, a qual julgou o caso *Brown*, estudado no capítulo anterior, afirmam que as

³¹⁸ FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 88-89.

³¹⁹ O’DONNELL, Guillermo. Hacia un Estado de y para la Democracia. In: MARIANI, Rodolfo (coord.) **Democracia/Estado/Cidadanía: Hacia un Estado de y para la democracia em América Latina**, Lima: Sede PNUD, 2007, p. 38. Disponível em: <<https://biblio.flacsoandes.edu.ec/catalog/resGet.php?resId=54776>>. Acesso em: 15 agosto 2019.

³²⁰ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 38.

³²¹ *Ibid*, p. 16-17.

experiências ativistas da Suprema Corte americana, “na maioria das vezes, não esteve a restringir o processo democrático, ao contrário, permitiu sua manutenção e eficiência.”, trazendo força e efetividade aos direitos fundamentais. Veja-se:

Verifica-se, das experiências da Suprema Corte americana, principalmente no período da Corte Warren, que o ativismo judicial e, por consequência, o papel criativo dos juízes constitucionais, na maioria das vezes, não esteve a restringir o processo democrático, ao contrário, permitiu sua manutenção e eficiência. Para além disso, muitas vezes, a Corte se imiscuiu em problemas que levavam a um julgamento de valores políticos e morais, que, de modo algum, contrariaram o processo democrático, eis que conseguiu dar força e efetividade aos direitos fundamentais previstos em seu Bill of Rights, mesmo que isso lhe custasse ficar contra o posicionamento majoritário do povo, como nos episódios que envolveram os temas segregação racial e aborto.³²²

Estudando sobre assunto, Quinche Ramírez e Rivera Rúgeles afirmam que os Tribunais Constitucionais fazem parte do governo e, portanto, suas decisões podem modificar as políticas públicas, pois estão sujeitas a certas regras do jogo definidas pelas normas legais, que incluem e reconhecem os direitos humanos.³²³

Gustavo Bustamante Penã também compartilha da opinião de que a Corte Constitucional possui legitimidade democrática para atuar no julgamento dos litígios estruturais e, conseqüentemente, deliberar sobre políticas públicas, atuando sob os poderes ampliados de um guardião.³²⁴

Nesse ponto, chega-se a mais uma justificativa da necessidade de intervenção judicial, qual seja: o Poder Judiciário não pode, igualmente, omitir-se em relação a situação de grave violação dos direitos humanos e fundamentais.

³²² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **O judicial review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/312427231_O_Judicial_Review_e_o_ativismo_judicial_da_Suprema_Corte_americana_na_protecao_de_direitos_fundamentais>. Acesso em: 20 agosto 2019.

³²³ RAMÍREZ, Quinche; RÚGELES, Rivera. El Control Judicial De Las Políticas Públicas Como Instrumento De Inclusión De Los Derechos Humanos. **Vniversitas**. Bogotá (COLÔMBIA) N° 121: 113-138, julio-diciembre de 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a05.pdf>> Acesso em: 15 agosto 2019.

³²⁴ PENÃ, Gabriel Bustamante. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. Dissertação de Mestrado (Estudos Políticos). Pontificia Universidade Javeriana, Faculdade de Ciências Políticas e Relações Internacionais, Bogotá, 2011.

4.1.2 Dever da Corte para com os Direitos Constitucionais, Humanos e Fundamentais

Ao estudar esse tipo de litígio, parece que fica ecoando no ar aquele pedido desesperado de socorro: “Por favor, alguém precisa fazer alguma coisa!”. Ou seja, quem está sofrendo a situação de violação não está preocupada com quem irá agir e não tem interesse em saber sobre a legitimidade dos poderes e/ou órgãos. Ela precisa de ajuda para sair da situação caótica. É uma situação que requer mais preocupação com a substância do que com a formalidade. Enquanto se discute quem pode ou quem não pode fazer algo, pessoas estão morrendo ou correndo risco de vida. É uma situação excepcional.

Aliás, como ressaltou Fletcher, é uma situação de legitimidade excepcional do órgão judicial³²⁵. Até porque o objetivo não é usurpar a função dos outros Poderes, não é uma situação de alteração ou aumento de legitimidade de forma definitiva; é o objetivo maior do Estado³²⁶ que autoriza essa legitimação extraordinária e extemporânea do Judiciário.

Consoante Clara Inés Vargas Hernández “Nesses casos, a função do Tribunal Constitucional, como garante dos direitos constitucionais de todos os cidadãos, implica sua intervenção imediata para a solução real e efetiva das violações apontadas, pondo em prática toda a força normativa da Constituição.”³²⁷

Campos lembra que é possível extrair do julgado que a Corte Constitucional da Colômbia se apoia em princípios do Estado Social de Direito, no qual os direitos fundamentais deixaram de ser limites externos e passaram a ser condição de legitimidade da atuação do Poder Público.³²⁸

Dentre as justificativas para as ações estruturais, Owen Fiss argumenta que tais ações, e as medidas estruturantes através delas deferidas, não têm por objetivo

³²⁵ FLETCHER, William A. The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy. **Yale Law Journal**. Vol. 91, n. 4, March 1982, p. 695-696. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1698/>. Acesso em: 03/09/2019. Tradução própria.

³²⁶ No caso do Brasil, o art. 3º da Constituição Federal assim dispõe: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³²⁷ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La función creadora del Tribunal Constitucional*. **Revista Direito Penal e Criminologia da Universidade Externado**, vol. 32, núm. 92, p.13-33, 2011, p. 30.

³²⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.158-159.

simplesmente eliminar violações de direitos, mas efetivar os valores constitucionais.³²⁹ Assim, embora o autor americano enfatize a necessidade de um novo processo para essa espécie de litígio, ele também reconhece que o objetivo primordial dessas ações é o de efetivar esses valores constitucionais, dentre os quais encontramos os direitos fundamentais. Ressalta, ainda, a necessidade e o dever do juiz de fazer da Constituição uma verdade viva, quando afirma que:

[...] aqueles que se opõem à reforma estrutural podem afirmar que ela permite ao judiciário usurpar funções que pertencem com razão aos poderes executivo e legislativo e viola assim o venerado princípio da separação de poderes esta objeção negligencia a natureza multidimensional da autoridade do juiz e, na verdade, seu dever – o juiz não deve apenas decidir os direitos do autor, mas também fazer deste direito uma realidade prática. Ele deve assegurar-se e que, como a Suprema Corte declarou no caso de desagregação de *Little Rock* do final dos anos 1950, a Constituição se tornará uma verdade viva.³³⁰

Doug Rendleman partilha de idêntica opinião: “Os cidadãos devem usufruir os direitos constitucionais de fato e, não substituídos por dinheiro [...] O Judiciário apenas protege os direitos constitucionais efetivamente através da concessão de uma *injunction* que procure assegurar que o cidadão usufrua os direitos de fato.”³³¹

Após a citação de Rendleman, Desirê anota que “tal argumento também é válido no direito brasileiro, pois a jurisdição tem por fim, além de solucionar controvérsias, garantir que os valores constitucionais sejam respeitados.” E complementa: “pois admitir o uso dessas medidas impõe-se em virtude da exigência de que não basta que as constituições declarem os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também que haja a possibilidade deles serem efetivamente respeitados e realizados.”³³²

Do decorrer do julgamento do pedido liminar da ADPF n.º 347 pelo Supremo Tribunal Federal, é possível extrair a situação paradoxal vivida pela Corte. Isso porque, em princípio, não é sua função deliberar sobre políticas públicas, porém,

³²⁹ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública**: Processo Jurisdição e Sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2ª Edição - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017, p.90 et seq.

³³⁰ Id., Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.39.

³³¹ RENDLEMAN, Doug, *apud* BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: um estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p.101.

³³² BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: um estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p.101

uma vez instada, a Corte não poderia deixar de analisar o pedido, sob pena de incluir-se no rol dos poderes e órgãos inertes e corroborar para a situação de massiva violação de direitos fundamentais a ela exposta. Tanto que o ministro Marco Aurélio foi enfático: “Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais.”³³³

Inclusive, consoante destaca Campos, a violação massiva e contínua de direitos fundamentais de um expressivo número de pessoas constitui o primeiro pressuposto para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional. E ressalta:

A violação se apresenta como grave problema não apenas jurídico, mas social. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que fecharia os olhos para a vulneração da Constituição como um todo, do projeto constitucional de garantia e gozo de direitos fundamentais. A Corte deve conectar-se com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e não apenas com aspectos subjetivos ou vinculados a tipos específicos de enunciados constitucionais.

Nesse norte, Vanice Regina Lírio do Valle destaca a importância do estudo da experiência colombiana para o direito brasileiro, pois o texto constitucional colombiano é contemporâneo ao brasileiro (1991 e 1988, respectivamente) e teve forte inspiração na Constituição-Cidadã. Além disso, há diversos elementos comuns, como a necessidade de superação de um sensível quadro de exclusão social. E, por fim, o caráter precursor da Corte colombiana na proteção aos direitos fundamentais é objeto de referência no cenário internacional.³³⁴

Clara Inés Vargas Hernández³³⁵ ressalta que o julgamento T-025 de 2004, bem como o julgamento T-760 de 2008, sobre saúde, constituem uma nova modalidade de sentenças para proteger direitos fundamentais, as quais têm sido chamadas de estruturais. Lembra que, em razão da intervenção direta dos juízes

³³³ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 9 set. 2018, p.18-42.

³³⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Desafios à Jurisdição em Políticas Públicas: o que se pode aprender com a experiência da Colômbia. In: In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.496-497.

³³⁵ Ex Magistrada de la Corte Constitucional (COLÔMBIA).

nas políticas públicas, esses julgamentos sofrem críticas de ativismo judicial. Porém, é enfática ao mencionar que: “Contudo, não são senão o pleno exercício da função do Tribunal Constitucional como guardião da integridade e supremacia da Constituição, especialmente como garantidor dos direitos fundamentais.”³³⁶

4.1.3 Necessidade de tirar os Demais Poderes da Inércia. Os direitos Desestabilizadores

No julgamento que reconhece o ECI, a Corte acaba atuando como fomentadora da atividade estatal, desbloqueando algumas situações de estagnação que impediam uma implementação efetiva da política pública. Garavito e Franco anotam que a intervenção judicial, ao retirar os demais poderes da inércia, exerce uma função de desbloqueio, “uma função desestabilizadora do direito e dos direitos a fim de desestabilizar o equilíbrio perverso das instituições estatais, que bloqueia o funcionamento da democracia e o cumprimento dos direitos.”³³⁷ Ao falar dessa função desestabilizadora, os autores fazem menção à teoria de Roberto Mangabeira Unger, segundo o qual:

Os direitos de desestabilização protegem o interesse do cidadão de quebrar as grandes organizações ou as extensas áreas da prática social que se mantêm fechadas aos efeitos desestabilizadores do conflito comum e assim protegem as hierarquias do poder e da vantagem [...] O direito de desestabilização [...] tem correspondentes nas variações do auxílio injuntivo complexo encontrado no direito contemporâneo. Este alívio significa que os tribunais intervêm em instituições importantes, escolas e instituições mentais, por exemplo, ou em áreas importantes da prática social, tais como a organização eleitoral, e as reconstrói em nome dos ideais democráticos inspiradores de corpos complexos de legislação. O caráter do alívio oferecido pelos direitos de desestabilização pode ser avaliado com mais clareza por comparação com os remédios estabelecidos. Os direitos de desestabilização vão mais longe do que qualquer coisa existente na legislação atual. Libertos de uma vez por todas do modelo restritivo da propriedade unitária, eles podem se desenvolver sem timidez como instrumentos de ruptura e reconstrução social. O exercício desses direitos coloca em questão uma parte da estrutura

³³⁶ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La función creadora del Tribunal Constitucional*. **Revista Direito Penal e Criminologia da Universidade Externado**, vol. 32, núm. 92, p.13-33, 2011.

³³⁷ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 50.

coletiva da sociedade, ao invés de servir apenas como um meio de proteger o interesse transitório no interior daquela estrutura.³³⁸

Verifica-se, assim, que através da teoria de Unger também é possível justificar a legitimidade da Corte como meio de exercício do direito de desestabilização, a fim de encontrar, talvez não a total solução, mas uma maneira de fornecer um alívio, uma diminuição na estagnação estatal que corrobora para a violação massiva de direitos.

Para Garavito e Franco esses ‘direitos desestabilizadores’ justificam o ativismo da Corte nos litígios estruturais, pois a pretensão deles é justamente a de abalar e abrir as instituições públicas, cuja burocracia e falhas crônicas no cumprimento de suas obrigações se mostram impermeáveis aos mecanismos usuais de responsabilidade política (*accountability*).³³⁹

Na Colômbia, a *Sentencia* T-025 alcançou esse objetivo. Como destaca Campos “Foi justamente a intervenção da Corte que fez com que os agentes políticos saíssem do estado de omissão e desencadeassem a formulação e implementação de políticas públicas, voltadas a superar as violações de direitos.” E, continua justificando que diante do fracasso político, a objeção de legitimidade democrática da Corte não possui qualquer sentido prático.³⁴⁰

A desestabilização das instituições e agentes políticos, trazida pelo julgamento da Corte, é importantíssima para alterar o equilíbrio de poder entre aqueles que demandam a implementação da política pública e aqueles que têm a obrigação de fazê-la. Assim, surge a possibilidade de abertura de novas formas de negociação, colaboração e discussão entre os envolvidos, gerando soluções que, antes da desestabilização, seriam inviáveis ou impensáveis.³⁴¹

A exemplo, o reconhecimento do ECI na *Sentencia* T-025, com a condenação do Estado colombiano à execução de diversas medidas e a concessão de legitimidade as ONGs e as organizações de apoio aos deslocados, como parte do

³³⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: os textos centrais, a teoria contra o destino. Tradução: Paulo César Castanheira. São Paulo Boitempo, Santa Catarina: Editora Argos, 2001, p. 373-375. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/politica-os-textos-centrais.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

³³⁹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 51.

³⁴⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 246.

³⁴¹ GARAVITO, op. cit, p. 51.

processo, alterou o terreno político da discussão sobre o deslocamento. Essa alteração de poder colaborou para processos de construção conjunta entre o Estado e as ONGs, de indicadores de direitos da população deslocada para avaliar a evolução das políticas públicas.³⁴²

William Fletcher, ao estudar os litígios estruturais nos Estados Unidos, afirmou que o maior benefício de conferir legitimidade à Corte para emanar remédios estruturais não significa apenas permitir que a Corte aja, mas que essa atuação pode forçar os órgãos políticos a desempenhar suas funções, até então negligenciadas. Assim, o exercício dos remédios judiciais a critério da Corte “não é um bem em si; é um preço alto, mas necessário ante a perpetuação de uma verossímil ameaça.”³⁴³

Com efeito, a função desestabilizadora, ou a necessidade de tirar os demais poderes da inércia, leva à superação dos bloqueios políticos que impedem a realização dos direitos. Logo, não há de falar-se em ilegitimidade da Corte, pois “é de se duvidar que possa prejudicar o autogoverno popular onde esse não existe!”³⁴⁴

4.1.4 A (In)Capacidade Administrativa e Deficiência na Infraestrutura das Instituições Estatais

Essa desestabilização e retirada dos demais poderes da inércia traz outro ponto importante sobre a necessidade de intervenção judicial e sobre a legitimidade de sua atuação, qual seja, a questão da capacidade.

Uma das grandes objeções à interferência judicial nas questões envolvendo políticas públicas se refere à sua falta de capacidade para criar e implementar as referidas políticas. Ocorre que esse é outro ponto que leva à legitimidade da Corte.

Adrian Vermeule, em posição desfavorável à intervenção judicial, aduz que o Legislativo e o Executivo possuem capacidade institucional superior ao Judiciário em matéria de políticas públicas. Contudo, conforme defende Campos, embora possam até possuir capacidade superior, ao deixarem de exercê-la acabam por agravar a

³⁴² GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 52.

³⁴³ FLETCHER, William A. The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy. **Yale Law Journal**. Vol. 91, n. 4, March 1982, p. 695-696. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1698/>. Acesso em: 03/09/2019.

³⁴⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 245.

violação massiva de direitos fundamentais, a ponto da intervenção judicial se tornar necessária diante do quadro de inércia. Enfatiza o autor:

Por essa razão, parece irreal o argumento comparativo das capacidades institucionais para refutar o ativismo judicial estrutural se é justamente a incapacidade dos órgãos legislativos e administrativos que implicou o ECI [...] Em vez de atuar contra as capacidades das outras instituições, o ativismo judicial estrutural procura articular ou arrumar essas capacidades.³⁴⁵

Sobre essa questão, faz-se necessária, novamente, a comparação do ECI com os julgamentos dos litígios estruturais norte-americanos. Isso porque, consoante lembra Desirê, na implementação das ordens da Suprema Corte americana, os juízes locais foram altamente ativistas, determinando ordens muito específicas e que retiravam todo ou grande parte do poder de decisão das autoridades administrativas. A exemplo da questão de elevação dos tributos no caso *Jenkins III*, já citado previamente.³⁴⁶

Por outro lado, conforme visto no capítulo anterior, a Corte Constitucional da Colômbia, ante os fracassos nos julgamentos anteriores, percebeu que não poderia emitir ordens tão específicas, mas instigar que as próprias entidades responsáveis encontrassem a melhor medida para a solução do caso. Assim, no julgamento da T-025, emitiu ordens mais genéricas, mas com prazos e objetivos certos. Sobre o assunto, Garavito e Franco destacam:

Como mostrado por T-025 e outras decisões proeminentes da recente onda de litígios estruturais (como os mencionados casos Verbitsky e Riachuelo na Argentina), os tribunais tiveram que começar por promover processos de fortalecimento de capacidade ou poder [...] Contra os céticos da capacidade dos tribunais, deve-se lembrar, então, que nas 'democracias realmente existentes' os problemas de capacidade institucional também podem ser endêmicos na administração pública.³⁴⁷

A respeito, Garavito e Franco citam, como exemplo, o comentário de um dos magistrados auxiliares da Corte:

³⁴⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 247.

³⁴⁶ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012, p. 91-98.

³⁴⁷ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 49.

Um dos magistrados auxiliares do gabinete do Tribunal que fez a apresentação do T-025 comentou, por exemplo, que inicialmente as entidades estatais tentaram manter a inércia e prorrogar o prazo para cumprir as ordens elementares da sentença, como calcular a quantia que seria necessária para atender adequadamente a população deslocada. Inicialmente, então, a resposta do Governo ao Tribunal foi ‘faremos um esforço orçamentário, mas precisamos de dois anos para ver o quanto precisamos. Então [no tribunal] nós dissemos não. Eles não precisam de dois anos, eles precisam de um mês [...] E de fato em um mês [o cálculo da cifra] saiu, de cinco bilhões [de pesos]’.³⁴⁸

Desse modo, essa questão da capacidade, tanto da Corte quanto das instituições estatais, é um ponto delicado e sutil na delimitação das ordens judiciais, que deve ser visto com muita cautela pelos juízes, para não se deixarem iludir pelo poder. Afinal, como adverte Fletcher: “A Corte não é e não deve se permitir a ilusão de que pode ser algo além de um substituto temporariamente legítimo para um órgão político que não cumpriu sua função.”³⁴⁹

Evidentemente, não se pode ser muito rígido na observação do nível de intervenção judicial, se além do necessário e, portanto, ilegítima, ou aquém do necessário. Até porque as ordens podem ser revistas e melhoradas a qualquer momento, enquanto a Corte manter sua jurisdição. Mas, principalmente, porque vai depender da vontade e participação da administração, quanto menos participar, mais abertura dará ao Judiciário e vice-versa.

Nesse sentido, Clara Inés Vargas Hernández destaca que:

A inatividade do legislador se traduz na assunção de um papel muito mais ativo da Corte, criador muito mais positivo, não em benefício da própria Corte, nem com o ânimo ou pretensão de se colocar acima dos demais poderes do Estado, mas, acima de tudo, para garantir a todos os cidadãos a supremacia da Constituição e seus direitos constitucionais.³⁵⁰

Logo, poderão haver momentos em que haja ordens mais específicas e com maior ingerência, bem como momentos com ordens mais genéricas e debatidas ou construídas em conjunto. Em outras palavras, após a instigação inicial do Judiciário,

³⁴⁸ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 51.

³⁴⁹ FLETCHER, William A. *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*. **Yale Law Journal**. Vol. 91, n. 4, March 1982, p.696. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1698/>>. Acesso em: 03 set. 2019

³⁵⁰ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La función creadora del Tribunal Constitucional*. **Revista Direito Penal e Criminologia da Universidade Externado**, vol. 32, núm. 92, p.13-33, 2011, p.28

retirando os demais poderes da inércia, o grau de ativismo judicial vai depender da conduta das partes, ou seja, do nível de abertura que o Judiciário ofertar e do nível de participação do Legislativo e do Executivo.

Nesse sentido, através dos ensinamentos de Margo Schlanger, Desirê Bauermann destaca que o resultado das ações estruturais nunca terá apenas um responsável, uma vez que composto por diversos atores, logo:

A forma como os juízes começam a análise desses casos e o fato de continuarem ou não a realizar esse tipo de julgamento, bem como a consideração de seus sucessos e fracassos, não estão limitados à vontade e ao papel do Judiciário, na medida em que envolvem também objetivos, recursos e ações de muitos grupos e atores, filtrados através das regras do litígio. Assim, quando os doutrinadores analisam esses casos, necessariamente devem considerar não apenas o papel que o juiz exerce nessa seara, mas também de todos os envolvidos direta ou indiretamente no caso *sob judice*.³⁵¹

Destarte, a questão da capacidade do institucional e do Judiciário é ponto delicado, mas de extrema importância, e que acaba levando a outras duas questões igualmente importantes: a função de coordenação da Corte e a forma de fixação e de construção das ordens, se isoladas pelo Judiciário ou se criadas em conjunto através de audiências públicas, consultas, enfim, de diálogos.

4.1.5 Necessidade de Coordenação e Diálogos entre os Poderes e Entidades

Uma das principais questões da necessidade de intervenção judicial e também de sua justificativa é a atuação da Corte como coordenadora.

Após a verificação de vários pontos que trazem legitimidade à Corte para os julgamentos dos litígios estruturais, inclusive legitimidade democrática, chegam-se às questões da coordenação e dos diálogos institucionais na construção da solução. Note-se que a construção da decisão que declara o ECI é feita pelo tribunal constitucional, mas as decisões sobre a forma de implementação das políticas públicas a fim de superar o ECI, em geral, são tomadas pelo órgão responsável ou pelo conjunto de órgãos e entidades envolvidas.

³⁵¹ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012, p.69.

No caso da *Sentencia* T-025, a atuação da Corte colombiana como coordenadora foi extremamente necessária, uma vez que, apesar da administração ter criado diversos órgãos para atender a população deslocada, havia uma grande confusão, funções sobrepostas, falta de avaliação de resultados, de modo que, mesmo existindo uma política pública, esta era totalmente ineficiente. Garavito e Franco anotam, inclusive, quatro pontos de coordenação da Corte, sendo que em dois, ela obteve melhores resultados.³⁵²

De qualquer forma, mesmo que não houvesse a necessidade de coordenação entre os órgãos estatais existentes, a coordenação é essencial nos litígios estruturais. Isso porque, como visto no segundo capítulo, esses litígios são policêntricos, ou seja, possuem diversas pessoas, por vezes com interesses distintos, no polo ativo, e diversas pessoas e interessados no polo passivo, sendo que, diferentemente do litígio dual tradicional, nesses litígios a preocupação não é definir de quem é a culpa, quem foi o responsável pela atual situação. O objetivo é encontrar soluções para as violações atuais e evitar violações futuras.

Desse modo, uma ação coordenada entre os envolvidos é essencial para o sucesso da ação estrutural. O que, “além de ter, por óbvio, o benefício democrático, tem vantagens práticas claras para encontrar soluções eficazes para problemas complexos de política pública que os tribunais (ou qualquer outro poder público) têm a capacidade de encontrar por si mesmos.”³⁵³

Logo, o Poder Judiciário, poder imparcial no sistema político é o mais indicado para realizar essa coordenação. Vale lembrar que a Corte colombiana foi evoluindo nesse sentido, pois, nos primeiros julgamentos em que declarou o ECI, ela emitiu ordens muito específicas, não deixando espaço para decisões dos outros poderes e instituições. Já na T-025, a Corte fixou ordens mais genéricas, com prazos específicos e organizou melhor as funções de cada órgão e entidade envolvida no caso.³⁵⁴

Garavito e Franco anotam que, ao definir ordens muito específicas na mesma sentença em que declaravam a situação inconstitucional, ou seja, sem abrir o

³⁵² GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 152-158.

³⁵³ Ibid., p. 50-54.

³⁵⁴ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

juízo a audiências públicas e à participação da sociedade civil, “as Cortes foram expostas a acusações de usurpação de funções de outros poderes públicos e fecharam o caminho para processos de deliberação pública que incluíam o Estado e a sociedade civil.”

Nesse norte, vale recordar que as ordens estabelecidas pela Corte na *Sentencia T-025* foram no sentido de implementar as políticas públicas já existentes e de corrigir suas falhas. Aliás, “o estado de coisas inconstitucional é uma oportunidade para que a Corte Constitucional faça um chamado à coerência entre o Legislativo e o Executivo.”³⁵⁵

Tanto que, de acordo com Garavito e Franco, a Corte Constitucional não ignorou as capacidades institucionais dos outros poderes, ela atuou em favor da construção e coordenação dessas capacidades em um cenário de inércia, descoordenação e/ou deficiência estatal prolongada.³⁵⁶

O posicionamento diferente da Corte colombiana que, em vez de fixar os detalhes das medidas que as autoridades públicas devem tomar para atender os deslocados, como havia feito em outras sentenças, ela emitiu ordens processuais envolvendo o Estado e a sociedade civil. E, ao requerer o desenho de políticas e a convocação de audiências públicas periódicas para discuti-las, a Corte estabeleceu um procedimento participativo e gradual para implementar o julgamento. A combinação desses tipos de ordens com mecanismos de monitoramento público criou espaços de deliberação que oferecem alternativas inovadoras e potencialmente democratizantes para a aplicação judicial dos direitos constitucionais.³⁵⁷

Nesse norte, conforme lembra Owen Fiss: “A reforma estrutural é em grande parte distinta pelo esforço de dar significado aos valores constitucionais no que tange ao funcionamento de organizações de grande porte.”³⁵⁸. Ou seja, a Corte, principalmente após as lições aprendidas com os litígios estruturais nos EUA e o ECI na Colômbia, não pretende substituir o Legislativo e o Executivo, mas somar forças, ressaltando as capacidades dos outros poderes e das instituições privadas, com o

³⁵⁵ MACHADO, Daniela Sanclemente; VILLALOBOS, Carlos José Lasprilla. **El juez de Tutela como Arquitecto del Estado Social de Derecho**. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2014.

³⁵⁶ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 48.

³⁵⁷ Ibid, p. 14-15.

³⁵⁸ FISS, Owen. As formas de Justiça. In: WATANABE, Kazuo (et al) (org.). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 123.

objetivo maior de fazer cessar a violação massiva de direitos fundamentais e de concretizar esses direitos.

Nesse sentido: “Seu propósito final não é para pronunciar a última palavra, mas para servir como um catalisador para a atividade administrativa do Estado, a fim de modificar uma realidade contrária aos princípios constitucionais.”³⁵⁹

4.2 NECESSIDADE DE MONITORAMENTO

Com tudo o que foi visto até agora, fica claro que as ações estruturais possuem um largo alcance, alguns até desconhecidos e que vão aparecendo no decorrer do julgamento.

Os resultados de uma ação estrutural não são imediatos e nem se poderia exigir que essa superação ocorresse de forma instantânea, uma vez que a situação inconstitucional também não surgiu do dia para a noite. São situações que se agravaram com o tempo e chegaram a um estágio insuportável de violação de direitos constitucionais e de direitos humanos, não havendo, na maioria dos casos, sequer o mínimo existencial³⁶⁰. Portanto, são situações que, por si só, acabam requerendo uma superação gradual e, conseqüentemente, um monitoramento com avaliação de resultados.

Aliás, um dos pontos de maior destaque da *Sentencia* T-025 foi a manutenção da jurisdição pela Corte. Ao contrário do que havia feito antes, nas outras declarações de Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte colombiana não se resumiu a declarar a inconstitucionalidade da situação a ela exposta. Isso porque, nos demais casos, embora tenha fixado ordens na sentença que declarou o ECI, a Corte não manteve sua jurisdição e, portanto, não teve como fazer uma avaliação dos efeitos de suas declarações e um monitoramento sobre o cumprimento efetivo de suas ordens.

³⁵⁹ IGLESIAS; Edimer Leonardo Latorre. *Litigio estructural y experimentalismo jurídico*: análisis sociojurídico a los cambios generados por la Sentencia T-025 en la población desplazada. Santa Marta: Universidad Sergio Arboleda, 2015, p.35. Disponível em: <<https://docplayer.es/83102898-Litigio-estructural-y-experimentalismo-juridico-analisis-sociojuridico-a-los-cambios-generados-por-la-sentencia-t-025-en-la-poblacion-desplazada.html>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2019.

³⁶⁰ Sobre a conceituação de mínimo existencial ver SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

Assim, a Corte entendeu que deveria manter sua jurisdição até que pudesse ser reconhecida a superação do Estado de Coisas Inconstitucional. “Nos anos seguintes, a decisão foi acompanhada de um processo de monitoramento periódico, público e participativo, que garantiu a validade e a eficácia do processo.”³⁶¹

Eduardo Sousa Dantas destaca que “Sob a perspectiva procedimental, a retenção da jurisdição e/ou a adoção do modelo experimentalista de implementação das ordens estruturais também pode contribuir para a diminuição da discricionariedade judicial.”³⁶²

Consoante lembra Campos, considerando “o alcance das sentenças estruturais, a complexidade das ordens emitidas, a interferência sobre as ações dos poderes políticos e sobre os interesses de diferentes grupos da sociedade civil, e as sérias implicações orçamentárias, surgem, normalmente, dificuldades para a sua implementação.”³⁶³ E são esses elementos: complexidade, multiplicidade de polos envolvidos e superação gradual, que fazem surgir a necessidade de monitoramento.

Ademais, como visto no segundo capítulo, um dos pressupostos do ECI é a necessidade de uma solução a ser alcançada por diversos órgãos. São problemas que exigem solução através de um esforço conjunto de todos os órgãos estatais, entidades privadas e pessoas envolvidas.

Logo, essas circunstâncias requerem a manutenção da jurisdição pela Corte, para que seja possível desempenhar o seu papel deliberativo, coordenador e conciliador a fim de conseguir forçar todos os responsáveis, que até então foram inertes ou ineficientes, a superarem o estado de inconstitucionalidade apresentado; bem como porque essa espécie de litígio exige ordens flexíveis, que possam ser revistas, melhoradas, alteradas, aumentadas a fim de se ajustarem à realidade, aos orçamentos, às capacidades dos órgãos e até mesmo ao seu maior ou menor empenho.

Ressaltado a característica da sequencialidade das ordens nas ações estruturais, Owen Fiss também fala da necessidade de ordens flexíveis:

³⁶¹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 84-85.

³⁶² DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Juruá Editora, 2019, p.110.

³⁶³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.208.

As *structural injunctions* não duram um dia. Eles instituem mudanças dentro da organização que são assumidas, pelo menos no momento em que são criadas, para serem permanentes. Com o tempo, no entanto, é provável que ocorram mudanças [...] e as partes [...] buscarão a modificação da *injunction* original. [...] podem alegar que a *injunction* não é eficaz [...]. Em todos estes casos, seria inapropriado para a corte insistir na rigidez que vem do direito contratual (um acordo é um acordo).

No mesmo rumo, destaca Campos: “Modificar, reduzir ou expandir as decisões estruturais é um importante aspecto de seu sucesso, a pertinência para tanto só é possível verificar por meio de um processo de acompanhamento da fase de implementação das medidas determinadas.”³⁶⁴

A necessidade de monitoramento com ordens flexíveis está diametralmente ligada ao sucesso das medidas. Afinal, “As ordens flexíveis são eficientemente cumpridas se, como visto, a fase de implementação da decisão receber o monitoramento da própria corte.” Por isso, a Corte deve “reter a jurisdição sobre o sucesso dos meios escolhidos”.³⁶⁵

Após os julgamentos anteriores, nos quais o ECI teve pouca eficácia, principalmente no caso do sistema carcerário, a Corte colombiana se preocupou com a eficácia da decisão, com a “sentença em movimento”³⁶⁶. Essa preocupação também foi sentida nos Estados Unidos, de modo que David Rudenstine menciona que a Corte deve reter sua jurisdição durante a fase de execução, além de criar esquemas de monitoramento que possam se comunicar diretamente com ela, durante os processos de implementação, permitindo que a Corte acomode novos e imprevisíveis desenvolvimentos.³⁶⁷

Dentre alguns dos principais instrumentos utilizados para a realização de monitoramento das decisões estruturais, pode-se citar: “Criação de comissões específicas, auxílio de experts, exigência de relatórios periódicos, audiências públicas e ‘autos de acompanhamento’.”³⁶⁸

A partir desses instrumentos, é possível verificar que a importância do monitoramento não decorre apenas da possibilidade de efetiva implantação das

³⁶⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 208.

³⁶⁵ Ibid., p. 252.

³⁶⁶ Ibid., p. 152.

³⁶⁷ RUDENSTINE, David. Institutional Injunctions. **Cardozo Law Review**. Vol. 4, 1983, p613 (campos 208)

³⁶⁸ CAMPOS, op. cit., p. 209.

políticas públicas. Ele traz espaço para os diálogos entre as instituições e para o alcance de uma solução conjunta, proporcionando ainda mais legitimidade democrática para a atuação da Corte e para a construção dos remédios estruturais.

Permite também a prolação de ordens mais genéricas, deixando margem de discricionariedade para o Poder Público no que concerne aos meios a serem utilizados para a concretização dos direitos em debate, o que afasta as objeções de capacidade do Judiciário e de usurpação de função.

Além disso, somente através dele é possível verificar se houve a superação da situação inconstitucional e permitir que a Corte saia de cena. Afinal, lembrando da lição de Fletcher, a legitimação da Corte é excepcional. Nesse norte, Campos conclui que:

Portanto, a retenção da jurisdição pelas cortes no caso dos litígios estruturais, de forma a monitorar a fase de implementação das medidas, possui a virtude de aumentar as chances de sucesso da intervenção judicial, além de melhorar a deliberação social em torno dos temas relevantes. Além do mais, o monitoramento deve oferecer às cortes elementos necessários para que essas possam avaliar o momento em que superadas as condições de inconstitucionalidade que as levaram a decretar a intervenção estrutural. As cortes não podem, por motivos óbvios, manter-se eternamente na vigilância sobre o caso, muito menos assentar o ECI como realidade permanente. Há a necessidade de as cortes apontarem quando e se superado o ECI, o que apenas se mostra possível por meio do monitoramento contínuo da fase de implementação das medidas.³⁶⁹

Conforme visto no segundo capítulo, as audiências públicas foram o principal mecanismo de monitoramento que a Corte Constitucional da Colômbia utilizou no caso dos deslocados forçados, juntamente aos autos de seguimento. “Por meio deles, por exemplo, foram construídos os indicadores de gozo efetivo de direitos resultantes de propostas do governo e da sociedade civil, que se tornaram o parâmetro consensual sobre avanços e retrocessos na situação dos deslocados.”³⁷⁰

Nos Estados Unidos, o auxílio de *experts*, os quais foram chamados de *special masters*, foi muito utilizado. De qualquer modo, ambas as doutrinas ressaltaram a necessidade e a efetividade do monitoramento.

³⁶⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.210.

³⁷⁰ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p.50-59

Importa lembrar, ainda, que o monitoramento e suas ferramentas também afastam a objeção de legitimidade por ausência ou diminuta capacidade do Judiciário sobre a melhor forma ou os meios necessários à concretização das políticas públicas.

Nessa linha, Owen Fiss destaca que “A formulação do decreto estrutural requer um grande volume de conhecimento”, dentre os quais alguns com “expertise técnica”. Contudo, embora o juiz constitucional possa não ter especialização em determinado conhecimento técnico, “ele está em uma posição única de reunir e se beneficiar de todo o conhecimento que está disponível.”³⁷¹

Fiss ainda destaca que o juiz precisa ser muito mais estratégico do que técnico. Isso porque a técnica ele pode reunir, mas ao mesmo tempo ele precisa saber usar o “seu poder de uma forma que evite uma reação ou outros comportamentos que prejudique a eficácia de seu decreto” e impeça-o “de remover a ameaça aos valores constitucionais.”³⁷²

Por fim, vale lembrar que “Ordens flexíveis acompanhadas de monitoramento podem, portanto, ser superiores às detalhadas e rígidas não apenas sob a óptica democrática, mas também quanto aos resultados desejados.”³⁷³

4.3 Necessidade de Diálogos

A necessidade de diálogos resta mais explícita na tese do ECI, podendo-se dizer, após todo o apanhado trazido neste trabalho, que, juntamente ao monitoramento, eles são essenciais para o sucesso na superação da situação inconstitucional. Contudo, também é sentida na doutrina dos litígios estruturais americana, estudada neste trabalho através da obra de Owen Fiss.

Nota-se que ao abrir mais espaço para a atuação dos demais órgãos estatais e também da sociedade civil, a Corte colombiana saiu de uma posição de supremacia isolada, de autoridade, para enaltecer as capacidades de cada entidade envolvida e assim chamá-las à responsabilidade para a construção conjunta da solução; e não apenas para acatar uma ordem da Corte.

³⁷¹ FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 36.

³⁷² Ibid., p. 37.

³⁷³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 252.

Essa atitude gerou um sentimento de participação e de responsabilidade que trouxe mais empenho dos envolvidos na busca de soluções. Desse modo, a Corte ao mesmo tempo que pressionou o Estado e outras entidades, também fomentou a força e a energia desses órgãos para a implantação de soluções. Lembram Garavito e Diana Franco que esse foi apenas um dos diversos efeitos da sentença em estudo.³⁷⁴

Segundo Garavito e Diana, a *Sentencia* T-025 é uma ilustração clara dos mecanismos que caracterizam o ativismo dialógico, principalmente com as audiências públicas que se seguiram após a declaração do ECI. E ressaltam que a importância dos diálogos foi sentida por todos os envolvidos, durante as entrevistas realizadas, dentre as quais destacam a declaração de um funcionário das entidades envolvidas, o qual afirma que: “O que o governo fez é que, quando não concorda com algo ou quando não entende, sentamos em audiências com a Corte e discutimos em audiências.”³⁷⁵

Consoante lembra Campos “O monitoramento, envolvido em audiências públicas e com a participação ampla da sociedade civil, possibilita identificar se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram.” E conclui: “Atuando assim, em vez de supremacia judicial, as cortes, por meio de remédios estruturais flexíveis sob supervisão, promovem o diálogo amplo entre as instituições e a sociedade.”³⁷⁶

De igual modo é a manifestação de Abram Chayes, um dos pioneiros no estudo dos litígios estruturais nos Estados Unidos, juntamente ao Owen Fiss. Veja:

[...] participação judicial não se dá por meio de declarações jurídicas amplas e imutáveis, mas na forma de um diálogo contínuo e experimental com outros elementos políticos – Congresso e o executivo, agências administrativas, profissionais e acadêmicos, a imprensa e o público em geral [...] Em tal cenário, a habilidade de um pronunciamento judicial a se sustentar no diálogo e o poder de a ação judicial gerar consentimento duradouro tornam-se as pedras-de-toque derradeiras da legitimidade. Em minha visão, a ação judicial

³⁷⁴ Conclusão que extrai-se dos relatos das entrevistas realizadas pelo estudo de Garavito e Diana. In: GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 48-52.

³⁷⁵ Ibid., p. 62-67.

³⁷⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 252.

apenas alcança tal legitimidade respondendo, de fato agitando, a profunda e durável demanda por justiça em nossa sociedade.³⁷⁷

Logo, é inegável que os diálogos institucionais no decorrer da ação estrutural conferem legitimidade à Corte constitucional.

Além da legitimidade da Corte por fazer parte de um sistema de governo democrático, conforme visto anteriormente, no primeiro subtítulo deste capítulo, Fiss afirma que nos Estados Unidos, a legitimidade das Cortes e o poder que elas exercem na reforma estrutural ou em qualquer tipo de litigância constitucional, “são baseados também na idoneidade do Judiciário para desempenhar sua característica função social, que é dar aplicação e significado concreto aos valores públicos incorporados à Constituição.”³⁷⁸

Essa idoneidade dos juízes não está associada a aptidões morais especiais, mas ao processo que limita o poder que exercem. Uma das características desse processo é o diálogo através do qual os juízes devem conduzi-lo: eles devem conhecer todos os pedidos, considerar uma grande esfera de interesses, pronunciar-se e também assumir responsabilidade individual por suas decisões.³⁷⁹

No Brasil, essa idoneidade poderia ser entendida a partir do contraditório que o juiz deve, não apenas respeitar, mas promover, afinal é um princípio e uma garantia constitucional. Além disso, ao se atentar para as consequências do julgamento, disposição trazida na recente reforma da LINDB, o juiz observa todos os interesses envolvidos no processo em si e também aqueles que podem ser atingidos pela decisão, mesmo não fazendo parte do processo. Por fim, as responsabilidades individuais por suas decisões estão ficando cada vez mais rígidas, através das regulamentações do CNJ, e intensificar-se-ão com a nova lei do abuso de autoridade.

Assim, pode-se entender que a promoção do diálogo, no caso, pelo STF, não seria apenas uma forma de conferir maior participação das partes, mas uma necessidade imposta pelo ordenamento e um limitador da atuação da Corte em questões que, em princípio, estariam ao largo de sua função.

³⁷⁷ CHAYES, Abram. The role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**. Vol. 89(7), 1976, p. 1.316.

³⁷⁸ FISS, Owen. As formas de Justiça. In: WATANABE, Kazuo (et al) (org.). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 123.

³⁷⁹ Id., Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p 30.

Eduardo Sousa Dantas adverte que:

[...], ao invés de determinar, de imediato, quando do julgamento da ação e de forma isolada, os remédios que serão implementados durante a fase seguinte, o juiz deverá analisar exaustivamente os fatos, as variáveis e as informações produzidas pelas partes durante essa segunda fase, submetendo as medidas interventivas à participação construtiva e ao contraditório das partes e de todos os interessados, o que servirá para conferir maior legitimidade às ordens estruturais, além de diminuir os riscos de equívocos e arbitrariedades.³⁸⁰ (grifo nosso).

Fiss ressalta, ainda, que o juiz deve permanecer independente no que tange aos desejos ou preferências tanto do corpo político quanto dos litigantes particulares que se encontram perante o juízo. Assim, “A especial idoneidade do Judiciário e, conseqüentemente, sua legitimidade, dependem da adesão a essas duas qualidades do processo judicial – diálogo e independência – e não da concordância do povo com decisões particulares ou de sua capacidade para indicar ou remover indivíduos que ocupam cargos públicos.”³⁸¹

Desse modo, verifica-se que é justamente essa independência que faz do Judiciário um poder imparcial e competente para verificar as políticas públicas, quando essas não estão sendo concretizadas pelos poderes competentes.

Nessa linha, os diálogos institucionais vêm para arrebatar com essas questões de legitimidade, pois com a participação de todos na tomada de decisões e de fixação de estratégias pela Corte, não há se falar em ilegitimidade da Corte ou da decisão judicial. Fica afastada também a alegação de falta de capacidade da Corte, pois esta pode chamar especialistas, realizar audiências públicas e valer-se de outros instrumentos que proporcionam a participação de entidades da sociedade civil, como o *amicus curiae*, e, via de consequência, ainda reforçam a democracia.

Fiss ressalta, ainda, que a atuação do Judiciário nos litígios estruturais traz dois problemas principais. Um, refere-se à questão da legitimidade, questão já afastada anteriormente. E o outro se refere ao instrumentalismo, no sentido de saber como realizar a mencionada reforma para que o resultado seja satisfatório. Esse segundo problema pode ser resolvido, essencialmente, pelos diálogos institucionais, conforme visto até agora e aprofundado no próximo capítulo.

³⁸⁰ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Juruá Editora, 2019, p. 111.

³⁸¹ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública**: Processo Jurisdição e Sociedade. Cood. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2. ed. - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017, p. 88-89.

Assim, pretende-se realizar um aprofundamento nas teorias dialógicas para reforçar a ideia de que os diálogos institucionais trazem legitimidade às decisões estruturantes e que o seu uso vem a calhar com os novos rumos do Direito. Um Direito que se preocupa muito mais com a satisfação do que com a declaração, que se preocupa muito mais com o encontro de soluções em conjunto (negócios processuais) do que com a imposição de uma decisão (afastamento da supremacia judicial), que traz uma nova função ao Judiciário: a de coordenação, e que faz repensar a tríade rígida da separação de poderes.

4.4 O QUE APRENDER SOBRE OS LIMITES AO JUDICIÁRIO COM AS EXPERIÊNCIAS AMERICANA E COLOMBIANA

Antes de adentrar no quarto capítulo deste trabalho, é importante tecer algumas considerações sobre alguns limites ao Judiciário, no julgamento dos litígios em debate.

Desirê Bauermann realizou um interessante estudo sobre o cumprimento de sentença das obrigações de fazer ou não fazer no Brasil e nos Estados Unidos. Com isso trouxe importantíssimas considerações sobre os fatores que acarretaram um certo insucesso nos julgamentos americanos envolvendo os litígios estruturais. Considerações que podem ser chamadas de “cuidados” no desenvolvimento dos julgamentos e de suas ordens.

Narra a autora que, a partir da década de 1970, a jurisprudência da Corte americana passou a aplicar a doutrina denominada *equitable standing doctrine* na aferição da possibilidade ou não de conceder *structural injunctions*. Essa doutrina exige que o particular, ao mover uma ação estrutural, prove a existência de prejuízo atual ou futuro aos direitos alegados, não bastando a comprovação de prejuízo anterior.³⁸²

A tendência de trazer mais limites aos juízes foi sentida também na legislação. Um exemplo de limitação dos poderes dos juízes para delinear medidas executórias foi a proibição de determinação judicial de aumento de impostos que visam arrecadar fundos para alcançar a concretização das decisões estruturais.

³⁸² BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: um estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 92.

Ainda houve limitação das medidas àqueles que eram efetivamente prejudicados pelas violações constitucionais.³⁸³

Evidentemente, há uma razão para essas limitações, elas não surgiram do nada. Conta a autora que, na execução promovida em *Jenkins III*, o juiz determinou ao Estado o pagamento de 75% dos custos para a implementação das medidas, o que forçou todos os devedores de impostos a pagar pelo afastamento da violação constitucional e não apenas aqueles que sofreram ou sofriram prejuízo. O juiz determinou, também, programas e construções que beneficiariam todos os estudantes de Kansas City. Assim, a Corte veio a entender que os juízes não poderiam adotar medidas que beneficiassem a todos indiscriminadamente, mas apenas para aqueles que sofreram prejuízo.³⁸⁴

Nesse ponto faz-se necessário lembrar do ECI no julgamento da *Sentencia* T-025. Isso porque, como visto no capítulo anterior, a Corte Constitucional da Colômbia, diante das falhas anteriores, proferiu ordens mais genéricas. Por exemplo, determinou ao Conselho Nacional de Atenção Integral à População Deslocada pela Violência - CNAIPD que, em aproximadamente dois meses, elaborasse um plano de ação para superar o ECI. Nesse plano, deveria especificar as necessidades da população deslocada de acordo com a política pública em andamento, bem como definir o valor orçamentário substancial para cumprir a política pública e qual seria o percentual de participação do Estado no orçamento, com a indicação dos mecanismos de obtenção de recursos, além de um plano de contingência.³⁸⁵

Assim, a Corte colombiana atribuiu a um órgão estatal, de acordo com a sua competência, a tarefa de realizar orçamento e de angariar os recursos respectivos. Desse modo, não se imiscuiu nas funções de legislativa e executiva, apenas exigiu destes que cumprissem sua função. Logo, nesse ponto ela manteve uma postura mais imparcial, ficando mais distante das ferrenhas críticas de ativismo judicial.

No tocante às pessoas atingidas pela *Sentencia* T-025, a Corte colombiana determinou ao CNAIPD a realização de uma relação com todas as pessoas já cadastradas no Sistema Único de Registro, com o número de pessoas em sua

³⁸³ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: um estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 91-92.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 93-94.

³⁸⁵ COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. *Sentencia* T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, não paginado. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>.

localização, bem como quais as suas principais necessidades. Destarte, além das pessoas que estavam envolvidas nas 108 ações, apreciadas em conjunto, a Corte e os demais órgãos passaram a dispor de dados, senão de todos, mas da grande maioria das pessoas deslocadas e de suas principais necessidades, facilitando o atendimento daqueles que realmente estavam sofrendo com a violação de seus direitos.

A *Sentencia* T-025 ainda possuía certa vantagem, pois a discussão sobre os requisitos para considerar uma pessoa em situação de deslocamento forçado já havia sido amplamente discutida na jurisprudência e estava delimitado na Lei n.º 387/1997.

De outro norte, vale destacar que na *Sentencia* T-025 já havia um contexto social, político e jurídico mais favorável do que nos julgamentos *Brown*. Na Colômbia, o governo já havia editado a lei principal sobre o tema (Lei n.º 387/1997), realizado alguns acordos e criando alguns órgãos, embora obtivesse resultados quase insignificativos. Já nos EUA, a Corte foi altamente inovadora tanto no contexto social, uma vez que enraizada a discriminação racial, quanto no contexto político, pois o sistema escolar e de transporte legalizava a separação entre brancos e negros, como no contexto jurídico, onde os precedentes eram contrários à decisão *Brown*.

Segundo Desirê, o juiz do caso *Jenkins III* confiou a um grande número de interventores, comitês especiais, peritos e auxiliares o desenvolvimento do plano para o cumprimento da decisão judicial, transformando o processo em um fórum de debates sobre como alocar recursos. Destacou, ainda, a legislação sobre as ações de reforma das prisões, a qual estabeleceu que a medida da *structural injunction* não pode se estender além do necessário para afastar a violação, devendo ser a menos invasiva possível. Referida legislação limitou o poder de soltar os presos, bem como o uso e a remuneração dos *special masters*.³⁸⁶

Conclui a autora que:

Alguns fatores são imprescindíveis para que o sucesso das medidas impostas pelo Judiciário seja alcançado, como a nomeação de *expert* na área de atuação da instituição na qual se procede à intervenção, determinação de um plano claro de ação, preferencialmente sinalizando a via de saída do Judiciário do papel de interventor, como

³⁸⁶ BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: um estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 94.

também recursos financeiros suficientes para que as obras sejam realizadas.³⁸⁷

Consoante alerta Campos, a sistematização clara e objetiva dos pressupostos para o reconhecimento do ECI evita excessos, conforme já vivenciado pela Corte colombiana, no caso dos notários, e pela maioria das decisões da Corte peruana. O autor ressalta que o respeito aos requisitos definidos para a possibilidade de ser reconhecido um Estado de Coisas Inconstitucional é essencial para o sucesso do ECI e até mesmo para angariar a colaboração dos demais poderes e entidades envolvidos.

Continua o autor afirmando que “A rigidez na identificação desses pressupostos é condição essencial para que o uso do ECI seja racional e objetivo [...] Sem embargo, por mexer na estrutura e na dinâmica de atuação dos outros poderes, a Corte deve ser não apenas cautelosa, mas rígida quanto à configuração e identificação desses pressupostos.”³⁸⁸

Eduardo Sousa Dantas também ressalta que “Esses critérios são importantes na medida em que permitem o enfrentamento das alegações de discricionariedade e arbitrariedades suscitadas por diversos autores”. E salienta:

Portanto, a tentativa de estabelecer parâmetros de atuação claros na imposição das medidas executivas faz com que os riscos de equívocos ou arbitrariedade sejam minimizados, possibilitando que se identifiquem e se separem os casos em que a atuação judicial foi legítima daqueles em que excessos forem eventualmente cometidos. [...] entre as medidas disponíveis, os órgãos judiciais devem escolher as ordens que geram o menor grau de interferência nas atribuições dos órgãos públicos, evitando, por exemplo, interferir em atividades que não estejam relacionadas com a situação que deu causa à ação judicial. [...], evitando medidas excessivamente ambiciosas que onerem demasiadamente o restante da sociedade.³⁸⁹

Talvez, nesse sentido, seja consideravelmente importante o projeto de Lei n.º 8.058/2014, que trata da incorporação do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema jurídico brasileiro.

³⁸⁷ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: um estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 96-97.

³⁸⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 179.

³⁸⁹ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Juruá Editora, 2019, p. 59 e seguintes.

Por outro lado, é interessante a observação feita por Eduardo de Sousa Dantas, citando Arenhardt, no sentido de que o não reconhecimento do ECI, ou seja, o não tratamento do problema como um litígio estrutural também pode produzir efeitos drásticos.

Os referidos autores chegam a essa conclusão analisando o cenário sobre a saúde pública no Brasil, a partir de dados do Tribunal de Contas da União, segundo o qual, em 2014, a nível nacional, houve a concentração dos gastos da saúde na aquisição de medicamentos e procedimentos médicos em detrimento de outras prioridades que atendem aos setores mais necessitados da sociedade. Desse modo, “Essas ações produzem efeitos sistêmicos indesejados sobre o desenho e a eficiência da política pública em termos gerais, que passa a ser ainda mais injusta, confusa e ineficiente”.³⁹⁰ Afinal:

Conforme bem observado por Sérgio Cruz Arenhart, o enfrentamento dessas graves falhas da política pública de saúde através de ações individuais faz com que a questão seja resumida ao confronto entre o direito subjetivo do autor ao remédio ou tratamento adequado em contraposição ao interesse patrimonial do Estado, sendo a solução mais simples e evidente a proteção do direito individual. O autor prossegue argumentando que essas espécies de ações escondem o verdadeiro conflito existente: as falhas estruturais sistêmicas nas políticas públicas de saúde, em todos os níveis (municipal, estadual, federal e nacional).³⁹¹

Por conseguinte, a tese do ECI e a forma de julgamento dos litígios estruturais não pode mais ser ignorada no Brasil, merecendo profundo e amplo estudo.

³⁹⁰ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Juruá Editora, 2019, p. 59.

³⁹¹ Ibid., p. 59.

5 TEORIAS DIALÓGICAS, SUPREMACIA E SEPARAÇÃO DE PODERES A PARTIR DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Depois de verificar a importância e a necessidade dos diálogos no ECI e nos litígios estruturais, em geral, indispensável um aprofundamento nas teorias dialógicas e em seus efeitos diretos e reflexos, especialmente no que toca à separação de poderes.

Importa ressaltar, primeiramente, que a tese do ECI e a doutrina dos litígios estruturais americana foram sendo construídas a partir dos casos levados a julgamento nas Cortes; da postura destas e dos demais órgãos envolvidos; e dos efeitos que retornaram à sociedade após a interferência judicial.

Então, são doutrinas que saem de uma situação fática, passam para uma abstração (um mundo ideal) e retornam para o mundo dos fatos, ou seja, são teorizações nascidas de uma realidade fática, fazendo com que a conceituação de alguns atos não tenha tanta precisão ou congruência com as doutrinas já existentes. Como Susan Sturm destaca, “A tutela jurisdicional dos litígios complexos é uma prática em busca da teoria.”³⁹².

É o que ocorre com a questão dos diálogos do ECI. Isso porque, em vista de tudo o que foi estudado até o momento, verifica-se que os diálogos institucionais mencionados, em especial na tese do ECI, não se referem estritamente aos diálogos institucionais na interpretação da Constituição, consoante enfoque da maioria das doutrinas dialógicas. Quando Garavito e Campos mencionam “diálogos”, observa-se mais uma discussão sobre a necessidade de diálogo na definição e na implementação da política pública do que na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e nos possíveis debates acerca de quem teria a última palavra em termos de interpretação constitucional.

Com efeito, passa-se a fazer um esboço das principais teorias dialógicas para, na sequência, verificar qual delas, analogicamente, melhor se enquadra na questão dos litígios estruturais.

³⁹² STURM, Susan. *In the normative theory of Public Law Remedies*. Columbia Law School, 1991. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1110/> Acesso em: 15 ago. 2019.

5.1 CONCEITO DE DIÁLOGO E CONTEXTUALIZAÇÃO

Inicialmente, antes de trazer uma síntese das teorias, importante apresentar uma noção da expressão “diálogos”, inclusive para facilitar a compreensão do objetivo deste capítulo.

Ao se referir a diálogo, em geral, ele “[...] é confundido com debate, consenso, discussão ou negociação.”³⁹³. Sobre o vocábulo, Antonio Francisco Gomes de Oliveira³⁹⁴ faz pertinente comentário, valendo-se, inclusive, dos estudos da Escola de Diálogo de São Paulo, que realiza importante definição para o termo; embora faça-o em sentido mais genérico, contribuirá sobremaneira para a compreensão dos diálogos institucionais. Veja-se:

[...] O diálogo é uma forma de fazer circular sentidos e significados.
 [...] O Diálogo não é um instrumento que busca levar as pessoas a defender e manter suas posições, como acontece na discussão e no debate. Ao contrário, sua prática está voltada para estabelecer e fortalecer vínculos e ligações, e a formação de redes; para identificar, explicitar e compreender os pressupostos que dificultam a percepção das relações. Daí o nome de ‘redes de conversação’, proposto para as experiências de reflexão conjunta, geração de ideias, educação mútua e produção compartilhada de significados. O Diálogo é, por excelência, o processo através do qual identificamos e questionamos ideias e posições cristalizadas — os pressupostos sobre os quais se apoiam os nossos julgamentos, escolhas, preferências, ações. O Diálogo é mais do que uma técnica: é uma maneira de conduzir conversações que traz uma nova visão de mundo, de relacionamentos e de processos. Ao mesmo tempo, retoma práticas ancestrais de contato e de integração de grupos.³⁹⁵

Logo, muito mais que uma conversa, o Diálogo é um modo de trazer uma nova visão aos interlocutores e a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, participarem do Diálogo. Ressalta a Escola que “Uma parte enorme das interações do dia-a-dia, e daquilo que produzem, pode ser significativamente melhorada com a aprendizagem do Diálogo.”. Continua, ao afirmar, que “Uma sessão de Diálogo é um convite à emergência de ideias novas, novos significados, mais compreensão sobre

³⁹³ LUCA, Andréa Quirino de; ANDRADE, Daniel Fonseca de; SORRENTINO, Marcos. **O Diálogo como Objeto de Pesquisa na Educação Ambiental**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/edreal/v37n2/14.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2019.

³⁹⁴ OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de Oliveira. **Jurisdição Constitucional**. Juruá Editora, 2016. p. 93.

³⁹⁵ DIÁLOGO. In: Escola de Diálogos de São Paulo. Disponível em: <<http://escoladedialogo.com.br/escoladedialogo/index.php/sobre-o-dialogo/>>. Acesso em: 18 set. 2019.

questões [...] Dialogar permite perceber e pensar velhas questões de modo diferente.”³⁹⁶

Desse modo, o Diálogo pode proporcionar um novo olhar sobre questões antigas, bem como a construção de uma nova ideia, de uma nova solução. Afinal o mundo se abre a partir da interação entre as pessoas, possuindo bem menos limites, ou quase nada, quando comparado a um monólogo.

A exemplo, vale lembrar do caso dos deslocados na Colômbia, estudado no segundo capítulo, no qual verificou-se que a abertura ao Diálogo entre os órgãos estatais responsáveis, as entidades privadas e os representantes dos deslocados³⁹⁷ trouxe maiores resultados no desenvolvimento e na implementação das políticas públicas atinentes àquela população, levando a soluções até antes inimagináveis.

Outro ponto importantíssimo sobre os diálogos é a postura das partes integrantes. A disponibilidade para ouvir, para aceitar a ideia da outra parte, para se adequar à ideia do outro ou para aceitar a inclusão de outras pessoas em sua ideia, para se despir de sua concepção e estar aberto à construção ou à adesão a outra ideia. “Para dialogar, o essencial é reaprender a ouvir. O excesso crônico e desequilibrado de ação no mundo atual nos deixa com um déficit nessa capacidade de realmente ouvir o outro.” Nesse tocante a referida escola paulista traz o seguinte questionamento: “E se suspendermos ao menos temporariamente os nossos modos habituais de pensar, nossas ‘certezas’, e conversarmos livremente para ver o que acontece?”³⁹⁸.

A partir disso, constata-se que a disponibilidade da parte ao diálogo permite que pessoas³⁹⁹, ainda que em posições antagônicas, possam chegar a conclusões idênticas e batalhar juntas para a implementação, para a construção de uma nova ideia, ou de uma nova solução, ou até mesmo para a reformulação de ideias/soluções anteriores com grande potencial de melhoramento.

³⁹⁶ DIÁLOGO. In: Escola de Diálogos de São Paulo. Disponível em: <<http://escoladedialogo.com.br/escoladedialogo/index.php/sobre-o-dialogo/>>. Acesso em: 18 set. 2019.

³⁹⁷ Estes, quando faziam parte do processo por si sós, através das 108 ações de tutela apreciadas na T-025, estavam representados por organizações que defendiam seus interesses.

³⁹⁸ DIÁLOGO. In: Escola de Diálogos de São Paulo. Disponível em: <<http://escoladedialogo.com.br/escoladedialogo/index.php/sobre-o-dialogo/>>. Acesso em: 18 set. 2019.

³⁹⁹ Ou, no caso dos diálogos estudados neste trabalho, de instituições, entidades públicas e/ou privadas, a sociedade, o povo.

A referida Escola relacionou oito efeitos da postura dialógica, sendo necessária a sua citação diante da similaridade com diversos efeitos do ECI, vistos no segundo capítulo. Para ela, postura dialógica promove:

1. A inclusão da subjetividade corretamente compreendida, ou seja, a percepção dos fenômenos e seu relato conforme experienciados por cada um;
2. A abertura de um campo comum em que é possível produzir e compartilhar significados, ainda que extremamente diferentes ou até contraditórios;
3. A ampliação desse campo compartilhado, tornando possível produzir novas idéias e visões sobre a realidade, através de uma conexão com o particular e o geral, com as partes e a totalidade;
4. A criação e fortalecimento dos vínculos entre as pessoas, bem como a melhora na qualidade do 'cimento social' dos relacionamentos;
5. A observação do processo do pensamento, por meio do qual se formam julgamentos e preconceitos que dificultam a troca entre os seres humanos, com o ambiente, em todos os níveis;
6. A melhora na comunicação entre as pessoas;
7. O aprendizado de maneiras de lidar com o automatismo concordo-discordo e outros vícios vindos da conversação habitual — cartesiana, competitiva e pouco abrangente;
8. A criação de redes de conversação.⁴⁰⁰

Assim, pode-se destacar a alteração da percepção sobre o fenômeno diante do relato das experiências vividas por cada órgão que já estava tentando implementar a política pública formulada pelo governo antes da T-025. O compartilhamento das experiências, ideias e dados estatísticos entre os envolvidos, seja através das audiências públicas ou dos relatórios, tornou possível o alcance de novas visões sobre a realidade e, conseqüentemente, novas soluções.

Sobressai, ainda, “a criação e fortalecimento dos vínculos entre as pessoas, bem como a melhora na qualidade do 'cimento social' dos relacionamentos”, que ficou evidente no caso da T-025; bem como “a criação de redes de conversação”, que no caso dos deslocados se deu através da Corte e que permitiu o aperfeiçoamento, com maior gozo dos direitos fundamentais, durante o período de monitoramento.

Nessa seara, Roberto Gargarella, ao estudar o constitucionalismo dialógico, destaca que “A possibilidade de desenvolver práticas dialógicas tem sido, desde o

⁴⁰⁰ DIÁLOGO. In: Escola de Diálogos de São Paulo. Disponível em: <<http://escoladedialogo.com.br/escoladedialogo/index.php/sobre-o-dialogo/>>. Acesso em: 18 set. 2019.

início, muito atraente, mesmo para pessoas em posições antagônicas, por razões também diversas.”⁴⁰¹.

Interessantíssima, ainda, a observação do referido autor no sentido de que “A linguagem do diálogo implica, em si mesma, uma conotação emocional favorável, na medida em que apela a uma solução civilizada e respeitosa de conflitos, às vezes marcada por antagonismos políticos.”⁴⁰² Isso porque, quando se está a falar em interação entre poderes, há sempre uma questão emocional subjacente atrelada ao orgulho/ego/competição.⁴⁰³ De modo que, por exemplo, questões sobre quem tem a última palavra sobre a Constituição travam longos debates. Evidentemente, que não apenas em razão da emoção, mas esta, exerce forte peso, o que não é novidade ao lançar um olhar para a história da humanidade, a qual sempre foi marcada por batalhas, disputas, e também acordos.

Nesse contexto, vale destacar que, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a questão de diálogos, e acordos deles decorrentes, tem se intensificado. A exemplo das “comunidades”⁴⁰⁴ entre países, como a União Europeia⁴⁰⁵, nas quais todos os países aderentes abrem mão de um pouco de sua soberania para aceitar regras externas, até mesmo jurisdicionais através das diversas cortes internacionais.

Gargarella lembra que “a ideia de diálogo democrático alcançou um prestígio significativo nas ciências sociais, particularmente desde que as ‘teorias da comunicação’ do final do século XX o deram (Habermas 1996, Bohman & Rehg

⁴⁰¹ GARGARELLA, Roberto. **O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos**, 2014, p. 1-33. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>. Acesso em 02/09/2019.

⁴⁰² Ibid., p. 1-33.

⁴⁰³ Nesse sentido, sobre a questão do poder e a necessidade de exercê-lo em rede, encontra-se a lição de Michel Foucault: “O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão [...]”. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 25. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008. P.183.

⁴⁰⁴ Deixa-se entre aspas a palavra comunidade, para fazer ressalva em seu sentido, porque aqui não se quer referir a comunidades no sentido literal da palavra, mas de uniões que se firmaram e se fortaleceram em face de laços de interesse.

⁴⁰⁵ Usou-se o exemplo da União Europeia, porque em comparação com outros blocos regionais, é o bloco em que houve maior interação e declinou-se um pouco mais da soberania, em razão da desnecessidade de procedimento de internalização das decisões do bloco. Para maior aprofundamento ver: VIEIRA, Luciane Klein. **La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función del Derecho Internacional Privado**. 1ª ed. Cidade Autónoma de Buenos Aires: Laley, 2017; GOMES, Eduardo Biacchi. A supranacionalidade e os blocos econômicos. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 38, n. 0, 2003. p. 159-183. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v38i0.1767>>. Acesso em: 30 set. 2019.

1997, Nino 1991, 1996).” E destaca que “uma das principais atrações desse tipo de solução” tem sido “a proposta de que os diferentes poderes do governo cheguem a acordos ‘conversacionais’”, o que “afasta medos e críticas relacionados à ‘imposição’ de soluções ‘de cima’” e traz a ilustre promessa de “acabar com as objeções democráticas tradicionais à revisão judicial, baseadas nas fracas credenciais democráticas do Judiciário ou nos riscos de que ‘impor a última palavra’ afeta o significado e o objetivo da democracia constitucional.”⁴⁰⁶

Assim, com essa visão sobre o que significa Diálogo, sobre sua importância tanto na esfera externa/internacional, como interna/nacional, e sobre a “solução civilizada e respeitosa de conflitos”⁴⁰⁷ que ele proporciona, passa-se a relacionar uma síntese das principais teorias dialógicas, com base, especialmente, na obra de Christine Bateup⁴⁰⁸, que tem sido forte referência na maioria dos trabalhos sobre Diálogos Institucionais ou Constitucionais⁴⁰⁹.

5.2 TEORIAS DIALÓGICAS

O período da história mundial, que se iniciou após a segunda grande guerra, trouxe grandes mudanças na concepção de direitos fundamentais, movidas pela necessidade de juridicização, proteção e garantia desses direitos. Acarretou um movimento de constitucionalização de direitos fundamentais, a fim de ofertar essa maior proteção, e um aprofundamento crescente da teoria constitucional sobre a forma de ofertá-los e de concretizá-los.

Nessa toada, “O final do século XX é marcado por importantes modificações na tradicional forma de proteção de direitos fundamentais [...] emerge um modelo alternativo aos tradicionais modelos de supremacia judicial e supremacia

⁴⁰⁶ GARGARELLA, Roberto. **O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos**. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>. Acesso em 02/09/2019.

⁴⁰⁷ Expressão usada por GARGARELLA, Roberto. **O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos**. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>. Acesso em 02/09/2019.

⁴⁰⁸ BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**. Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>. Acesso em: 2 set. 2018.

⁴⁰⁹ Mencionou-se diálogos institucionais ou constitucionais porque eles são tratados como sinônimos na doutrina, consoante explica OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição Constitucional**. Juruá Editora, 2016, p.96-102.

legislativa.”⁴¹⁰, o modelo dialógico. Consoante Bateup⁴¹¹ e também Gargarella⁴¹², nos últimos anos, o ‘diálogo’ tornou-se uma metáfora cada vez mais presente dentro da teoria constitucional.

Chamando de terceira via, que surge entre a lógica binária tradicional da supremacia, ou seja, ora supremacia judicial, ora supremacia legislativa, Antonio Francisco Gomes de Oliveira afirma que:

Trata-se do surgimento de um modelo dialógico, compartilhador de responsabilidades entre os três poderes que, entre outras características, destaca-se por refutar o insulamento das instituições na resolução de controvérsias envolvendo a interpretação e proteção de direitos constitucionais – nomeadamente direitos fundamentais – e assim minimizar a tensão entre revisão judicial e escolhas democráticas.⁴¹³

Bateup anota que a expressão diálogo “É mais comumente usado para descrever a natureza das interações entre os tribunais e os ramos políticos do governo na área da tomada de decisões constitucionais, particularmente em relação à interpretação de direitos constitucionais.” E ressalta a autora que:

As teorias do diálogo enfatizam que o judiciário não tem (em matéria empírica) nem deve (como matéria normativa) ter o monopólio da interpretação constitucional. Pelo contrário, ao exercer o poder de revisão judicial, juízes participam de uma conversa interativa, interconectada e dialética sobre significado constitucional. Em resumo, juízos constitucionais são, ou idealmente deveriam ser, produzidos através de um processo de elaboração compartilhada entre o judiciário e outros atores constitucionais.⁴¹⁴

Gargarella aduz que “Nos últimos anos proliferaram, em todo o Ocidente, inúmeras formas de ação que, embora ainda enquadradas no tradicional molde

⁴¹⁰ OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição Constitucional**. Juruá Editora, 2016, p.96.

⁴¹¹ BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**. Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p.1-2. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>. Acesso em: 2 set. 2018

⁴¹² GARGARELLA, Roberto. **O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos**. p.1-2. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>>. Acesso em 02 set. 2019.

⁴¹³ OLIVEIRA, op. cit., p. 96-97.

⁴¹⁴ BATEUP, op. cit., p. 2.

institucional dos freios e contrapesos, podem ser consideradas respostas de acordo com os ideais do diálogo constitucional.”⁴¹⁵

Bateup é enfática ao afirmar que “As teorias do diálogo constitucional proliferaram nos últimos tempos por causa do potencial que muitos veem para resolver a legitimidade democrática associado à revisão judicial”⁴¹⁶, potencial, inclusive, que é objeto deste trabalho no tocante aos litígios estruturais e a possibilidade de construção conjunta das políticas públicas necessárias à superação do estado de inconstitucionalidade existente em uma sociedade democrática de direito. Até porque, “As teorias do diálogo constitucional oferecem uma forma alternativa de preencher a lacuna de legitimidade.”⁴¹⁷.

Logo, quando se fala em teorias dialógicas, pretende-se referir ao grupo de teorias que, apesar da heterogeneidade de estudiosos com opiniões pluralizadas, buscam, em geral, um rearranjo da jurisdição constitucional, indo além dos modelos de supremacia judicial ou legislativa. Tudo a fim de encontrar um reequilíbrio entre os poderes políticos, com a premissa que a força deve prevalecer não na jurisdição constitucional, mas sim nos direitos em si.⁴¹⁸

Essas teorias ocupam um espaço entre as teorias da supremacia judicial e parlamentar. Segundo Hübner aceita-se tanto a falibilidade das instituições quanto os benefícios de sua comparação, com o objetivo de desenvolver condições reais de concretização de valores públicos por meio de um esforço comum entre os diversos órgãos estatais.⁴¹⁹

Destarte, imperioso trazer as principais características dessas teorias, relacionadas por Antonio Francisco Gomes de Oliveira:

⁴¹⁵GARGARELLA, Roberto. **O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos**. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>>. Acesso em 02 set. 2019.

⁴¹⁶BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**. Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p.1. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>. Acesso em: 2 set. 2018.

⁴¹⁷Ibid, p. 2.

⁴¹⁸OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição Constitucional**. Juruá Editora, 2016, p.98-99.

⁴¹⁹MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política, 2008, p.95-96. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES> Acesso em: 15 de agosto de 2019.

[...] principais características são: objeção à visão juriscêntrica e do monopólio judicial na interpretação da Constituição; refutação da existência de uma última palavra no controle de constitucionalidade; previsão de alguma forma de controle político para a hipótese de uma eventual transgressão de direitos; autorização do controle de constitucionalidade como opção ao desacordo político; previsão de meios institucionais para que pessoas se oponham às decisões dos tribunais, das quais discordem, por meios alternativos que não apenas a emenda constitucional ou a recomposição da Corte.⁴²⁰

Nesse sentido, José Ribas Vieira e Vanice Regina Lírio do Valle, em conjunto com outros autores, destacam os principais vetores que surgem, mesmo com a diversidade de concepções, a partir das teorias dialógicas:

- a) restabelecer o reequilíbrio entre poderes, na busca de uma legitimidade democrática;
- b) articular a defesa de um *weak judicial review*⁴²¹ como contraponto aos riscos de um ativismo judicial;
- c) assegurar a concretização de direitos fundamentais, notadamente em favor de seguimentos minoritários.⁴²²

A partir dessas premissas, traz-se abaixo uma síntese sobre as principais teorias dialógicas, a partir do estudo de Christine Bateup, a qual conseguiu realizar uma sistematização das diversas teorias, através das contribuições de vários cenários nacionais. Destaca, inclusive, que, apesar da contribuição norte-americana⁴²³, as teorias dialógicas são ainda mais difundidas fora dos Estados Unidos.⁴²⁴

Assim, a referida autora dividiu as teorias dialógicas em dois grandes grupos, a partir dos seus principais pontos de convergência. São eles: o grupo de teorias sobre o método judicial e o grupo de teorias estruturais do diálogo.⁴²⁵ Sobre o assunto o autor brasileiro Conrado Hübner Mendes também realizou importante trabalho no estudo dessas teorias, chamando as teorias quanto ao método judicial

⁴²⁰ OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição Constitucional**. Juruá Editora, 2016, p.99.

⁴²¹ O termo utilizado pela autora, refere-se ao chamado controle de constitucionalidade fraco.

⁴²² SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMANN, José Guilherme [et al]. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p.91-92.

⁴²³ Isso porque: O próprio histórico estadunidense é abundante em exemplos, nos quais certas decisões antimajoritárias tiveram dificuldade de ser concretizadas, tendo em vista a falta de apoio político e obediência voluntária. Como exemplo emblemático, pode-se citar o *leading case Brow v. Board of Educations of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) In: OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição Constitucional**. Juruá Editora, 2016. P. 100-101.

⁴²⁴ BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**. Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p.3. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>. Acesso em: 2 set. 2018.

⁴²⁵ Ibid., p. 3-5.

também de diálogo endógeno, e as teorias quanto a estrutura do diálogo de diálogo exógeno, com uma abordagem um pouco diferente de Bateup.⁴²⁶

5.2.1 As Teorias Dialógicas quanto ao Método Judicial

Bateup, ressalta que a característica unificadora dessas teorias, encontra-se na defesa de seus teóricos sobre “o uso autoconsciente de certas técnicas de tomada de decisões judiciais, para permitir aos juízes estimular e encorajar um debate mais amplo, sobre o significado constitucional com os ramos políticos do governo, tanto internamente quanto entre os poderes.”⁴²⁷

Sobre essas teorias, Bateup apresenta três subdivisões, a saber: teorias do aconselhamento judicial; teorias centradas no processo e teorias sobre o minimalismo judicial.

5.2.1.1 Teorias do Aconselhamento Judicial

Conjugam-se sob esta denominação as teorias dialógicas que sugerem aos juízes que utilizem uma gama de técnicas proativas de interpretação e construção da decisão, para recomendar aos demais poderes formas de atuação que não venham a infringir a Constituição. Essas formas de aconselhamento não são obrigatórias, ou seja, como o próprio nome sugere, são apenas sugestões, sem qualquer vinculação ou obrigatoriedade.

Em síntese, o objetivo é trazer um aprendizado aos ramos políticos para que a elaboração ou modificação da legislação em vigor ocorra em consonância com a Constituição, afastando-se de um futuro controle de constitucionalidade.

⁴²⁶ “Dividem-se em duas categorias gerais. A primeira propõe uma teoria da decisão judicial que leve em conta a interação com o legislador. Não se trata propriamente de um método de interpretação, mas de uma demanda de que a corte reconheça e participe do diálogo. É uma forma de compreensão normativa do seu papel. A segunda define o diálogo como produto necessário da separação de poderes, uma decorrência do desenho institucional, não necessariamente da disposição de qualquer dos poderes por ‘dialogar’.” In: MENDES, Conrado Hübner. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política, 2008, p.99. Disponível em:

<www.teses.usp.br> teses > publico > TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES>

Acesso em: 15 de agosto de 2019.

⁴²⁷ BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue.** Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p.17. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>. Acesso em: 2 set. 2018.

Segundo a autora, existem duas maneiras principais pelas quais os juízes podem utilizar técnicas de aconselhamento no contexto de casos específicos. Na primeira, identificada como *constitutional roadmaps*, isto é, roteiros constitucionais, os juízes não apenas declararam inconstitucionalidade, mas também apontam os caminhos possíveis de tratamento da matéria, permitindo aos demais poderes, em especial o Legislativo, uma atuação corretiva.

A segunda maneira de atuação do Judiciário, consiste em não declarar a inconstitucionalidade da legislação, indicando apenas as fragilidades da solução existente, numa forma de estímulo aos demais poderes para revisar os estatutos a fim de evitar ambiguidades e imprecisões da lei. Ou ainda, indicando os limites a partir dos quais os demais poderes poderão adentrar na violação constitucional.

Bateup ressalta que os teóricos que defendem o aumento do uso de conselhos judiciais acreditam que a emissão proativa de conselhos cria as condições para um diálogo produtivo, entre os tribunais e os ramos políticos, sobre o significado e a responsabilidade constitucional; bem como permitem aos juízes proativamente proteger os direitos e, ao mesmo tempo, facilitar respostas políticas, em vez de judiciais, o que fortalece o autogoverno e a responsabilidade popular, aliviando também as preocupações sobre a dificuldade contra-majoritária.

5.2.1.2 Teorias Centradas no Processo ou de Respeito às Regras Processuais

Nesta categoria, a autora reuniu as teorias que possuem como característica preponderante a “preocupação de vislumbrar no Judiciário um órgão controlador do procedimento majoritário, ao tempo em que também reserva espaço ao parlamento para desempenhar sua função precípua dentro da lógica de repartição de funções.”⁴²⁸.

Não se trata de simples preocupação formal, “mas sim de garantir que atores políticos, no momento de promulgar leis e tomar decisões sobre políticas públicas, possam levar em consideração valores constitucionais substantivos.”⁴²⁹.

Para esta teoria, o núcleo do diálogo “reside no fato de que a pronúncia de inconstitucionalidade permitirá ao Legislativo lançar um segundo olhar sobre o tema

⁴²⁸ OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição Constitucional**. Juruá Editora, 2016, p. 103.

⁴²⁹ Ibid., p. 103.

que, na compreensão da Corte Constitucional, tenha sido tratado de forma apressada, ou superficial, sempre em risco à legitimidade da decisão.”⁴³⁰.

Os teóricos defensores dessa teoria anotam que a doutrina do “segundo olhar”⁴³¹ acentua o diálogo, porque pressupõe uma resposta do Legislativo à declaração de inconstitucionalidade, com uma nova solução legislativa, mais coerente com a Constituição e ainda assim passível de nova análise do Judiciário, caso necessite.

Segundo Bateup, “Enquanto os juízes devem oferecer definições provisórias de direitos ao desempenhar este papel, o legislador pode rejeitar estas sugestões se decidir reencenar a lei” e, através da regra do segundo olhar, “os juízes podem reforçar a responsabilidade legislativa, deixando a legislatura democraticamente eleita com o potencial de ter a palavra final.” Assim, para os proponentes desta teoria ela permite que “os juízes iniciem um processo de diálogo com e entre os agentes políticos, levando à elaboração compartilhada do significado constitucional.”⁴³²

E continua a autora, afirmando que “O papel dialógico do judiciário nessas interações é duplo. Primeiro, o uso dessas regras permite que os juízes recuem de forma conclusiva ao decidir casos, a fim de aumentar o espaço disponível para a deliberação democrática.” Porém, “ao mesmo tempo, a teoria continua a propor um papel ativo para o judiciário no diálogo constitucional”, pois as regras centradas no processo encorajam os juízes a declarar a inconstitucionalidade quando os ramos políticos não prestaram atenção suficiente a valores constitucionais.⁴³³

Assim, o papel correspondente dos ramos políticos neste diálogo é responder às decisões judiciais de maneira aberta, fundamentada e cuidadosa em decisões políticas futuras com níveis apropriados de cuidado e deliberação. De modo que, conforme Bateup, “essa abordagem é uma melhoria nas teorias dialógicas do aconselhamento judicial, uma vez que reconhece que legislaturas podem e se engajam na consideração de princípio ao interpretar a Constituição, mas às vezes

⁴³⁰ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMANN, José Guilherme [et al]. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93.

⁴³¹ A doutrina do “segundo olhar” foi proposta por Guido Calabresi, *The Supreme Court 1990 Term, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, 105 HARV. L. REV. 80, 104 (1991).

⁴³² BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**. Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p.20. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>. Acesso em: 2 set. 2018.

⁴³³ Ibid., p. 15-21.

elas precisam ser mais sinceras e abertas sobre seu tratamento aos direitos constitucionais.”⁴³⁴

5.2.1.3 Teorias sobre o Minimalismo Judicial

Por fim, a terceira vertente da subdivisão das teorias do método judicial refere-se às teorias do minimalismo judicial, que, diversamente das teorias anteriores, “não fomenta atitudes positivas do Poder Judiciário em detrimento dos poderes políticos, mas sim uma menor interferência no momento de julgar como forma de possibilitar o aumento do espaço para escolhas democráticas.”⁴³⁵

Bateup lembra que essa abordagem à tomada de decisões judiciais pode ser rastreada para o trabalho de Alexander Bickel, o qual foi um grande defensor do passivismo judicial ou autocontenção judicial. Apesar da defesa pela pouca, ou nenhuma interferência judicial em determinados casos, a autora lembra que o minimalismo judicial também possui um importante viés dialógico⁴³⁶ e lembra do trabalho de Cass Sunstein, o qual aponta como virtudes do pronunciamento judicial o seu caráter restritivo e raso e que não se aplique a outros casos além daquele sob apreciação, evitando valorações acerca de questões atinentes a princípios que circundam o caso.⁴³⁷

Assim, “as técnicas do minimalismo judicial são uma forma passiva de participação no diálogo constitucional, uma vez que permitem aos juízes abrir um diálogo com os ramos políticos do governo que serve para incentivar a resolução política de questões constitucionais que são objeto de desacordo.”⁴³⁸

Bateup pondera que, sem embargo de o próprio Sunstein não descrever o minimalismo judicial como uma teoria dialógica, a assertiva inversa é defendida por uma série de estudiosos. Isso porque a técnica do silêncio judicial pode responder bem à dificuldade contramajoritária, às inquietações como a distorção política e à

⁴³⁴ BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue.** Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p.20. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>. Acesso em: 2 set. 2018, p. 26-31.

⁴³⁵ OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição Constitucional.** Juruá Editora, 2016. p.104.

⁴³⁶ BATEUP, op. cit., p. 26-31.

⁴³⁷ BRANDÃO Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais.** 2ª Ed., Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 227-229.

⁴³⁸ BATEUP, op. cit., p. 28-35.

fragilidade democrática⁴³⁹ e traz “recados aos legisladores de que não podem protelar para os juízes a resolução de questões constitucionais controversas.”⁴⁴⁰.

Em síntese, a possibilidade do Judiciário de não decidir acaba acarretando um alargamento da margem de reflexão e discussão no meio político, estimula os atores políticos a fundamentarem suas decisões, permitindo conferir a última palavra de maneira persuasiva ao julgamento do povo.⁴⁴¹

5.3 TEORIAS ESTRUTURAIS DO DIÁLOGO

Conforme Bateup, “As teorias estruturais do diálogo baseiam-se no reconhecimento de que existem mecanismos políticos dentro dos sistemas constitucionais que permitem aos atores responder a decisões judiciais em caso de desacordo.” A partir disso, o “diálogo sobre o significado constitucional surge quando esses mecanismos de resposta estão engajados, permitindo que um processo dinâmico de vai-e-vem entre juízes e outros atores constitucionais.” Contudo, as teorias mais promissoras do diálogo seriam aquelas que são capazes de propor um papel judicial único que não privilegie as contribuições dialógicas dos juízes.

Ao sistematizar as teorias, a referida autora subdivide as teorias estruturais do diálogo em quatro subgrupos, a saber: teoria de construção coordenada; teorias de princípios jurídicos; teorias do equilíbrio; e teorias da parceria. A seguir, serão abordadas as principais características de cada uma delas.

5.3.1 Teorias de Construção Coordenada

Nas teorias relacionadas sob essa denominação “estão inclusas aquelas que vislumbram a interpretação constitucional não como norma tutelada exclusivamente por um guardião”⁴⁴², mas sim como uma tarefa compartilhada entre os diferentes ramos do poder. “Destaca-se como seu ponto marcante a possibilidade de, existindo um desacordo, os demais poderes disporem da prerrogativa de instarem a Corte por

⁴³⁹ BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue.** Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p.20. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>. Acesso em: 2 set. 2018, p. 26-31.

⁴⁴⁰ OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição Constitucional.** Juruá Editora, 2016, p.105.

⁴⁴¹ Ibid., p.105.

⁴⁴² Ibid., p. 106.

intermédio de mecanismos apropriados para interagir na modulação do significado constitucional.”⁴⁴³

Bateup afirma que “A construção coordenada é a mais antiga concepção de interpretação constitucional como uma empresa compartilhada entre os tribunais e os ramos políticos do governo, tendo sido primeiramente defendida por James Madison”. Ressalta que, embora Madison reconhecesse que as questões de interpretação constitucional geralmente não caíam no judiciário, Madison rejeitou a opinião de que decisões judiciais tinham um *status* único, já que a Constituição não previa qualquer autoridade específica para determinar os limites da divisão de poderes entre os diferentes ramos. No mesmo sentido, cita Thomas Jefferson para o qual cada ramo do governo tem responsabilidade de interpretar a Constituição no que diz respeito às suas próprias funções.⁴⁴⁴

Nesse norte, Antonio de Oliveira destaca os estudos de Louis Fischer, o qual concluiu que nenhuma instituição detém a última palavra, uma vez que as instituições, principalmente as Cortes, são continuamente avaliadas e provocadas enquanto não houver uma decisão que traga um mínimo consenso deliberativo. De modo que o consenso sobre a interpretação constitucional seria alcançado a partir do diálogo das três instituições. Traz ainda a contribuição de J. Mitchell Pickerril para afirmar que “o produto final da política pública será fruto da interação entre os poderes, marcado por concessões recíprocas, em que cada um deles sai ganhando, sem, de regra, passar pelo desgaste de um duelo entre tudo ou nada.”⁴⁴⁵

Bateup anota que “essa compreensão do diálogo também é apoiada como maneira normativamente desejável” na construção do significado constitucional a ser desenvolvido ao longo do tempo [...] “porque tal ‘intercâmbio vigoroso’ entre atores iguais resulta em uma interpretação mais ‘vibrante e durável’ da Constituição.”⁴⁴⁶

Na explanação desse grupo de teorias, Bateup traz ensinamentos que se coadunam com o significado de diálogo, visto no início deste capítulo, ao afirmar que, para alcançar respostas mais estáveis e amplamente aceitas, parece mais viável se as diferentes partes dialogarem sobre seus pontos de vista e estiverem dispostas a aprender com as perspectivas uns dos outros.

⁴⁴³ OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição Constitucional**. Juruá Editora, 2016, p. 106.

⁴⁴⁴ BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**. Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p.33-40. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>. Acesso em: 2 set. 2018.

⁴⁴⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 106.

⁴⁴⁶ BATEUP, op., cit. 30-38.

Finaliza, aduzindo que haveria a necessidade de encontrar uma teoria que proponha algum papel institucionalmente único aos juízes, pois se nas teorias de construção coordenada o Judiciário é visto apenas como mais um intérprete, então esse papel poderia ser melhor desempenhado por um instituição não judiciária e possivelmente mais democrática.

Nesse norte, essencial trazer a lição de José Ribas e outros, segundo os quais “A concepção mais recente da construção coordenada reconhece a possibilidade de a corte empreender o controle da interpretação constitucional construída pelos demais braços do poder.” Sem, evidentemente, retirar dos outros poderes a prerrogativa, em caso de desacordo, de reedição do ato ou de oferta dos recursos disponíveis.⁴⁴⁷

5.3.2 Teorias de Princípios Jurídicos

Diferentemente da teoria da construção coordenada, “as positivas *teorias do princípio judicial* propõem que os juízes desempenhem uma função dialógica única, baseada em sua competência institucional especial em relação a questões de princípio.” Contudo, se houver erro do Judiciário na interpretação dos princípios jurídicos, há a possibilidade de controle pelos demais poderes políticos, momento em que surgiria o diálogo.⁴⁴⁸

Bateup também subdivide esta teoria de acordo com a forma de diálogo, em duas outras nominadas de “princípios e controle político sobre a Corte” e “princípio e articulação legislativa da política”.

5.3.2.1 Teorias de Princípios e Controle Político sobre a Corte

Esta teoria defende a ideia de que embora admita-se que o “Poder Judiciário goze de certo privilégio para trabalhar com questões de natureza principiológica, não se pode afastar a possibilidade de o referido Poder vir a incidir em erro.” Desse modo, cabe aos poderes políticos a fiscalização do bom desempenho e habilidade dos juízes, o que contribui para minimizar as preocupações com a legitimidade das

⁴⁴⁷ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMANN, José Guilherme [et al]. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p.95.

⁴⁴⁸ BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**. Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p.41. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>. Acesso em: 2 set. 2018.

decisões judiciais, pois com a fiscalização pelo ramo político elas estarão sujeitas a revisão democrática.⁴⁴⁹

Conforme lembra Bateup, essa ideia de habilidade especial do judiciário, em razão da sua situação de isolamento político, foi iniciada por Bickel. Porém, posteriormente o referido autor distanciou-se da aludida ideia, em razão de ter constatado a existência de falhas consideráveis praticadas pelos tribunais. A ideia encontra acolhimento, ainda, na famosa “cláusula não obstante” da Carta de Direitos Canadense de 1982.⁴⁵⁰

Contudo, esta teoria sofre críticas em razão de sua contradição, uma vez que se a Corte possui habilidade especial para lidar com questões de princípio, não faria sentido conferir ao ramo político a sua fiscalização.⁴⁵¹

5.3.2.2 Teorias de Princípio e Articulação Legislativa da Política

Por esta denominação, compreendem-se as das teorias de princípios jurídicos que alteram o foco de preocupação, saindo da pressão dos poderes políticos em corrigir o Judiciário e, passando pela adição do diálogo substantivo por intermédio do Poder Legislativo, em razão de sua competência institucional para lidar com questões que envolvem políticas públicas. O diálogo surgirá quando o Legislativo, a partir de uma questão de princípio decidida pelo Judiciário, articule com uma visão mais ampla dos objetivos políticos.⁴⁵²

Segundo a autora, essa teoria falha ao reconhecer no Judiciário uma capacidade superior no tocante a questões de princípios, de modo que o diálogo tem como eixo central o Judiciário, relegando um papel inferior, com atuação apenas reativa, ao Legislativo.⁴⁵³

⁴⁴⁹ OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição Constitucional**. Juruá Editora, 2016, p.108.

⁴⁵⁰ BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**. Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p. 41-49. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>. Acesso em: 2 set. 2018; OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição Constitucional**. Juruá Editora, 2016, p.109, p. 41-42.

⁴⁵¹ Ibid., p. 42-43.

⁴⁵² Ibid., p. 44-47.

⁴⁵³ Ibid., p. 49.; Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMANN, José Guilherme [et al]. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 96-97.

5.3.3 Teorias do Equilíbrio

Nesta subdivisão estariam as teorias que não encaram o Poder Judiciário como possuidor de papel especial para lidar com questões de princípio. Elas enaltecem a contribuição da sociedade no processo interpretativo, sendo que “Ao Judiciário, então, tocará a função mediadora, permitindo, portanto, o equilíbrio.”, atuando como uma instância de discussão. Bateup destaca que nesta teoria encontram-se autores como Barry Friedman.

Ressalta a autora que, embora as teorias de equilíbrio já sejam melhores que as demais, ela falha quando engloba a sociedade no diálogo de forma ampla que acaba por ignorar a interação institucional entre os poderes nas questões de menor apreço popular.⁴⁵⁴

5.3.4 Teorias da Parceria

A última teoria relacionada por Bateup é a teoria da parceria. Por essa subdivisão entende-se as teorias, cujo “O *modelo de parceria de diálogo* é centrado no reconhecimento de que os setores do governo diferentemente situados podem fazer contribuições distintas para o diálogo constitucional de uma forma que não privilegie o papel judicial.” E continua, ressaltando que nesta teoria “cada ramo do governo pode aprender com as contribuições dialógicas específicas dos outros setores em uma ordem constitucional institucionalmente diversa.” De modo que “os atores judiciais e não judiciais são concebidos como participantes iguais na tomada de decisões constitucionais, e ambos podem contribuir dialogicamente para a busca de melhores respostas como resultado de suas perspectivas institucionais únicas.”⁴⁵⁵

Para a autora, a combinação das duas perspectivas, a legislativa, com mais habilidade para estabelecer políticas públicas, e a judicial, destinada a interpretar o sentido da Constituição, seria um ótimo caminho para o diálogo fortalecer os direitos

⁴⁵⁴ BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue.** Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p.70. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>. Acesso em: 2 set. 2018; Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMANN, José Guilherme [et al]. **Diálogos institucionais e ativismo.** Curitiba: Juruá, 2012, p. 97-99.

⁴⁵⁵ Ibid., p. 49-56.

fundamentais. Contudo, a falha desta teoria residiria no fato de que não abriria o diálogo para a participação social.⁴⁵⁶

5.3.5 Fusão Dialógica

Diante dos benefícios e falhas das teorias sistematizadas, Bateup propõe a fusão dialógica, como a mais próspera entre as teorias dialógicas. Essa proposta decorre da fusão entre as teorias de equilíbrio e de parceria, com o fim de reconciliar a participação democrática da sociedade no modelo de parceria, sem deixar de lado as interações entre o Judiciário os demais poderes políticos. O objetivo seria a possibilidade de se alcançar um consenso maior, resistente e aceito pelos próprios cidadãos. Poderes assim separados, mas ao mesmo tempo interligados na função de buscar o sentido da Constituição.⁴⁵⁷

5.4 A RESPOSTA COMO ELEMENTO ESSENCIAL PARA O DIÁLOGO

Consoante Espíndola, percebe-se que as teorias dos diálogos institucionais possuem um instrumento ou prerrogativa por meio do qual um Poder poderá questionar a legitimidade da autoridade do outro. Contudo, caso exista omissão por parte de um Poder e este permaneça inerte, não haverá substancialmente um diálogo, mas apenas uma anuência para legitimar a autoridade do outro Poder. Assim, se a Corte ou o Parlamento venham a agir de forma ativista, parece não haver problema se o outro Poder também responder de forma proativa.⁴⁵⁸ Nesse norte Hübner destaca que “parlamentos e cortes têm legitimidade para serem ativistas à medida que se engajem no diálogo”⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue.** Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p.70. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>. Acesso em: 2 set. 2018; Cecília de Almeida; SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMANN, José Guilherme [et al]. **Diálogos institucionais e ativismo.** Curitiba: Juruá, 2012, p. 99-100.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 76-83; Ibid., p. 100-101.

⁴⁵⁸ FERREIRA, Ruan Espíndola. Possibilidade de Aplicação das Teorias dos Diálogos Institucionais no Ordenamento Brasileiro: um estudo sobre a inconstitucionalidade por omissão. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 2014, p.106. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/PossibilidadeAplicacaoTeorias>> Acesso em: 25 de julho de 2019.

⁴⁵⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências

Para o contexto brasileiro Espíndola ressalta que não se faz necessária uma contenção absoluta do Poder Judiciário, pois há diversos casos de acerto. Assim, o autor trabalha com a proposta da necessidade de uma atuação mais proativa do Poder Legislativo, de modo que não seja permissivo e omissivo ante as decisões tomadas pelo STF, pois o importante para a caracterização do diálogo é a resposta por parte do Congresso Nacional.⁴⁶⁰

À sua conclusão vale acrescentar a necessidade de uma atuação mais proativa na concretização dos direitos fundamentais, para que não venham a ocorrer demandas que exijam do STF uma postura mais normativa, ante a omissão na efetivação desses direitos. Afinal, como visto nos capítulos anteriores, é essa postura omissiva ou pouco proativa do Legislativo e do Executivo que geram o ECI e abrem espaço para a intervenção da Corte. Intervenção que, diga-se de passagem, surge como última alternativa àqueles que sofrem a violação de seus direitos fundamentais.

5.5 CONTRAPONTO DAS TEORIAS DIALÓGICAS ESTUDADAS COM O ECI

É possível extrair-se do estudo de Christine Bateup que as teorias dialógicas, por ela relacionadas, tem em geral uma preocupação preponderante, qual seja: a supremacia judicial e o limite de atuação do judiciário, mencionado também como autocontenção judicial.

Como visto, as teorias são analisadas a partir da necessidade de dar significado à Constituição, em outras palavras, de conferir interpretação à Constituição em caso de desacordos políticos, sociais ou morais.

Conforme já mencionado no início deste capítulo, o objetivo do presente trabalho não possui como foco principal a questão hermenêutica e de quem tem a última palavra, em termos de interpretação da Constituição. Essa questão residiria

Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política, 2008, p.192. Disponível em:

<www.teses.usp.br> teses > publico > TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES>

Acesso em: 15 de agosto de 2019.

⁴⁶⁰ FERREIRA, Ruan Espíndola. Possibilidade de Aplicação das Teorias dos Diálogos Institucionais no Ordenamento Brasileiro: um estudo sobre a inconstitucionalidade por omissão. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 2014, p.106. Disponível em:

<[https://repositorio.ufu.br/bitstream > PossibilidadeAplicacaoTeorias.>](https://repositorio.ufu.br/bitstream/PossibilidadeAplicacaoTeorias.) Acesso em: 25 de julho de 2019, p.106.

na análise aprofundada dos requisitos do ECI, que levam à declaração de inconstitucionalidade de uma realidade fática, com a correspondente “função”⁴⁶¹ de controle de constitucionalidade do Judiciário e os limites deste na sua interpretação.

Pretende-se aqui, analisar as teorias dialógicas na fase seguinte à declaração de inconstitucionalidade, ou seja na implementação da decisão estrutural e nas decisões seguintes ao reconhecimento do ECI.

Interessante destacar que as teorias dialógicas, até aqui estudadas, referem-se, em geral, a cada poder atuando de forma isolada, seja em contraponto a uma atuação anterior de algum dos poderes, ou iniciando a análise de uma questão constitucional a partir das formas tradicionais de instigação⁴⁶². Outro ponto, importante a destacar, é que em geral as teorias tratam da disputa dual entre Judiciário e Legislativo, e no caso do ECI e, mais genericamente, dos litígios estruturais, o papel e a atuação do Executivo é suma importância.

Possivelmente, muitas dessas teorias surgiram como forma de combater o intenso ativismo judicial exercido pela Suprema Corte americana a partir do caso *Brown*. Lembrando da lição já citada de Desirê e da comparação feita no segundo capítulo sobre o caso *Brown* e a T-025, verifica-se que a atuação da Corte norte-americana foi altamente ativista e gerou um receio muito grande na sociedade jurídica americana, causando uma visão negativa sobre o ativismo judicial.

Por outro lado, verifica-se na T-025 que a Corte colombiana iniciou seus trabalhos de forma comedida, abrindo espaço para os demais poderes exercerem suas funções, aliás, o que a Corte fez, foi exigir que os outros poderes realmente cumprissem suas funções e fixou prazo para tanto.

Nesse tocante parece que a atuação da Corte colombiana se coaduna com as teorias estruturais de diálogo, na visão mais recente da teoria da construção coordenada, bem como na teoria de princípio e articulação legislativa da política, passeando pelas teorias de parceria e visitando as teorias de equilíbrio quando abriu espaço para as audiências públicas com representantes de todos os setores envolvidos. Poder-se-ia também afirmar que a T-025 passeou pela teoria do aconselhamento judicial, em especial na primeira fase, entre 2004 a 2008, quando a Corte emitiu ordens mais genéricas aos outros poderes e às entidades envolvidas.

⁴⁶¹ Usou-se o termo entre aspas para ressaltar as doutrinas que contrárias ao controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário.

⁴⁶² Isto é, o Legislativo através da comoção social ou interesses político-partidários e o Judiciário por meio da interpelação judicial de pessoas interessadas ou atingidas pelo assunto.

Contudo, não parece possível afirmar que as teorias sobre os litígios estruturais se encaixam analogicamente em um, ou apenas um, modelo específico das teorias dialógicas. Até porque, essa análise precisa ser construída em cada caso, a partir dos remédios fixados e da atitude de cada um dos envolvidos.

Dessa forma, passa-se a abordar a teoria do modelo dialógico de reforma estrutural trazido por Sebastián Linares.

5.5.1 O Modelo Dialógico de Reforma Estrutural e o Poder de Agenda

Nessa seara Sebastián Linares fez interessantíssimo estudo e, após analisar diversas vertentes das teorias dialógicas, chegou à conclusão de que, em basicamente todas as teorias, os tribunais foram considerados como atores reativos com poder de veto, apesar do reconhecimento de que eles também ocasionalmente legislam conteúdo positivo por meio da “via interpretativa” ou através de sentenças “substitutas” ou “aditivas”.⁴⁶³

Contudo, em nenhum dos cenários, foi considerada a possibilidade de os tribunais se tornarem “atores com um poder real de agenda política, ou seja, atores com capacidade de forçar as autoridades representativas (Congresso e Executivo) a abordar e dar solução para certos problemas.”⁴⁶⁴, poder que se mostra essencial para a solução dos litígios estruturais, pois a estes não basta mera declaração de inconstitucionalidade, mostra-se imperiosa a concretização dos direitos e a fiscalização para conferir se o estado de inconstitucionalidade está sendo suprido.

Continua o autor, destacando alguns aspectos do “poder de agenda”, os quais se coadunam com as necessidades dos litígios estruturais, veja-se:

a) o poder de definir uma situação como problemática e digna de atenção; b) o poder de forçar as autoridades a lidar com essas situações, a deliberar sobre as diferentes alternativas de decisão e a tomar decisões; e c) o poder de controlar a execução das decisões que tomam.⁴⁶⁵

Relembrando os requisitos do ECI e suas características, verifica-se que os aspectos do poder de agenda, mencionados por Sebastián, estão

⁴⁶³ LINARES, Sébastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. **Revista Mexicana de Sociología**. Vol. 70, núm. 3, julio-septiembre, 2008, p. 509-511.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 510-511.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 510.

indissociavelmente ligados ao ECI. O item 'a' está intimamente ligado com o reconhecimento de uma situação de violação massiva e grave de direitos fundamentais. O item 'b' remonta aos bloqueios políticos e institucionais, que acabam por exigir da Corte uma atitude para tirar os demais poderes da inércia, bem como para requerer que exerçam sua função, elaborando planos de ação e melhorando as políticas públicas já existentes. O item 'c' está diretamente ligado à necessidade de monitoramento, também já melhor estudada nos capítulos anteriores.

Com base no caso *Brown*, estudado no segundo capítulo, Sebastián destaca que a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou inconstitucional um conjunto de leis estaduais, mas além disso, instou as autoridades a tomar medidas administrativas para concluir a desagregação. Rememora Sebastián que “O fenômeno provocou a reflexão de políticos e acadêmicos, que começaram a debater a legitimidade dos juízes para ditar esse tipo de remédio anômalo, não apenas a anulação.”⁴⁶⁶

Conforme já estudado no capítulo anterior, o caso de um litígio estrutural⁴⁶⁷ não se encerra com a simples declaração de inconstitucionalidade, é necessário o estabelecimento de metas e de monitoramento, estabelecendo um relacionamento de supervisão de longo prazo entre o juiz e a instituição. Para auxiliar nessa tarefa, os juízes podem nomear agentes especiais, os chamados *special masters*, figura muito utilizada nos Estados Unidos, além de solicitar informações a órgãos públicos e privados, realizar audiências públicas, convocar entidades representantes para ingressarem no feito, inclusive através do instituto processual denominado *amicus curiae*. Nesse norte, Sebastián ressalta que:

É importante ressaltar que, sob remédios estruturais, o juiz constitucional não se limita a fornecer justiça a casos particulares por

⁴⁶⁶ LINARES, Sébastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. **Revista Mexicana de Sociología**. Vol. 70, núm. 3, julio-septiembre, 2008, p. 510-512.

⁴⁶⁷ Consoante lembra Sebastián: Em alguns casos, o fechamento de uma instituição pode ser a solução. Em outros, como aqueles que envolvem escolas, prisões, agências de assistência social ou departamentos de polícia, essa opção não é viável. Então o remédio requer nada menos que a reorganização da agência. Em outras ocasiões, a Corte pode declarar a 'inconstitucionalidade por omissão legislativa' 46 ou 'o estado de coisas inconstitucionais' 47 e exortar o Congresso (ou o Executivo) a emitir uma lei ou regulamento dentro de um prazo razoável ou preparar um plano de ação ou criar uma estrutura administrativa que não existia antes. Nestas recomendações, o Tribunal pode definir alguns parâmetros gerais aos quais a autoridade deve estar sujeita. LINARES, Sébastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. **Revista Mexicana de Sociología**. Vol. 70, núm. 3, julio-septiembre, 2008, p. 511.

meio de um julgamento que tenha o efeito de uma coisa considerada *interparte*, nem a elevar a inconstitucionalidade de uma norma com efeitos gerais, nem apenas declarar a ‘Inconstitucionalidade por omissão legislativa’. Nesses casos, por outro lado, o Tribunal assume uma verdadeira dimensão política, erigindo como um agente com poder de agenda, chamando a atenção para representantes políticos, convocando audiências públicas, forçando-os a tomar decisões sob certos parâmetros e controlando todos os processo de decisão e execução. Seu objetivo final não é pronunciar a última palavra, mas servir como catalisador da atividade administrativa do Estado, a fim de modificar uma realidade social contrária aos princípios constitucionais.⁴⁶⁸

Assim, o autor chega à conclusão de que a forma de julgamento de um litígio estrutural constitui um novo modelo de diálogos institucionais. Tanto que elabora um quadro comparativo⁴⁶⁹, colocando o modelo de litígio estrutural lado a lado com os outros principais modelos de diálogos. E ainda destaca que este modelo consegue alcançar um verdadeiro diálogo interorgânico, além de contar grande carga democrática, quando se fala em última palavra, duplicidade dificilmente alcançada pelos outros modelos.⁴⁷⁰

Sebastián afirma que “O modelo de reforma estrutural transforma radicalmente a ideia tradicional de justiça e cria um caminho alternativo para o diálogo interorganizacional.” E ressalta:

Em vez de forjar uma comunicação dialética, na qual as autoridades falam e agem separadamente em diferentes fases do tempo, o processo de reforma estrutural cria as condições para que o diálogo interorganizacional seja um processo cooperativo e continuado ao longo do tempo, que começa antes da tomada de decisões pelas autoridades representativas (por exemplo, por meio de audiências públicas), continua durante o processo de execução (por meio de mecanismos de monitoramento) e pode continuar após a execução do plano do governo (por meio de sanções e remédios singulares).⁴⁷¹

Explica Sebastián que “Nesse modelo, então, o diálogo interorganizacional é ativado pelo Tribunal, que assume apenas um papel catalisador da mudança social.”⁴⁷² Ou seja, depende da postura da Corte e do momento em que ela se abre para o diálogo. Se antes da declaração do estado de coisas inconstitucional, ela

⁴⁶⁸ LINARES, Sébastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. **Revista Mexicana de Sociología**. Vol. 70, núm. 3, julio-septiembre, 2008, p. 511-521.

⁴⁶⁹ Vide quadro do Anexo 1 deste trabalho.

⁴⁷⁰ LINARES, op. cit, p. 520.

⁴⁷¹ Ibid., p. 512.

⁴⁷² Ibid., p. 512.

estará agindo, muito mais, como catalizadora dos sentidos da constituição atribuído pelas outras instituições, do que como “dona”⁴⁷³ da interpretação constitucional.

Por outro lado, se a Corte reconhecer de plano o ECI, em sede de liminar, como foi no caso da APDF 347, ela estará se abrindo para os diálogos de maneira posterior, uma vez que, em se tratando de litígio estrutural, com a manutenção da jurisdição e a adoção de instrumentos de diálogos⁴⁷⁴, abre espaço para alterações posteriores. Desse modo, mesmo que a palavra da Corte seja a primeira no reconhecimento da inconstitucionalidade, esta não é a última palavra, não estará estabilizada⁴⁷⁵.

Conforme ressalta Espíndola, nesse modelo o diálogo é iniciado pela Corte, que “assume um papel catalizador da vontade social e constitucional”. Lembra que nos demais modelos de diálogos, o Congresso inicia o debate e atua como força precípua da interpretação constitucional, relegando ao Judiciário a resposta do diálogo para quando for instado. No modelo estrutural, ao contrário, o Poder Judiciário inicia o diálogo, uma vez que “pressiona o Poder Legislativo a uma atuação em conformidade com os ditames constitucionais, de modo a solucionar a sua omissão.”⁴⁷⁶

O modelo de litígio estrutural, assim como os demais modelos dialógicos, foge da questão de atribuir a um único órgão a prerrogativa da última palavra sobre a Constituição, pois neste modelo, tanto o sentido da Constituição quanto a sua implementação deve resultar de um diálogo entre os poderes e até mesmo com a população.

Mas, o mais interessante sobre esse modelo reside no fato de que o diálogo não é feito por cada órgão de forma isolada, em resposta à manifestação do outro. O diálogo é direto. Ocorre dentro do processo e, por vezes também fora dele.

⁴⁷³ Grifou-se para dar ênfase à expressão.

⁴⁷⁴ “Criação de comissões específicas, auxílio de experts, exigência de relatórios periódicos, audiências públicas e ‘autos de acompanhamento’.” In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.209.

⁴⁷⁵ Sobre coisa julgada em litígio estrutural, ver JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

⁴⁷⁶ FERREIRA, Ruan Espíndola. Possibilidade de Aplicação das Teorias dos Diálogos Institucionais no Ordenamento Brasileiro: um estudo sobre a inconstitucionalidade por omissão. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 2014, p.207. Disponível em:

<<https://repositorio.ufu.br/bitstream/PossibilidadeAplicacaoTeorias>> Acesso em: 25 de julho de 2019.

Soma-se a isso, ainda, o valor democrático que pode surgir, pois a participação da população através das audiências públicas e do *amicus curiae*, pode trazer um efeito democrático maior até que aquele decorrente da aprovação de lei pelos representantes eleitos. Tanto que, Sebastián defende a possibilidade de audiências públicas a serem realizadas também no Congresso Nacional a fim de abrir um canal mais direto com o povo e seus anseios, pois o Legislativo também pode equivocar-se⁴⁷⁷.

Nesse norte, encontra-se a citação feita por Campos: “Em matéria de interpretação constitucional, cortes constitucionais ou supremas, compostas por intérpretes humanos e falíveis, podem errar, como também podem fazê-lo os poderes Legislativos e Executivos.”⁴⁷⁸ Destarte, Mendes leciona no sentido de que diante da possibilidade de que todos os sistemas estão sujeitos a falhas, deve-se escolher aquele que demonstre estar menos sujeito a elas.⁴⁷⁹

Logo, “É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição o ‘direito de errar por último’.”⁴⁸⁰ Diante disso, Campos defende que deve prevalecer a possibilidade de correções recíprocas ou de construção conjunta e coordenada de sentidos constitucionais, com base na ideia de diálogo, e não em um sistema de supremacia.⁴⁸¹

A partir dessas premissas Campos questiona: “Seria essa ideia viável mesmo quando envolvida medida tão drástica como a declaração do ECI? Teria a Corte colombiana assegurado a efetividade dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, evitado posturas de supremacia judicial?”⁴⁸²

Campos e Linares trazem respostas positivas a esses questionamentos, o que passa-se a analisar nos tópicos seguintes.

⁴⁷⁷ LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. **Revista Mexicana de Sociología**. Vol. 70, núm. 3, julio-septiembre, 2008, p.519-520.

⁴⁷⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 242.

⁴⁷⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política, 2008, p.16. Disponível em: <www.teses.usp.br> teses > publico > TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES> Acesso em: 15 de agosto de 2019.

⁴⁸⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 242

⁴⁸¹ Ibid., p. 242.

⁴⁸² Ibid., p. 243.

5.5.2 O Modelo Estrutural, Diálogos e Supremacia Judicial

Retomando as questões anteriores, em especial: “Seria essa ideia viável mesmo quando envolvida medida tão drástica como a declaração do ECI? Teria a Corte colombiana assegurado a efetividade dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, evitado posturas de supremacia judicial?”⁴⁸³

Como visto anteriormente, as teorias dialógicas são um meio termo entre as teorias da supremacia judicial e da supremacia parlamentar/legislativa, caracterizando-se por um jogo, um balanço de legitimidade entre os poderes para declararem o sentido da Constituição, em que todos possuem legitimidade, não havendo se falar em um detentor da última palavra sobre a Constituição.

Evidentemente que podem surgir questionamentos sobre a instabilidade e a insegurança sobre ninguém ter a última palavra, bem como sobre o não cumprimento em razão do poder de rever e dar novo sentido. Contudo, Hubner faz importante observação sobre essa crítica às teorias dialógicas. Segundo o autor, esse temor não possui força, pois os diálogos ocorrerão até haver um consenso deliberativo.⁴⁸⁴

Mas, voltando para os litígios estruturais, nesses, o balanço de legitimidade ocorre dentro do próprio processo, e fora dele, com a fixação do plano de ação, criação ou melhoramento das políticas públicas, regulamentação através de novas leis.

Conforme Campos, o risco de vir a ocorrer uma supremacia judicial não pode ser ignorado, mas pode ser evitado se as Cortes combinarem as dimensões de ativismo estrutural e dialógico, ou seja, podem “interferir na formulação e implementação de políticas públicas sem excluir a participação e as margens de liberdade decisória dos atores políticos.”⁴⁸⁵

Sobre o tema, Fiss ensina que:

⁴⁸³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 243.

⁴⁸⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política, 2008, p.126. Disponível em: <www.teses.usp.br> teses > publico > TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES> Acesso em: 15 de agosto de 2019.

⁴⁸⁵ CAMPOS, op. cit., p. 250.

Os poderes legislativo e executivo de governo, bem como instituições particulares, tem voz; assim deve ser com as cortes. Juizes não possuem o monopólio da tarefa de dar significado aos valores públicos da Constituição, mas não existe razão para que fiquem silentes.⁴⁸⁶

Nesse ponto, poder-se-ia questionar, como faz Campos, “Como alcançar essa fórmula dialógica de participação conjunta e coordenada de poderes em litígios estruturais?”⁴⁸⁷

Para responder essa pergunta é necessário recordar um pouco do que foi discutido no terceiro capítulo, quando foi estudada a questão da necessidade de monitoramento. Naquele tópico ficou clara a importância e a necessidade da preponderância de ordens flexíveis, pelos mais diversos motivos, seja porque a solução de um litígio estrutural perpassa por diversas ordens, seja porque a flexibilidade traz uma participação maior, seja porque reforçam a cooperação, seja porque afastam as objeções de supremacia.

Nesse norte, Rouleau e Sherman anotam que ao emitirem ordens flexíveis, os juizes acabam trazendo equilíbrio entre garantir o gozo de direitos fundamentais e de respeitar o papel político e a capacidade do Legislativo e do Executivo. Enfatizam que “ordens flexíveis e sujeitas à jurisdição provisória” são mais propícias ao sucesso que “ordens detalhadas sujeitas à execução se desrespeitadas”.⁴⁸⁸

Aliás, esse foi um dos aprendizados da Corte colombiana no decorrer das declarações do estado de coisas inconstitucional. Inicialmente ela emitiu ordens detalhadas e não realizou o monitoramento. Contudo, aos poucos constatou que suas ordens não tiveram um bom resultado. Assim, no julgamento da T-025, além de emitir ordens mais genéricas, chamando os outros poderes à responsabilidade e à construção da solução, com prazos para apresentação de plano de ação, e de proposta orçamentária, por exemplo, a Corte manteve a sua jurisdição e realizou a supervisão do cumprimento de suas ordens e do plano de ação, estabelecido pelo governo, através de diversas audiências públicas e decisões de ajuste.

Ressaltando a importância de ordens mais abertas e flexíveis, Christopher Mbazira traz interessante proposta:

⁴⁸⁶ FISS, Owen. **The Law as it could be**. New York: New York University Press, 2003, p.3-11.

⁴⁸⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 251.

⁴⁸⁸ ROULEAU, Paul; SHERMAN, Linsey. *Doucet-Boudreau, Dialogue and Judicial Activismo: Tempest in a Teapot?* **Ottawa Law Review**. Vol. 41(2), 2009, p. 171-206.

[...] em vez de tentarem construir uma regra rígida, cortes devem focar princípios amplos que guiam o exercício da discricionariedade remedial e que possam ser usados em uma variedade de contextos. As normas e princípios que eu proponho incluem: utilização das sentenças estruturais de forma graduada e como remédio de último recurso; participação de todos os interessados; imparcialidade e independência judiciais; decisões motivadas; remediação que concretize normas substantivas e flexibilidade.⁴⁸⁹

Logo, “Atuando assim, em vez de supremacia judicial, as cortes [...] promovem o diálogo amplo entre as instituições e a sociedade”, com maior caráter democrático e melhores resultados, o que traz uma aproximação maior com o objetivo primordial dos litígios estruturais, entre eles o ECI, qual seja: a superação de uma violação massiva de direitos fundamentais.

5.5.3 Ativismo Judicial Estrutural Dialógico e Legitimidade das Cortes

Quando falam do modelo estrutural dialógico, Garavito e Campos trazem a seguinte expressão: “ativismo judicial estrutural dialógico”, trazendo o modelo estrutural dentro de uma perspectiva de ativismo judicial, ou melhor, de um “bom”⁴⁹⁰ ativismo judicial.

Inicialmente, vale lembrar que há várias conceituações sobre ativismo judicial. Desse modo, não se pretende aprofundar o tema, apenas trazer algumas bases para colaborar na compreensão da expressão “ativismo judicial estrutural dialógico” trazido pelos autores Garavito e Campos.

Para Lenio Luiz Streck ativismo judicial pode ser entendido da seguinte forma: “[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política; de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”⁴⁹¹

Clarissa Tassinari sintetiza a concepção de ativismo “como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.”⁴⁹²

⁴⁸⁹ MBAZIRA, Christopher. *From Ambivalence to Certainty: Norms and Principles for Structural Interdict in Socio-economic Rights Litigation in South Africa*. **South African Journal of Human Rights**. Vol. 24, 2008, p. 3.

⁴⁹⁰ Grifou-se para dar ênfase à expressão

⁴⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.589.

⁴⁹² TASSINARI, Clarissa. Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.36.

Logo, quando se fala de ativismo judicial, está se falando das velhas questões de supremacia judicial versus supremacia parlamentar, quem tem a última palavra sobre o sentido da Constituição e sobre a postura que o Judiciário vem tomando na maioria dos Estados Democráticos de Direito, principalmente naqueles em que há mais dificuldade de implementação dos direitos fundamentais, como é o caso dos países latino-americanos.

Nesse norte, vale lembrar que o ativismo desenfreado da Corte americana, que surgiu a partir dos anos 50 do século XX, gerou muitas discussões e muita desconfiança, além de pouca adesão das burocracias envolvidas, gerando dificuldade de implementação das decisões judiciais estruturais. Sobre esse ponto Garavito e Franco ressaltam que:

Em parte por essas razões - e em parte por causa da oscilação do pêndulo ideológico em direção ao conservadorismo político e jurídico (na década de 1980 nos Estados Unidos e parte da América Latina e no final da década de 90 na Colômbia) -, o ativismo vertical e decrescente dos juízes diminuiu nos países onde ele surgiu. E nunca decolou naqueles, como a maioria dos latino-americanos, onde o formalismo legal impedia seu progresso.⁴⁹³

Contudo, as objeções ao ativismo e uma nova postura das Cortes, com regras menos detalhadas e com mais espaço para a discricionariedade dos demais poderes, bem como com o aumento de audiências públicas e dos *special masters*, contribuíram para o surgimento de um novo tipo de ativismo judicial, contra o qual as críticas clássicas parecem muito menos plausíveis.

Garavito e Franco o chamam de “ativismo dialógico”. Este modelo de ativismo tenta superar as objeções com mecanismos institucionais que diferem daqueles preferidos pelo ativismo que o precedeu. Seus julgamentos compartilham três características precípuas.⁴⁹⁴

A primeira refere-se a sentenças com ordens mais abertas do que as do ativismo clássico, com remédios mais “fracos”⁴⁹⁵, ou seja, com menos carga

⁴⁹³ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p.54-55.

⁴⁹⁴ Ibid., p. 54.

⁴⁹⁵ Os quais “Em termos dos critérios de Tushnet (2008) para distinguir remédios judiciais ‘fortes’ e ‘fracos’ - isto é, a amplitude, a natureza obrigatória e a natureza peremptória das ordens do julgamento - seus remédios tendem a ser mais fracos.”. GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el**

vinculativa. “Julgamentos de jurisprudência dialógica tendem a abrir um processo de acompanhamento que incentiva a discussão de alternativas de políticas públicas para resolver o problema estrutural detectado na decisão.” Como visto no estudo da T-025, os detalhes das políticas foram aparecendo com o tempo, de acordo com o envolvimento maior ou menor das outras instituições e dos resultados obtidos. “Além disso, frequentemente, as ordens dos julgamentos não implicam obrigações de resultado muito precisas, mas ressaltam o dever das autoridades públicas de projetar e implementar políticas que avancem na proteção dos direitos violados.”⁴⁹⁶

A segunda característica marcante consiste na implementação das decisões através de mecanismos de monitoramento periódicos e públicos. “Ao manter sua jurisdição sobre o caso após a sentença, os tribunais dialógicos geralmente ditam novas decisões à luz do progresso e dos contratemplos do processo e incentivam a discussão entre os atores do caso em audiências públicas e deliberativas.”

A terceira característica citada pelos autores, refere-se ao amplo espectro de atores sociais envolvidos no monitoramento, pois as ordens envolvem todos aqueles que, direta ou indiretamente, são afetados ou têm interesse legítimo no resultado do caso estrutural. “Isso inclui vítimas cujos direitos foram violados, organizações da sociedade civil relevantes, organizações internacionais de direitos humanos e outros atores cuja participação é útil para a proteção dos direitos objeto do caso, desde organizações de base a centros acadêmicos.”⁴⁹⁷

Garavito e Franco, fazendo um comparativo entre diversas Cortes constitucionais adeptas do ativismo contemporâneo, ressaltam que “as decisões dos tribunais ativistas variam muito na força ou fraqueza dos remédios que estabelecem.” Citam o exemplo, o Tribunal Constitucional da África do Sul, o qual teve uma postura muito mais comedida que o Tribunal colombiano, pois este, como já visto, embora tenha deixado a definição dos detalhes das políticas para o processo de monitoramento, ele estabeleceu algumas metas e prazos muito mais rígidos.⁴⁹⁸

desplazamiento forzado em COLÔMBIA. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p.53-56.

⁴⁹⁶ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA.** Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 53-56.

⁴⁹⁷ Ibid., p. 53-56

⁴⁹⁸ Ibid., p. 53-60.

Afirmam, assim, que o modelo preferido pela maioria dos defensores do ativismo dialógico parece abordar a solução intermediária, no qual o parlamento e, em menor grau, a administração pública parecem ser os únicos espaços verdadeiramente deliberativos nas democracias contemporâneas. Nesse modelo os casos estruturais de violação de direitos, limitar-se-iam a declarar a existência de violação e responsabilidade do estado e a encaminhar sua solução aos poderes eleitos. Porém, com o estudo da T-025, esses autores divergem da maioria por eles encontrada e anotam:

Nossa posição é parcialmente diferente. O estudo de caso de T-025 sugere que essa visão está aquém do potencial do ativismo dialógico em promover a democracia deliberativa. De fato, enquanto a literatura existente tende a defender o passivismo judicial no estágio de implementação dos julgamentos, nossa análise sugere que os próprios tribunais podem levar a cenários de deliberação eficazes que complementam, em vez de substituir, os espaços atrofiados dos parlamentos.⁴⁹⁹

Nesse norte, Carlos Alexandre de Azevedo Campos realizou um estudo sobre as decisões do STF prolatadas num período de vinte anos e a partir disso relacionou cinco dimensões de ativismo judicial, quais sejam:

- (i) Dimensão metodológica: interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais; criação judicial do direito infraconstitucional por meio das técnicas de interpretação conforme a constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução de texto; controle das omissões legislativas infraconstitucionais; decisões maximalistas;
- (ii) Dimensão processual: autoamplificação de jurisdição da utilidade e da eficácia dos poderes processuais e suas decisões;
- (iii) Dimensão estrutural ou horizontal: interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação deles;
- (iv) Dimensão de direitos: o avanço de posições de liberdade de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo a margem de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas;

⁴⁹⁹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p.53-60.

(v) Dimensão antidialógica: afirmação da posição do Supremo não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo [...] a única [...] aprioristicamente ilegítima.⁵⁰⁰

A partir dessas dimensões, o autor analisa o ECI e constata que este possui uma dimensão metodológica, principalmente porque destinada a superar falhas estruturais de políticas públicas, o que pode envolver um trabalho interpretativo um tanto quanto inovador. Verifica, também, que estaria presente uma dimensão processual marcante, em razão de pretender garantir os direitos de todas as pessoas atingidas pela falha estrutural e não apenas os demandantes, e da mesma forma por suas ordens atingirem autoridades para além daquelas que constam como réus na ação.

Segundo Campos, a dimensão estrutural também está presente no ECI, pois os juízes acabam interferindo no ciclo das políticas públicas, na agenda do governo, na formulação, na implementação e no monitoramento dos resultados. Mas o autor não vê isso com maus olhos. Isso porque, como já visto, o ECI surge em razão da inércia ou da grave deficiência na criação e implementação das políticas públicas, de modo que a interferência judicial é a única forma vista para quebrar os bloqueios políticos e institucionais e fazer a máquina estatal funcionar.

Para o referido autor, o ponto crucial para se evitar uma total ilegitimidade da atuação da Corte, reside em evitar a dimensão antidialógica do ativismo, ou seja, os juízes constitucionais não podem encarar a interpretação da constituição como tarefa única e exclusiva das Cortes. “O respeito ao espaço dos demais poderes torna a atuação das cortes mais legítima e agrega valor ao processo de construção dos significados das constituições.”⁵⁰¹

Até porque, “As demais dimensões do ativismo judicial são contextualmente legítimas ou ilegítimas, a dependerem das variáveis em jogo”, o que não se pode admitir é um ativismo antidialógico. Assim, além de trazerem um ar mais democrático para o julgamento, os diálogos institucionais saem da via de supremacia judicial e são capazes de apresentar o “ECI como manifestação legítima de ativismo judicial estrutural dialógico.”⁵⁰² Afinal, como ensina Hübner “defendo que

⁵⁰⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 222.

⁵⁰¹ Ibid., p.225.

⁵⁰² Ibid., p. 226.

parlamentos e cortes tem legitimidade para serem ativistas à medida que se engajem no diálogo.”⁵⁰³

Nessa seara, importa citar a observação feita por Espíndola ao tratar das teorias dialógicas. Segundo ele, caso exista omissão por parte de um Poder e este permaneça inerte, não haverá substancialmente um diálogo, mas apenas uma anuência para legitimar a autoridade do outro Poder. Assim, se a Corte ou o Parlamento venham a agir de forma ativista, parece não haver problema se o outro Poder também responder de forma proativa.⁵⁰⁴

A partir dessa ideia é possível verificar que independentemente da teoria de diálogo utilizada, o silêncio de um dos Poderes estará legitimando a atitude do outro. Isso faz lembrar a condução do caso dos deslocados na Colômbia. Ora, inicialmente, a Corte proferiu ordens mais abertas, dando espaço aos outros poderes, contudo, mesmo após quatro anos, poucos eram os resultados, foi neste momento que o referido tribunal prolatou ordens mais rígidas e detalhadas.

Nesse ponto, vale lembrar a lição de Hübner, a qual poder-se-ia chamar de flutuação de legitimidade. Para ele “a ciência política também mostra que as próprias funções das instituições são, em alguma medida, cambiantes, em especial na defesa dos direitos fundamentais.” E segue explicando:

Da interação resultam acomodações contingentes e instáveis. Essas oscilações crônicas criam dificuldades para a teoria normativa acostuada a pensar em termos mais rígidos. Se a democracia constitucional é um arranjo procedimental determinado *ex ante*, como explicar tais oscilações? Nesse sentido, reformulada em termos normativos, pergunta-se: é possível justificar essas flutuações? Desconfio que sim. Se concordarmos que as variáveis de legitimidade da democracia não se esgotam no procedimento, mas abrangem também os resultados, passa a ser aceitável que a substância subordine, em algumas circunstâncias, o procedimento, ou seja, que a instituição que tenha alcançado a resposta mais compatível com um critério substantivo de legitimidade tenha boas

⁵⁰³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política, 2008, p.191. Disponível em:

<www.teses.usp.br> teses > publico > TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES>

Acesso em: 15 de agosto de 2019.

⁵⁰⁴ FERREIRA, Ruan Espíndola. Possibilidade de Aplicação das Teorias dos Diálogos Institucionais no Ordenamento Brasileiro: um estudo sobre a inconstitucionalidade por omissão. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 2014, p.106. Disponível em:

<<https://repositorio.ufu.br/bitstream/PossibilidadeAplicacaoTeorias>> Acesso em: 25 de julho de 2019.

razões para prevalecer independentemente de seu *pedigree* (subvertendo a estrutura formal).⁵⁰⁵

Esse seria mais um motivo para reconhecer a legitimidade das Cortes no ECI, pois um dos requisitos dessa tese é justamente a omissão dos demais poderes.

Para o contexto brasileiro, Espíndola ressalta que não se faz necessária uma contenção absoluta do Poder Judiciário, pois há diversos casos de acerto. Assim, o autor trabalha com a proposta da necessidade de uma atuação mais proativa do Poder Legislativo, de modo que não seja permissivo e omissivo ante as decisões tomadas pelo STF, pois o importante para a caracterização do diálogo é a resposta por parte do Congresso Nacional.⁵⁰⁶

À sua conclusão vale acrescentar a necessidade de uma atuação mais proativa na concretização dos direitos fundamentais, para que não venham a ocorrer demandas que exijam do STF uma postura mais normativa, ante a omissão na efetivação desses direitos. Afinal, como visto nos capítulos anteriores, é essa postura omissiva ou pouco proativa do Legislativo e do Executivo que geram o ECI e abrem espaço para a intervenção da Corte. Intervenção que, diga-se de passagem, surge como última alternativa àqueles que sofrem a violação de seus direitos fundamentais.

Após essas premissas, verifica-se que os autores, que estudam a fundo os casos estruturais, tentem a defender uma postura mais ativista e interveniente das Cortes constitucionais, sem contudo afastar os demais poderes do jogo. Muito pelo contrário, nota-se que o importante para eles é trazer os demais poderes e também a sociedade para a discussão e deliberação, tornando a decisão, sobre o estado de coisas inconstitucional e sobre as políticas públicas necessárias para a sua superação, muito mais abrangente e democrática.

⁵⁰⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política, 2008, p.193. Disponível em:

<www.teses.usp.br> teses > publico > TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES>

Acesso em: 15 de agosto de 2019.

⁵⁰⁶ FERREIRA, Ruan Espíndola. Possibilidade de Aplicação das Teorias dos Diálogos Institucionais no Ordenamento Brasileiro: um estudo sobre a inconstitucionalidade por omissão. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 2014, p.106. Disponível em:

<<https://repositorio.ufu.br/bitstream/PossibilidadeAplicacaoTeorias.>> Acesso em: 25 de julho de 2019.

Parece ser a admissão do ativismo mais ameno das Cortes, sem aquela exclusividade, aquela supremacia, trazida no conceito de ativismo de Tassinari citado no início deste subtítulo.

Logo, o ativismo judicial estrutural dialógico, conforme proposto pelos autores acima citados, rebate as objeções tanto de legitimidade democrática quanto de supremacia judicial.

Todas essas conclusões levam, ainda, a uma outra discussão: a forma de separação de poderes. Consoante se extrai das teorias dialógicas abordadas, embora o insulamento de cada poder seja importante para manter, inclusive, a lisura que o mecanismo dos *check and balances* trouxe, no caso dos litígios estruturais, verifica-se que a atuação conjunta dos poderes, traz a necessidade de repensar a rigidez da forma atual de separação de poderes.

Isso porque o mecanismo de *check and balances* traz uma concepção de competição entre os Poderes⁵⁰⁷, contudo, nos litígios estruturais surge a necessidade de deixar a competição de lado e voltar-se para a cooperação entre os poderes. Nota-se que esse novo olhar, inerente aos litígios estruturais, coaduna-se com as doutrinas atuais sobre o constitucionalismo e o processo cooperativo.

5.5.4 Litígios Estruturais, Diálogos e Separação de Poderes

Uma das grandes críticas ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, e dos litígios estruturais em si, consiste na latente possibilidade de violação do princípio da separação de poderes. A qual já foi um brevemente rebatida no decorrer dos capítulos anteriores, porém, importa aprofundar um pouco mais.

Como visto, inegavelmente as Cortes acabam se imiscuindo um pouco na função dos outros poderes, especialmente quando determinam ordens relativas às políticas públicas necessárias para a superação do ECI. A intervenção pode ser maior ou menor, conforme o caso e conforme a resposta dos outros poderes, mas, em geral, haverá uma interferência. De modo que Campos e Garavito usam o termo “ativismo judicial estrutural dialógico”.

⁵⁰⁷ GARGARELLA, Roberto. **O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos**. 2014, p.8-10 Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>>. Acesso em 02 set. 2019.

Entretanto, isso não significa, de antemão, ilegitimidade ou violação da separação de poderes. Aliás, Didier, Zanetti e Oliveira advertem: “A admissão das decisões estruturais pressupõe a revisão de diversos conceitos.”⁵⁰⁸.

Uma dessas revisões refere-se ao princípio da separação de poderes. A necessidade de intervenção judicial para o julgamento dos litígios estruturais, requer uma concepção, sobre a separação de poderes, diversa da tradicional, pois, conforme enfatiza Arenhart:

Obviamente, um sistema pautado na rígida separação de Poderes não pode admitir que o Judiciário intervenha em políticas públicas e, conseqüentemente, terá muita dificuldade sequer em imaginar o cabimento das sentenças estruturais em seu principal campo de atuação (o direito público).⁵⁰⁹

Assim, a concepção estática da separação de poderes não admitiria qualquer intervenção judicial, não abrindo espaço para as decisões estruturais. Afinal, consoante conta Gargarella, “O modelo estrito de separação propunha que cada ramo do poder lidasse exclusivamente com suas próprias tarefas, sem interferência nas tarefas dos outros ramos.”

Contudo, continua o autor, “Enquanto o sistema tradicional de freios e contrapesos [...] visa evitar e canalizar a guerra social; Um sistema dialógico requer orientação para outros propósitos, a fim de organizar e facilitar uma conversa estendida ponto a ponto.”⁵¹⁰

Desse modo, verifica-se que os diálogos, propostos na tese do ECI e dos litígios estruturais em geral, amenizam os efeitos adversos de uma intervenção judicial. Na realidade eles acabam proporcionando uma nova forma de atuação de todos os poderes. Uma atuação a partir da cooperação, o que vem a calhar com a proposta de Gargarella no sentido de que não se mostra mais possível um sistema de separação de poderes estático, baseado na “paz armada”.

⁵⁰⁸ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.361.

⁵⁰⁹ ARENHART. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p.400.

⁵¹⁰ GARGARELLA, Roberto. **O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos**. 2014, p.8-10. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>>. Acesso em 02 set. 2019.

A aceitação de uma teoria dialógica, em especial o modelo dialógico trazido pelos litígios estruturais, requer não mais uma guerra entre os poderes, mas sim uma cooperação, uma ajuda mútua na busca do fim maior da Constituição, qual seja, a concretização dos direitos fundamentais.

Assim, os diálogos trazidos no modelo de reforma estrutural convergem com a doutrina do constitucionalismo cooperativo. Até porque, como visto no início deste capítulo, o diálogo não se resume a uma simples conversa, mas a uma construção conjunta de uma ideia⁵¹¹. Nesse rumo Campos destaca:

A Constituição de 1988 é o marco, entre nós, do 'constitucionalismo cooperativo', a concepção ortodoxa e excludente de separação de poderes mostra-se absolutamente incompatível com esse modelo constitucional; em vez de poderes separados é melhor a compreensão do princípio como exigindo instituições diferentes que compartilham autoridades, responsabilidades e poderes.⁵¹²

E lembra ainda Campos, que a concepção estática da separação de poderes “reflete um sistema político de poderes não apenas separados, mas também distantes, quase incomunicáveis”, o que, em “época de direitos fundamentais”⁵¹³, não se pode mais admitir, pois “esses poderes não podem ser tidos como adversários em um jogo de tudo ou nada, mas sim como instrumentos que [...] colaboram entre si e servem dinamicamente à efetividade dos direitos fundamentais.”⁵¹⁴.

Vale ressaltar que o sistema de separação de poderes com freios e contrapesos tem importantes objetivos, pois visa um equilíbrio entre os poderes para que não ocorra abuso e tirania, bem como para que os poderes não caiam em excesso que venha a desvirtuar os objetivos, direitos e garantias constitucionais.

⁵¹¹ Nesse ponto, importa trazer a lição de GARGARELLA: A discussão entre todos os potencialmente afetados, pode-se agregar, serve a propósitos diferentes e valiosos: 1) todos nós nos abrimos à possibilidade de obter informações que não tínhamos; 2) Todos nós podemos corrigir erros com base nas críticas que recebemos dos outros; 3) todos somos forçados a levantar nossas posições em termos compreensíveis e aceitáveis para os outros; 4) somos todos assim forçados a pensar sobre as maneiras pelas quais nossas iniciativas impactam os outros e a considerar os outros em nossas propostas; 5) Estamos todos constrangidos a confrontar aqueles que pensam de maneira diferente e a discutir com eles, em vez de simplesmente desconsiderar ou prejudicar seus pontos de vista. *Ibid.*, p. 1-33.

⁵¹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.306-307.

⁵¹³ Expressão utilizada por Paulo Bonavides e refendada por CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.307.

⁵¹⁴ CAMPOS, op. cit., p. 306.

Conforme explica Gargarella, a separação de poderes com o sistema de freios e contrapesos fortaleceu-se com James Madison, o qual ressaltou os principais objetivos desse sistema, qual seja: “a maior segurança contra a concentração gradual dos vários poderes em um único departamento consiste em fornecer àqueles que administram cada departamento os meios constitucionais e os motivos pessoais necessários para resistir as invasões de outros.”⁵¹⁵

Dessa forma, esse sistema escolheu uma “estratégia institucional de *paz armada*, que consistia em conceder a cada um dos poderes do governo armas contundentes (‘meios constitucionais’), capazes de impedir os possíveis ataques dos outros.” Em outras palavras, ele incentivava a competição, combinando “meios constitucionais” com “motivos pessoais”, de modo que “O egoísmo institucionalizado alcançaria objetivos satisfatórios para o interesse geral.”⁵¹⁶

Todavia, a competição acirrada, baseada no egoísmo, conforme proposto por Madison, não se coaduna com “as pretensões transformativa e inclusiva da Carta de 1988” as quais requerem “um modelo dinâmico, dialógico, cooperativo de poderes que, cada qual com ferramentas próprias, deve compartilhar autoridade e responsabilidades em favor da efetividade da Constituição e do seu núcleo axiológico e normativo: os direitos fundamentais.”⁵¹⁷

Aliás, essa discussão leva a um paradoxo, conforme explica Campos “Em última análise, a separação de poderes, com nuances próprias, foi pensada em favor da proteção das liberdades fundamentais.” Contudo, “Admitir que a omissão reiterada, persistente e inconstitucional dos poderes políticos seja imune à intervenção judicial estrutural significa permitir, justamente, essa concentração de poderes”, de modo que os poderes políticos teriam tanto o poder de fazer como o de não fazer.⁵¹⁸

Logo, o abuso do poder, que a sistemática da separação de poderes quer evitar, não ocorre somente pela ação, no caso em discussão pela ação de

⁵¹⁵ HAMILTON, Madison, 1982 *apud* GARGARELLA, Roberto. **O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos**. 2014, p.6. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>>. Acesso em 02 set. 2019.

⁵¹⁶ GARGARELLA, Roberto. **O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos**. 2014, p.10. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>>. Acesso em 02 set. 2019.

⁵¹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 306.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 308.

intervenção do Poder Judiciário na função dos demais, mas também pela omissão. Omissão, que no caso dos litígios estruturais, acarreta e/ou contribui para a massiva violação de direitos fundamentais. Ademais, como visto no estudo dos casos no primeiro e segundo capítulo, há um bloqueio político e institucional tão grave que a intervenção judicial é vista como a única e a última saída para quebrar esses bloqueios e fazer a máquina estatal voltar a funcionar.

Inclusive, lembrando o “egoísmo institucional” proposto por Madison⁵¹⁹, os Poderes Executivo e Legislativo acabam ficando inertes em razão de sua falta de interesse em enfrentar o problema, como é o caso dos presidiários. Como visto no primeiro capítulo, além dos presos, em geral, não possuem direito ao voto, não possuem qualquer prestígio popular, muito pelo contrário, para uma grande maioria da população “os presidiários não merecem qualquer tratamento digno.”⁵²⁰. Assim, parece prevalecer o egoísmo institucional, talvez muito mais pautado nos “motivos pessoais” do que nos “meios constitucionais”, o que não se pode admitir dentro de um Estado Democrático de Direito, pautado na preservação dos direitos fundamentais.

Logo, a intervenção judicial nesses casos se mostra necessária e plenamente justificável, ainda mais no modo de diálogos e de cooperação que as doutrinas dos litígios estruturais, em especial o ECI, propõem.

Afinal, segundo Garavito, o ECI tem uma finalidade pragmática, qual seja, resolver um problema concreto sobre grave e sistemática violação de direitos humanos, o que justifica afastar dogmas tradicionais da separação de poderes⁵²¹, pois “Levar às últimas consequências objeções contra a intervenção das cortes sobre políticas públicas e a respeito da destinação de recursos econômicos pode resultar

⁵¹⁹ HAMILTON, Madison, 1982 *apud* GARGARELLA, Roberto. **O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos**. 2014, p.6-7. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>>. Acesso em 02 set. 2019.

⁵²⁰ Essa visão popular é apresentada por Ana Paula Barcellos, em importante estudo por ela realizado. In: BARCELLOS, Ana Paula. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo nº 254, 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público].

⁵²¹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em COLÔMBIA**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p.34-37.

em ‘direitos sem remédio’, o que é incompatível mesmo com a perspectiva tradicional de separação de poderes.”⁵²²

Vale lembrar, ainda, que desde o surgimento da teoria da separação de poderes, seja ela estrita ou com o sistema de freios e contrapesos, a sociedade passou por diversas transformações, encontrando-se num atual estágio de grande complexidade e multiplicidade cultural, o que colabora para as dificuldades na criação e implementação de políticas públicas e na discussão do Direito em si.

Nesse sentido, importa trazer as lições de Vanice do Valle sobre a necessidade de certa flexibilidade na legitimidade e atuação dos Poderes para uma maior efetividade dos direitos nessa sociedade complexa, veja-se:

Na lógica do constitucionalismo cooperativo sob o prisma interno da dinâmica do poder, a questão diz respeito à percepção de que a garantia de direito não encontra melhor veículo numa *repartição de papéis estática*, que empreenda à opção pela supremacia do judiciário como solução genericamente aplicável. Ao contrário, a efetividade de direitos estará melhor atendida por uma fórmula institucional que, a partir do reconhecimento da sua complexidade e multiplicidade, permite sucessivas acomodações em que, à vista dos limites intrínsecos de um ou outro poder, permita, ora precedência em favor do legislativo, ora a supremacia judiciária. O jogo é de busca permanente do protagonista mais adequado, tendo em conta as funções originalmente postas a cada qual dos poderes, *conforme o conteúdo do direito em discussão*.⁵²³

Por conseguinte, essa atuação mais ativa do Judiciário, chamando os demais poderes ao diálogo e à cooperação, acaba por enaltecer a capacidade dos outros poderes. Como lembram Sabel e Simon, trata-se de um “reforço de responsividade” aos outros poderes⁵²⁴.

Essa forma de compartilhar os poderes, ou melhor, a autoridade e a responsabilidade faz lembrar, inclusive, a proposta de Bruce Ackerman sobre uma nova separação de poderes. Evidentemente, é trazer uma discussão que vai muito mais além da proposta dos diálogos institucionais e do constitucionalismo

⁵²² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.309.

⁵²³ VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. **Constitucionalismo cooperativo ou Supremacia do Judiciário?** Disponível em:

<www.publicadireito.com.br> manaus > arquivos > anais > sao_paulo>. Acesso em: 19 de setembro de 2019, p. 11.

⁵²⁴ SABEL, Charles F; Simon, WILLIAM. **Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds**. Harvar Law Review. Vol. 117, 2004, p.1.090-1.094. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/737/

cooperativo, ora discutidos, mas que vale ser citada para abrir o leque de ideias e trazer elementos a fim de instigar uma discussão futura.

Isso porque, Ackerman preocupado com os grandes desafios da sociedade moderna, ao que pode-se incluir os litígios estruturais, procura novas formas constitucionais para lidar com esses desafios, entre elas a possibilidade de “transcender formulações tríades familiares” de repartição do poder estatal. Segundo ele os três grandes desafios seriam:

Tornar o ideal da soberania popular uma realidade possível no governo moderno, remir o ideal de perícia burocrática e integridade em uma base contínua e tutelar direitos liberais fundamentais garantindo recursos básicos de autodesenvolvimento a todo e cada cidadão.⁵²⁵

Contudo, ressalva Ackerman, que essa nova “engenharia constitucional deve ser combinada com sensibilidade cultural e realismo econômico.” Assim, cada modelo deve ser pensado para a sua própria realidade, inclusive, no decorrer de sua obra, o autor adverte que estuda a nova proposta de separação de poderes a partir da realidade de seu país, os Estados Unidos, mas que o nem sempre o que pode ser bom para aquele estado, pode ser bom para outro.⁵²⁶

No mesmo norte, vale lembrar da lição de José Rodrigo Rodriguez. Para ele, no atual estágio da sociedade, é preciso repensar o modelo de separação de poderes, pois “Independentemente do fato de ter um dia funcionado assim ou não, o modelo padrão de separação de poderes certamente não operou nas últimas décadas do século XX.”⁵²⁷

Assim, buscando na origem da teoria da separação de poderes, a sua essência, o autor ressalta que o cerne principal da referida teoria consiste em “mostrar que é necessário criar poderes e contrapoderes para evitar a constituição de polos de poder absolutos, sem nenhum controle”, mas isso não significa que os poderes devem ficar separados em três, conforme a “lógica naturalizada da separação de poderes”. Ressalta que “O ponto central é armar uma trama

⁵²⁵ ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.116.

⁵²⁶ Ibid., p. 116-117.

⁵²⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** : para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p.184.

institucional que não admita o arbítrio, independentemente de qual desenho se venha a adorar.”⁵²⁸

E, lembrando das lições de Franz Neumann, Rodriguez anota que a separação de poderes tradicional pode até vir a ser obstáculo para as transformações sociais.⁵²⁹ Logo, parece que além de um novo modelo de processo, conforme defendido por Owen Fiss, a necessidade de transformação, ou melhor, de superação da situação de inconstitucionalidade, abordada em um litígio estrutural, necessita também de uma nova ótica sobre o modelo tradicional da separação de poderes.

Destarte, os litígios estruturais trazem mais um motivo para repensar a sistemática da separação de poderes e a função de cada um. Nesse norte, Rodriguez constata que:

No Brasil, o momento é de redesenho das instituições em todos os níveis, desde a abertura do Executivo para a participação popular direta por meio de conselhos variados, conferências nacionais e agências reguladoras, até a mudança de função do Poder Judiciário, cada vez mais ativo na arena política pela escolha entre as variadas alternativas técnico-jurídicas definidas em função do material normativo e do contexto de cada decisão.⁵³⁰

Nessa linha, constata-se que a forma dialógica e cooperativa proposta pelas teorias dos litígios estruturais, traz elementos que podem colaborar para uma outra forma de separação de poderes e, inclusive da função do Poder Judiciário, que nos litígios estruturais traz uma atuação mais gestora e de coordenação do que propriamente de imposição de uma decisão.

Além disso, a partir da questão objeto de estudo deste trabalho, os litígios estruturais, com ênfase na tese do Estado de Coisas Inconstitucional, constata-se a necessidade de uma intervenção judicial, baseada no diálogo para a construção de soluções. Essa atuação conjunta é capaz de afastar as objeções de legitimidade democrática, de violação da separação de poderes e de supremacia judicial. Afinal, a tese do ECI embora possa ter um início ativista, no decorrer do julgamento esse ativismo é substituído por um diálogo e uma construção cooperativa de soluções

⁵²⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** : para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 185.

⁵²⁹ Ibid., p. 186.

⁵³⁰ Ibid., p. 186.

entre os poderes e a sociedade, sendo que seu grau de ativismo vai depender da atuação de cada um dos poderes.

É o que propõe Campos: “ativismo de partida, diálogo no trajeto e na chegada, [...] em vez de um tudo ou nada entre ativismo e autorrestrrição judicial, [...] cooperação entre os poderes, com a participação da sociedade civil”, na busca de soluções para os problemas de direitos fundamentais.

Como já visto, a tese do ECI está iniciando a sua jornada no Brasil e como uma nova doutrina, exige uma abertura de pensamento e de disposição para acompanhá-la e implementá-la da melhor forma. Nesse norte, consoante Sérgio Cruz Arenhart:

É preciso um sistema jurídico maduro o suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia da separação dos Poderes, percebendo que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público.⁵³¹

Com essa advertência de Arenhart e após todo o estudo aqui realizado abre-se novo item a fim de analisar um pouco do ECI no caso que foi o *start* do presente trabalho, a ADPF n.º 347.

5.6 O ECI NO BRASIL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Primeiramente, olhando para o sistema processual vigente, em especial com as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil, poder-se-ia questionar se já não existem instrumentos suficientes para a apreciação de litígios estruturais no sistema brasileiro.

Nesse sentido Edilson Vitorelli faz importante advertência: “É preciso que os juízes resistam à tentação de fazer reforma estrutural ‘a conta-gotas’”. Isso porque, apesar de todo o debate sobre a ingerência do Judiciário no Legislativo e no Executivo, a tarefa que os litígios estruturais trazem, não é encarada com simples ou agradável pelos juízes. Como visto, a apreciação de um litígio de alta complexidade e alta magnitude, com a manutenção da jurisdição, exige do Judiciário um grande envolvimento. “Assim, o mais provável é que o juiz resista a iniciar a reforma

⁵³¹ ARENHART. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 400.

estrutural, permanecendo fiel ao modelo tradicional de decisão, a menos que a sua necessidade seja patente.”⁵³²

Ademais, é inegável a enorme quantidade de ações judiciais existentes, o que traz ainda mais dificuldade para os juízes se abrirem ao litígio estrutural, conforme explica Vitorelli:^{Df}

A tarefa não é encarada como simples ou agradável, mas como necessária e, muitas vezes, frustrante, porque o tamanho das organizações já constitui um óbice à mudança, independentemente da boa vontade das partes, que nem sempre existe. Isso ainda é piorado nas instituições governamentais, cujas atividades são sempre vinculadas a outros órgãos públicos, a organismos privados, como sindicatos de servidores e as restrições legais orçamentárias. [...] Um processo de reforma estrutural raramente se resolve em menos que alguns anos [...]. Logo, se houver alternativa à opção da reforma, o juiz tenderá a prestigiá-la, ainda que não seja a melhor.⁵³³

E continua o autor, trazendo outra advertência preocupante:

Embora os juízes brasileiros estejam proferindo decisões que implicam reforma estrutural, ainda não existe a consciência de que os impactos concretos da ordem precisam ser avaliados de uma perspectiva sistêmica, desapegada de noções estáticas de elementos da ação, estabilização da demanda ou mesmo de coisa julgada.⁵³⁴

Segundo Eduardo Dantas, esses problemas foram sentidos, ou melhor, estão ainda sendo sentidos, na ADPF. Para o autor “a ADPF nº 347 é a mais ambiciosa ação estrutural ajuizada no país, a primeira na qual se pleiteiam reformas estruturais a nível nacional”, de modo que as dificuldades a serem enfrentadas são proporcionais ao tamanho das reformas pretendidas. Ressalta que “A pouca experiência do STF com esse tipo de demanda, a timidez demonstrada pelo tribunal no julgamento da liminar e a reação dos demais poderes e da sociedade civil são apenas alguns exemplos dessas dificuldades.”⁵³⁵

Lembra Dantas, que na liminar o STF concedeu apenas duas das medidas requeridas, quais sejam: a realização da audiência de custódia, que foi

⁵³² VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 401.

⁵³³ Ibid., p. 389-390.

⁵³⁴ Ibid., p. 398-399.

⁵³⁵ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Juruá editora, 2019, p. 67.

regulamentada pelo conselho nacional de justiça - CNJ e o pedido de descontingenciamento dos recursos do FUNPEN. E assim, entende que o Tribunal foi muito comedido e que deveria ter deferido o pedido de ampla fundamentação para decretação da prisão preventiva. Por outro lado, ressalta que o STF não vem monitorando de perto os efeitos produzidos pela referida liminar. Relaciona, ainda, outro desafio a ser enfrentando, aquele que consiste na reação dos demais órgãos e agentes públicos à decisão.⁵³⁶

Nesse sentido, foi apresentado no Senado Federal em 11.11.2015, ou seja, três meses após a liminar na ADPF n.º 347, o projeto de lei n.º 736, de autoria do senador Antônio Carlos Valadares, o qual busca regulamentar a figura do Estado de Coisas Inconstitucional.

Para Dantas “Trata-se de um projeto que pode esterilizar o instituto antes mesmo da sua germinação, razão pela qual o STF possivelmente levará em conta a reação do legislativo ao decidir o mérito dessa ADPF, devendo estabelecer um diálogo ou um debate com o congresso sobre o tema.”⁵³⁷

Tudo isso se coaduna com a advertência de Arenhart, trazida no final do item anterior, ao mencionar que para tratar dos litígios estruturais é necessário um sistema jurídico maduro o suficiente para aceitar um Estado que conviva com certa interferência judicial⁵³⁸.

Contudo, não se pode perder as esperanças, a exemplo do que foi visto na Colômbia, aos poucos a ideia do ECI foi sendo implantada até que alcançou bons resultados.

Até porque, consoante destaca Desirê Bauermann a partir da lição de John Chon Yoo, “é esperada no futuro maior interação entre os diversos ramos e níveis governamentais na tarefa de curar violações constitucionais” o Legislativo e o Executivo mais envolvidos, “provavelmente essas correções será menos um produto do Judiciário e mais o resultado de cooperação entre os diversos ramos governamentais.”⁵³⁹

⁵³⁶ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Juruá editora, 2019, p. 66-69.

⁵³⁷ Ibid., p. 68.

⁵³⁸ ARENHART. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 400.

⁵³⁹ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012, p.95.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, após o estudo do caso da ADPF n.º 347 e das doutrinas sobre litígios estruturais no capítulo segundo, verifica-se que o caso do sistema carcerário brasileiro preenche todos os requisitos previstos na tese do Estado de Coisas Inconstitucional, consoante definido pela Corte Constitucional colombiana e referendado por diversos autores doutrinários, conforme citações no decorrer dos capítulos.

Pode-se, observar também que a postura do STF, no julgamento do pedido liminar da ADPF 347, foi apresentada de forma mais contida, deixando claro, em especial no decorrer do voto do ministro relator, Marco Aurélio, que o Tribunal encontra-se aberto ao diálogo e que não pretende usurpar a função dos demais Poderes. Todavia, Eduardo Dantas anotou que a posição do STF foi extremamente contida, o que não contribui para um sucesso mais rápido e efetivo na superação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

Viu-se, inclusive, que o caso merece urgência, tamanha a gravidade informada nos relatórios do DEPEN e das CPI's. Situação até já reconhecida internacionalmente, através das diversas advertências e condenações sofridas pelo Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O ministro Luis Roberto Barroso, no decorrer de seu voto, ressaltou a situação caótica vivida pelos presidiários, os quais são seres humanos e já possuem uma pena para cumprir, não necessitando de mais uma pena, que se mostra pior, inclusive, que a reprimenda determinada na sentença, pois reflete um tratamento desumano e degradante. O referido ministro prolatou seu voto em forma de conversa com a sociedade, chamando a atenção desta para a gravidade e urgência dos fatos discutidos na arguição de descumprimento de direito fundamental.

No decorrer do julgamento da liminar, os ministros deixaram claro que em um Estado Democrático de Direito não se pode permitir situações como a do sistema carcerário brasileiro, onde há massiva violação de direitos humanos, sendo premente a necessidade de interação entre os poderes para a superação da situação de tamanha inconstitucionalidade.

Nesse norte, a incorporação da tese do Estado de Coisas Inconstitucional pode representar uma saída, ainda que não seja a mais condizente com o atual desenho Estatal. Menciona-se “pode”, pois, a partir do estudo realizado no segundo

capítulo, verifica-se que esta espécie de litígio requer um grande empenho do Poder Judiciário e também dos demais poderes e da sociedade, quanto mais envolvimento e comprometimento com a causa, melhor o seu resultado. Então, além das questões formais de legitimidade é preciso também dedicação para conseguir fazer a máquina estatal voltar a funcionar.

Além disso, a tese do ECI pode representar uma saída porque os litígios estruturais necessitam de uma solução de igual porte, um remédio estrutural, como chama a doutrina americana. De modo que, consoante, advertiu Vitorelli, decisões “a conta-gotas” não tem o condão necessário para solucionar o problema. Até porque, como visto, em especial na doutrina de Owen Fiss, os litígios estruturais requerem um novo modelo processual, pois seu objetivo não é encontrar o culpado pela situação e tentar restaurar o *status quo ante*, seu objeto não está em olhar o passado, mas sim em ter foco no futuro para que se alcance um novo *status quo* que esteja de acordo com os valores constitucionais, ou seja, que concretize os direitos fundamentais.

Importante ressaltar, que nesse tipo de processo não se deixa de olhar para o passado, mas o olhar é de modo diverso do processo tradicional, bipolarizado, é um olhar para encontrar soluções para a situação atual e também futura, trata-se de obter uma visão estratégica na busca das soluções para a realidade inconstitucional.

Em geral, essas soluções encontrariam respaldo em políticas públicas. Ocorre que seja por inapetência, seja por total omissão do Legislativo e do Executivo, elas não se concretizam e a massiva violação de direitos fundamentais vai agravando cada vez mais. Em geral, a omissão do Legislativo e do Executivo, está atrelada a graves bloqueios políticos e institucionais. Como é o caso do sistema carcerário, onde tais bloqueios são evidentes, seja em razão do desprestígio popular sobre esse grupo, seja em razão do direito de voto suspenso em razão das condenações criminais, ou mesmo da impossibilidade administrativa de se conseguir garantir o exercício desse direito por aqueles que estão presos provisoriamente.

Nesse rumo, verifica-se que o Judiciário é o único dos Poderes capaz de conseguir tirar os demais da inércia e fazer a máquina estatal voltar a funcionar. Contudo, essa atuação gera diversos questionamentos na comunidade jurídica, política e administrativa, a começar pelas objeções de legitimidade.

Destarte, no decorrer do presente trabalho chegou-se à constatação da legitimidade do Judiciário para atuar em tais casos, ainda que isso signifique certa

intervenção na função das demais esferas de poder. Com o que, não se quer dizer que o Judiciário é o salvador da pátria, porém, como visto, é o que possui melhores condições de iniciar a resolução do problema, diante do quadro de inércia dos demais poderes e de graves bloqueios políticos e institucionais.

Fala-se “iniciar”, pois, embora reconhecida a legitimidade conferida ao Judiciário, foi reconhecida a possibilidade de uma legitimidade excepcional, e como afirma Fletcher a sua interferência deve durar o menos possível. Conforme Campos há um ativismo no ponto de partida e diálogos no trajeto e na chegada.

Desse modo, verificou-se a possibilidade de reconhecimento de legitimidade ao Poder Judiciário para atuar de forma mais proativa na questão de litígios estruturais, os quais envolvem políticas públicas. Porém é uma legitimidade excepcional e temporária, justificada pela inércia dos demais poderes e pela situação de violação massiva de direitos fundamentais. Justificada, ainda, pela função da Corte Constitucional de guardiã da Constituição e pelos fins maiores do Estado, consistentes na concretização de direitos fundamentais.

Outra justificativa importante para o reconhecimento da legitimidade da Corte para a atuação nesses casos, extrai-se da doutrina de Owen Fiss. Fiss defende a legitimidade democrática da Corte com base na teoria de Estado, adotada pelos Estados Democráticos de Direito. Segundo ele, com o surgimento do *Welfare State*, foi desenvolvida a teoria do consentimento que é radicalmente diferente da individualista. De modo que, nas democracias, o consentimento é dado ao sistema estatal, como um todo e não a cada instituição separadamente. Logo, a legitimidade de cada instituição presente no sistema não depende do consentimento do povo a cada uma delas, mas da capacidade de uma instituição para executar a função a ela atribuída dentro do sistema em questão.

Com efeito, conclui Fiss que “o consentimento do povo é necessário para legitimar o sistema político, do qual o Judiciário é parte integrante; e a possibilidade do povo contestar decisões judiciais, através, digamos, de emendas constitucionais, preserva o caráter consensual do sistema como um todo.” E adverte o autor: “Uma concisa e mais particularizada dependência do consentimento popular, privaria o Judiciário de sua independência e, conseqüentemente, de sua idoneidade para aplicar a lei.”⁵⁴⁰

⁵⁴⁰ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública**: Processo, Jurisdição e Sociedade. Coordenação da Tradução: Carlos Alberto de Salles. 2 ed. rev. e atual. Juruá Editora, 2017, p. 88-89.

Ressalta que a legitimação do Estado intervencionista pode ser comparada à legitimação da nova forma de litigância proposta, ou seja, da reforma estrutural, pois ambos refletem um ceticismo da justeza do *status quo* e representam o uso afirmativo do poder estatal, bem como destacam a importância dos valores públicos e da necessidade de que eles se tornem realidade.

Por outro lado, verificou-se que os diálogos institucionais e com a sociedade, conforme proposto pelas doutrinas dos litígios estruturais também conferem legitimidade democrática à Corte, contribuindo, inclusive para a concretização do ideal democrático de participação popular. Nesse sentido, forçoso lembrar da lição de Hübner, para o qual a legitimidade é cambiante, havendo maior ou menor legitimidade, conforme a postura de cada um dos órgãos no diálogo constitucional.

Logo, os instrumentos utilizados nos julgamentos dos litígios estruturais, em especial as audiências públicas, são capazes de trazer a participação popular na definição das soluções e metas a serem tomadas, o que traz um caráter altamente democrático para o julgamento. Além disso, fomentam a participação dos demais poderes, o que contribui para ressaltar a capacidade desses poderes e não para usurpar a sua função.

Contribui, ainda, para a verificação de legitimidade da Corte, a proposta das teorias dos litígios estruturais. No sentido de que fixação de ordens flexíveis, ou seja, ordens menos detalhadas e que dão espaço para a discricionariedade da esfera legislativa, na criação das políticas públicas, ou da esfera executiva, na implementação das políticas públicas. Dessa forma, verifica-se que ocorre um diálogo mais direto entre os três poderes e entre estes e a sociedade, aproximando-se das teorias de aconselhamento sistematizadas por Bateup.

Foi o que se constatou no julgamento do caso dos deslocados forçados na Colômbia, através da *Sentencia* T-025. Desde o início do julgamento, em 2004, até meados de 2008, a Corte colombiana proferiu ordens mais abertas, deixando espaço de deliberação para os outros poderes. Contudo, verificou-se, através de dados estatísticos, que os resultados, das políticas públicas aplicadas pelo governo, ainda eram pouco significativos, o que levou a Corte a ditar ordens menos flexíveis, mais diretas e com maior executoriedade.

Através desse caso, é possível constar que a maior interferência da Corte veio a ocorrer em razão da postura comedida dos demais poderes. Assim, pode-se dizer que a nova postura da Corte colombiana parece encontrar respaldo na lição de

Hübner, no sentido de que a legitimidade é de certa forma flutuante, oscilando conforme a atuação de cada Poder, uma vez que quando um não atua de forma suficiente, abre espaço para o outro atuar. Tudo isso porque, considerando os fins do Estado, não se pode mais ficar numa forma estática de Separação de Poderes e permitir que essa formulação impeça a tomada de atitudes para a superação da violação de direitos fundamentais.

Nesse norte, verifica-se que a forma dialógica defendida pelas duas teorias dos litígios estruturantes, traz elementos a justificar a não violação do princípio da Separação de Poderes, ou melhor, demonstram que, na atual sociedade complexa, o princípio da Separação de Poderes não pode mais ser visto de forma essencialmente rígida, estática.

Aliás, lembrando da citação de Campos, a forma estática da separação de poderes não se encontra de acordo com a Constituição Federal brasileira, a qual requer um “modelo dinâmico, dialógico, cooperativo de poderes”⁵⁴¹, no qual os poderes devem compartilhar autoridade e responsabilidade em favor da efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais nela previstos.

Nesse mesmo rumo, encontra-se a doutrina de Gargarella, segundo o qual a forma rígida de Separação de Poderes com sistema de freios e contrapesos, fomenta a competição entre os poderes, o egoísmo institucional, o que não abre espaço para o diálogo. Tanto é que, ao comentar as principais teorias dialógicas, o referido autor aduz que não é possível colher muitos resultados através da implantação de uma teoria dialógica num sistema rígido de separação de poderes.

Por outro lado, Rodriguez também defende a necessidade de uma nova forma de separação de poderes. Contudo, ressalta a essência da teoria no que toca a necessidade de controle dos Poderes, para se evitar o arbítrio e o abuso do poder, já sentidos na história mundial, os quais trouxeram razões para a construção da referida teoria. Nessa mesma linha, encontram-se as lições de Bruce Ackerman.

Desse modo, verifica-se a necessidade de se olhar a forma de separação de poderes de uma maneira mais aberta, afastando-se da competição entre os poderes e aproximando-se da cooperação entre os poderes. Vale ressaltar, que as propostas de diálogos trazidas pelas teorias estruturantes, não pretendem permitir uma usurpação de poderes, de funções, mas instigar a cooperação para que cada qual,

⁵⁴¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 306.

trazendo a sua *expertise* e as suas possibilidades, possa participar da construção da solução e se comprometer com ela. O que, inclusive, coaduna-se com a conceituação de diálogo trazida no início do quarto capítulo.

Assim, o tema dos litígios estruturais, e principalmente de sua forma organizada na tese do ECI, é capaz de conduzir o pesquisador a diversos assuntos, sendo que neste trabalho focou-se na questão da legitimidade e da Separação de Poderes.

Por fim, pode-se dizer que a hipótese prevista foi confirmada, pois os diálogos institucionais, nos moldes das doutrinas sobre os litígios estruturais, além de conferirem legitimidade democrática ao Tribunal Constitucional trazem elementos para um novo olhar para o princípio da Separação de Poderes, uma visão menos estática, mais aberta e cooperativa, exigindo que os Poderes saiam da posição de competição e passem a colaborar mutuamente para alcançarem os fins principais do Estado e o núcleo axiológico da Constituição, ou seja, os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDREA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de coisas inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. Vol. 2, 2015, p. 211-229.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **O judicial review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/312427231_O_Judicial_Review_e_o_ativismo_judicial_da_Suprema_Corte_americana_na_protecao_de_direitos_fundamentais>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo* nº 254, 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público].

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise**: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71 (3), 2006. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>>. Acesso em: 2 set. 2018.

BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

BELTRÁN, Oscar Heriberto Sandoval. **Análisis de la incidencia de la Sentencia T025/04 de la Corte Constitucional sobre la no protección a la población desplazada, en la Política Pública de atención al desplazamiento forzado en Bogotá. Caso de estudio: administración de Luís Eduardo Garzón**. *Monografía de Grado Presentada como requisito para optar al título de Politólogo En la Facultad de Ciencia Política y Gobierno Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*. Disponível em: <<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/730/1010164062.pdf;jsessionid=81CA84854B43156DFEE593860D6BACB4?sequence=1>>. Acesso em: 02 set. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRANDÃO Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais**. 2ª Ed., Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 04 fev. 2019

_____. **Emenda Constitucional n.º 45/2004**, Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 04 fev. 2019.

_____. **Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1.º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 de novembro de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório da CPI do Sistema Carcerário de 2007**. Brasília, 2009, p.01. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 7 set. 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 set. 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n.º 580.252/MS**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 16 fev. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 08 set. 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.356/MS**. Requerente: Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 03 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4817597>>. Acesso em: 08 set. 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n.º 641.320/RS**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Luciano da Silva Moraes. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 de maio de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4076171>>. Acesso em: 08 set. 2018.

CALABRESI, Guido. *The Supreme Court 1990 Term, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, 105 HARV. L. REV. 80, 104, 1991.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 1º set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CÁRDENAS, Blaca Raquel. **Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

CASTRO, William Rodrigo Avendaño. *Desplazamiento forzado em Colombia: enfoque de justicia de Amartya Sen*. **Revista Academia & Derecho**, ano 9, n.º 16, 2018, pp.259-282. Disponível em: <<http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/311/305>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law litigation*. 89 Harv. L. Rev. 1281 1975-1976. *Traducción al español* de Olivia Minatta y Francisco Verbic. **Revista de Processo**. n.º 268, junho 2017.

COLOMBIA. **Ley 387, de 12 de diciembre de 1997**, por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia. Disponível em: <<https://www.unidadvictimas.gov.co/es/ley-387-de-1997/13661>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

_____. **Corte Constitucional**. Sentencia T-025 de 22 de janeiro de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Auto de seguimiento 385 de 2010. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá, 6 de julio de 1991. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da CIDH: Medidas Provisórias em face do Brasil.** Assunto do Complexo Penitenciário de Curado, 22 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_por.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional.** Curitiba: Juruá Editora, 2019.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) - 2014.** Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2018.

DIÁLOGO. In: Escola de Diálogos de São Paulo. Disponível em: <<http://escoladedialogo.com.br/escoladedialogo/index.php/sobre-o-dialogo/>>. Acesso em: 18 set. 2019.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais.** Salvador: Juspodivm, 2017.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESTADOS UNIDOS. **Suprema Corte.** Caso: *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/60/393#writing-USSC_>. Acesso em: 19 jan. 2018.

FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar (orgs). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

FERREIRA, Ruan Espíndola. Possibilidade de Aplicação das Teorias dos Diálogos Institucionais no Ordenamento Brasileiro: um estudo sobre a inconstitucionalidade por omissão. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/PossibilidadeAplicacaoTeorias>>. Acesso em: 25 jul. 2019

FISS, Owen. **As formas de Justiça.** In: WATANABE, Kazuo (et al) (org.). O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público. Salvador: JusPODIVM, 2017.

_____. **Direito como Razão Pública: Processo Jurisdição e Sociedade.** Cood. Trad. Carlos Alberto de Salles, 2. ed. - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2017.

_____, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injuction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais.** Salvador: Juspodivm, 2017.

_____, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004, e que foi acostado no livro brasileiro, organizado por: GRINOVER, Ada Pellegrini.

FLETCHER, William A. *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*. **Yale Law Journal**. Vol. 91, n. 4, March 1982. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1698/>>. Acesso em: 03 set. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 25. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

_____; GUATAQUÍ, Juan Carlos [et al] (Coord.). **Mas allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Universidade de los Andes, Faculdade de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

GARGARELLA, Roberto. **O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos**. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2019.

GIL, Adriana González. *Del desplazamiento forzado interno en Colombia a la migración transfronteriza hacia Ecuador*. **Estudios Políticos**, 47, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2015 pp. 177-197.

GISMONDI, Rodrigo Altenburg Odebrecht Curi. **Processo civil de interesse público e medidas estruturantes**: da execução negociada à intervenção judicial. Dissertação de mestrado (Direito). UERJ, fevereiro de 2016.

GOMES, Eduardo Biacchi. A supranacionalidade e os blocos econômicos. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 38, n. 0, 2003. p. 159-183. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v38i0.1767>>. Acesso em: 30 set. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da [coord.]. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 255-256.

HAMILTON, A.; Madison, J.; Jay, J. [1787] (1982), *The Federalist Papers*, New York: Bantam Books. In: GARGARELLA, Roberto. **O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos**. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2019.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La función creadora del Tribunal Constitucional*. **Revista Direito Penal e Criminologia da Universidade Externado**, vol. 32, núm. 92, p.13-33, 2011.

_____. ***La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela***: El llamado "Estado de cosas inconstitucional". Centro de Estudios Constitucionales de Santiago, Chile, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 203-228. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>>. Acesso em: 02 set. 2018.

HUAROTO, Beatriz May Ling Ramirez. ***El “Estado de Cosas Inconstitucional” y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público: una mirada a la jurisprudência colombiana y peruana***. Tesis para optar por el grado de Magistra em Derecho Constitucional. Escuela de Posgrado da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.

IGLESIAS; Edimer Leonardo Latorre. ***Litigio estructural y experimentalismo jurídico***: análisis sociojurídico a los cambios generados por la Sentencia T-025 en la población desplazada. Santa Marta: Universidad Sergio Arboleda, 2015. Disponível em: <<https://docplayer.es/83102898-Litigio-estructural-y-experimentalismo-juridico-analisis-sociojuridico-a-los-cambios-generados-por-la-sentencia-t-025-en-la-poblacion-desplazada.html>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO – IBRAJUS. **Entrevista de Ministro Gilmar Mendes**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/entrevista.asp?idEntrevista=60>>. Acesso em: 08 set. 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Reincidência Criminal no Brasil**: relatório de pesquisa. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em 3 set. 2018.

JARAMILLO, Leonardo Garcia. ***Constitucionalismo deliberativo: estudo sobre o ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentário***. Cidade do México: UNAM, 2015.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, posição 1889. Documento disponível para *Kindle*.

_____. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.449-466.

_____, Marco Felix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 563-582.

JOHNSON, Gerard W. **A Suprema Côrte dos Estados Unidos**. Tradução de Luiz Fernando. Rio de Janeiro: Record, 1964.

LAGE, Daniel Dore; BRUGGER, Andrey da Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017, p. 193-240. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>>. Acesso em: 25 set. 2018.

LEAL, César de Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LLEWELLYN, S.; NORTHCOTT, D. *The “singular view” in management case studies qualitative research in organizations and management*. In: **International Journal**, v. 2, n. 3, 2007, p. 194-207.

LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. **Revista Mexicana de Sociología**. Vol. 70, núm. 3, julio-septiembre, 2008, p. 487-539.

LUCA, Andréa Quirino de; ANDRADE, Daniel Fonseca de; SORRENTINO, Marcos. **O Diálogo como Objeto de Pesquisa na Educação Ambiental**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/edreal/v37n2/14.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2019.

MACHADO, Daniela Sanclemente; VILLALOBOS, Carlos José Lasprilla. **El juez de Tutela como Arquitecto del Estado Social de Derecho**. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2014.

MARMELSTEIN, George. **As Piores Decisões da Suprema Corte dos EUA em matéria de direitos fundamentais – Parte I (Caso Dred Scott)**. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/10/21/as-piores-decisoes-da-suprema-corte-dos-eua-em-materia-de-direitos-fundamentais-parte-i-caso-dred-scott/>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

MBAZIRA, Christopher. *From Ambivalence to Certainty: Norms and Principles for Structural Interdict in Socio-economic Rights Litigation in South Africa*. **South African Journal of Human Rights**. Vol. 24, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política, 2008. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES>. Acesso em: 15 ago. 2019.

MENEGAT, Fernando. **A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

MORAIS, José, Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MORO, Sergio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

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

NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. **Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos**. Disponível em: <https://www.academia.edu/37544449/Dos_Lit%C3%ADgios_aos_Processos_Estruturais_pressupostos_e_fundamentos>. Acesso em: 19 set. 2018.

O'DONNELL, Guillermo. Hacia un Estado de y para la Democracia. In: MARIANI, Rodolfo (coord.) **Democracia/Estado/Cidadanía: Hacia un Estado de y para la democracia em América Latina**, Lima: Sede PNUD, 2007. Disponível em: <<https://biblio.flacsoandes.edu.ec/catalog/resGet.php?resId=54776>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição Constitucional**. Juruá Editora, 2016.

PAIXAO, Juliana Patrício da. **Estado de Coisas Inconstitucional: perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL). **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

PENÃ, Gabriel Bustamante. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. Dissertação de Mestrado (Estudos Políticos). Pontificia Universidade Javeriana, Faculdade de Ciências Políticas e Relações Internacionais, Bogotá, 2011.

PUGA, Mariela. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**. Año I, n. 2, 2014.

RAMÍREZ, Quinche; RÚGELES, Rivera. El Control Judicial De Las Políticas Públicas Como Instrumento De Inclusión De Los Derechos Humanos. **Vniversitas**. Bogotá (Colombia) N° 121: 113-138, julio-diciembre de 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a05.pdf>> Acesso em: 15 ago. 2019.

RODRIGUES, Luis Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. *As Structural Injunctions e o Direito Processual Brasileiro*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** : para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROULEAU, Paul; SHERMAN, Linsey. *Doucet-Boudreau, Dialogue and Judicial Activismo: Tempest in a Teapot?* **Ottawa Law Review**. Vol. 41(2), 2009, p.171-206.

RUDENSTINE, David. Institutional Injunctions. **Cardozo Law Review**. Vol. 4, 1983.

Litigio estrutural en america latina: genesis y tendencias. **Cardozo Law Review**. Vol. 4, 1983.

SABEL, Charles F; SIMON, William. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*. **Harvard Law Review**. Vol. 117, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/737/>. Acesso em: 25 ago. 2019.

SAPORI, Luis Flávio; SANTOS, Roberta Fernandes; MAAS, Lucas Wan Der. **Fatores Sociais Determinantes da Reincidência Criminal no Brasil: O caso de Minas Gerais**. Revista Brasileira De Ciências Sociais. Vol. 32 N° 94, junho/2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc-3294092017.pdf>> Acesso em: 02 set. 2018.

SARAVIA CABALLERO, Jackeline; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Andrea. Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. **Revista Prolegómenos**. Derechos y Valores, 18,35,121-134. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2015000100007&lng=en&tlng=en>. Acesso em: 10 mar. 2018.

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMANN, José Guilherme [et al]. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA, Fernando Garcia. Política educacional – Suprema Corte dos EUA – *Caso Brown v. Board of Education* 347 U.S 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da [coord.]. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

STRECK, Lenio; BOLZAN, José Luis Bolzan de Moraes. **Estudos sobre (neo)constitucionalismo**. São Leopoldo: Oikos, 2009.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STURM, Susan. *In the normative theory of Public Law Remedies*. Columbia Law School, 1991. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/11110/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

TASSINARI, Clarissa. Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: os textos centrais, a teoria contra o destino. Tradução: Paulo César Castanheira. São Paulo Boitempo, Santa Catarina: Editora Argos, 2001. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/politica-os-textos-centrais.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Desafios à Jurisdição em Políticas Públicas: o que se pode aprender com a experiência da Colômbia. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____; Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. **Constitucionalismo cooperativo ou Supremacia do Judiciário?** Disponível em: <www.publicadireito.com.br/manaus/arquivos/anais/sao_paulo>. Acesso em: 19 set. 2019

VIEIRA, Luciane Klein. *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función del Derecho Internacional Privado*. 1. ed. Cidade Autónoma de Buenos Aires: Laley, 2017.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 369-422.

WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. (Coord). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

WHITE, G. Edward. *Earl Warren's influence on the Warren Court*. TUSHNET, Mark (coord.). **The Warren Court in historical and political perspective**. University Press of Virginia, 1993.

YIN. R. K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

ZAMPIER, Débora. **Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa**. *Agência CNJ de Notícias*. Brasília, 15 de julho de 2015. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>>. Acesso em: 3 set. 2018.

ZARATTINI, Carlos. **Requerimento criação Comissão Parlamentar de Inquérito**: para investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1297941&filename=Tramitacao-RCP+6/2015>. Acesso em: 20 set. 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário**: crises, acertos e desacertos.
Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ANEXO 1 – QUADRO COMPARATIVO DAS TEORIAS DIALÓGICAS, POR SEBASTIÁN LINARES

520

SEBASTIÁN LINARES

Cuadro 1
PROBLEMAS DE LAS FORMAS DE DIÁLOGO INTERORGÁNICO EXISTENTES

<i>Canales de diálogo interorgánico</i>	<i>¿Tiene potencialidad para engendrar un genuino diálogo?</i>	<i>¿Tiene la mayoría del Congreso la última palabra institucional?</i>
Fórmula canadiense	No, porque cuando el Congreso emplea la cláusula <i>notwithstanding</i> con carácter represivo está obligado a aceptar que la sentencia de la Corte tiene valor epistémico (en lo que respecta a los derechos violados), y ni siquiera está obligado a dar otra clase de razones para hacer uso de la misma.	Sí (haciendo uso de la cláusula <i>notwithstanding</i>)
Fórmula británica	No, porque el Congreso no está obligado a responder públicamente a las declaraciones de incompatibilidad. Con ello, el Congreso tiene incentivos para omitir la confrontación pública de argumentos.	Sí (omitiendo discutir en sede legislativa la declaración judicial de incompatibilidad o al reformar la carta de derechos)
Fórmula israelí	No, porque la reforma a la Carta de Derechos generaría la sensación de que las cláusulas de derechos son fórmulas a ser manipulables. La reforma a la Carta de Derechos pasa a ser la expresión de un uso estratégico de la argumentación, consistente en cambiar los principios para justificar las decisiones políticas.	Sí (mediante la reforma a la Carta de Derechos)
Vía interpretativa	No, porque ésta de hecho se emplea estratégicamente, eludiendo la confrontación de las razones ofrecidas por el Congreso.	Depende del sistema. No en un modelo robusto de justicia constitucional en el marco de una Constitución rígida.
Consulta legislativa (modelos robustos de revisión judicial)	Sí	No
Litigio de reforma estructural	Sí. La Corte actúa sólo como actor con <i>poder de agenda</i> . Su viabilidad depende de la voluntad de los magistrados y de la existencia de resortes jurídicos apropiados.	Sí

Fuente: Elaboración propia.