

THIAGO CLEMENTE COBUCCI

O ESTADO DE COISAS INCONTITUCIONAL E AS DECISÕES DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Análise teórica e empírica da capacidade institucional das Cortes Constitucionais para lidar com problemas policêntricos e promover a efetividade de suas decisões que dependem da implementação de políticas públicas



THIAGO CLEMENTE COBUCCI

**O ESTADO DE COISAS
INCONTITUCIONAL E AS DECISÕES
DA CORTE CONSTITUCIONAL DA
COLÔMBIA E DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

*Análise teórica e empírica da capacidade
institucional das Cortes Constitucionais para lidar
com problemas policêntricos e promover a
efetividade de suas decisões que dependem da
implementação de políticas públicas*



*Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo
Portal de Livros Abertos da USP
2024*



Este trabalho é de acesso aberto. A reprodução parcial ou total deste trabalho é permitida, desde que a fonte e o autor sejam citados e a licença Creative Commons seja respeitada.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: Professor Titular Carlos Gilberto Carlotti Junior

Vice-Reitora: Professora Titular Maria Arminda do Nascimento Arruda

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Professor Titular Celso Fernandes Campilongo

Vice-Diretora: Professora Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

CONSELHO EDITORIAL - LIVROS ABERTOS DA FACULDADE DE DIREITO

- Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Professora Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia e Vice-Diretora da Faculdade de Direito
- Gustavo Ferraz de Campos Monaco, Professor Titular do Departamento de Direito Internacional e Comparado e Presidente da Comissão de Pós-Graduação
- José Marcelo Martins Proença, Professor Doutor do Departamento de Direito Comercial e Vice-Presidente da Comissão de Pesquisa e Inovação
- Juliana Krueger Pela, Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial e Vice-Presidente da Comissão de Pós-Graduação
- Lucas Fucci Amato, Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito e Secretário Executivo da Coleção
- Sheila Christina Neder Cerezetti, Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial e Presidente da Comissão de Pesquisa e Inovação

O conselho editorial pode convidar pareceristas especializados para a avaliação das obras submetidas, conforme suas áreas e temáticas especializadas

CRÉDITOS DA OBRA

Capa e Diagramação | Sarah Aimê do Carmo

FICHA CATALOGRÁFICA

Cobucci, Thiago Clemente

O Estado de Coisas Inconstitucional e as decisões da Corte Constitucional da Colômbia e do Supremo Tribunal Federal [livro eletrônico] / Thiago Clemente Cobucci. -- São Paulo : Andrago Desenvolvimento e Editorações, 2024.

PDF

Bibliografia.

ISBN 978-65-996826-6-7

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal 2. Controle de constitucionalidade 3. Controle de constitucionalidade - Colômbia 4. Poder judiciário e questões políticas 5. Políticas públicas I. Título.

24-238358

CDU-340.131.5

Índices para catálogo sistemático:

1. Controle de constitucionalidade : Direito 340.131.5

Eliete Marques da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9380





“A visão limitada da Corte sustenta que o litígio judicial bem-sucedido para produzir uma reforma social significativa pode ser pouco mais do que ‘uma ilusão provocadora, como um legado generoso no testamento de um pobre’ (Edwards v. California 1941, 186)”¹.

(Gerald Rosenberg)

¹“The Constrained Court view holds that successful court litigation to produce significant social reform may amount to little more than ‘a teasing illusion like a munificent bequest in a pauper’s will’ (Edwards v. California 1941, 186).” ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?*. Third Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2023, p. 27 (tradução nossa).



SUMÁRIO

Apresentação	7
Introdução	9
1. A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS SOCIAIS POR CORTES CONSTITUCIONAIS: REFLEXÕES PAUTADAS NAS VANTAGENS E NOS PROBLEMAS DA ABORDAGEM JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	12
1.1. A atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos na gestão de políticas públicas	12
1.1.1. O caso Brown vs. Board of Education	13
1.1.2. O caso da superlotação dos presídios: Holt v. Sarver I e Holt v. Sarver II. 27	
1.1.3. A Natureza comum das questões enfrentadas: os problemas policêntricos ou litígios estruturais	34
1.2. A defesa do papel das Cortes na formulação de políticas públicas: vantagens decorrentes da posição dos juízes	42
1.2.1. Owen Fiss: a indissociabilidade das tarefas de declaração e de efetivação dos direitos constitucionais.....	43
1.2.2. Chayes, Sabel e Simon: a sobreposição institucional desordenada e pragmática e o experimentalismo de ordens flexíveis e provisórias	54
1.3. Críticas à capacidade das Cortes na gestão de problemas cuja superação demanda a implementação de políticas públicas	62
1.3.1. A crítica jurídica: Fuller e a questão dos “problemas policêntricos”	63
1.3.2. A crítica baseada em dados empíricos: Gerard Rosenberg e a perigosa “sedução do litígio”	68
1.4. Os julgados sobre o “Estado de Coisas Inconstitucional” como novos exemplos desse mesmo fenômeno	76
2. ANÁLISE DE CASOS: OS JULGADOS DA CORTE COLOMBIANA E A ADPF 347 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	84
2.1. Sentencia T-153/1998, de 28/4/1998: Sistema prisional colombiano	85
2.1.1. Identificação e particularidades do problema.....	86
2.1.2. Medidas necessárias para superação da conjuntura inconstitucional estabelecida	87
2.1.3. Decisão da Corte.....	88
2.1.4. Repercussões e desfechos da decisão e das medidas adotadas	91
2.2. Sentencia T-025/2004, de 22/1/2004: O caso das Pessoas Deslocadas em Razão de Conflitos Violentos Internos na Colômbia	94
2.2.1. Identificação e particularidades do problema.....	94
2.2.2. Medidas necessárias para superação da conjuntura inconstitucional estabelecida	94



2.2.3.	Decisão da Corte.....	95
2.2.4.	Repercussões e desfechos da decisão e das medidas adotadas	99
2.3.	ADPF 347: O Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro	102
2.3.1.	Identificação e particularidades do problema.....	103
2.3.2.	Medidas necessárias para superação da conjuntura inconstitucional estabelecida	107
2.4.	Decisão da Corte.....	110
2.4.1.	Repercussões e desfechos da decisão e das medidas adotadas	119
3.	LIMITES E POTENCIALIDADES: A INSERÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NO CONTEXTO DE ELABORAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	123
3.1.	Benefícios potenciais da atuação das Cortes.....	123
3.1.1.	O destaque ao problema a partir do poder simbólico das decisões judiciais 124	
3.1.2.	A superação de bloqueios institucionais e a inserção de interesses excluídos do debate na arena política	127
3.1.3.	A articulação dos Poderes Políticos e da sociedade civil a partir do processo judicial	130
3.2.	Limitações inerentes à capacidade institucional das Cortes Constitucionais 132	
3.2.1.	A natureza particular das políticas públicas e a necessidade de cooperação dos demais Poderes e da sociedade.....	136
3.2.2.	A escassez de instrumentos essenciais à formulação de políticas públicas 138	
3.2.3.	O problema de legitimidade democrática das Cortes	141
3.3.	Diálogo interinstitucional: a potencialidade do diálogo entre instituições na construção de soluções para problemas estruturais que dependem da implementação de políticas públicas	142
3.3.1.	A teoria do diálogo interinstitucional.....	143
3.3.2.	As características necessárias da decisão da Corte para que esta proporcione o diálogo interinstitucional	147
3.3.3.	Consequências positivas do diálogo interinstitucional para a litigância estrutural	152
	Conclusão.....	155
	Referências Bibliográficas.....	164



Apresentação

O presente estudo tem por objetivo examinar a técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional, adotado em decisões da Corte Constitucional da Colômbia e do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a partir da análise teórica e empírica da capacidade institucional das Cortes Constitucionais para lidar com problemas policêntricos e assegurar a efetividade de suas decisões que dependem da implementação de políticas públicas. Verificou-se que as Cortes desempenham funções relevantes relacionadas à visibilidade, à superação de bloqueios institucionais e à coordenação dos demais Poderes e da sociedade civil, apesar de enfrentarem limitações relacionadas à falta de instrumental específico para gestão de políticas públicas. Diante destes elementos, concluiu-se pela adoção do diálogo interinstitucional como modelo apto a potencializar os resultados da intervenção das Cortes Constitucionais na gestão de políticas públicas, um modelo que também é mais compatível com a Separação de Poderes e as capacidades institucionais.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional; problemas policêntricos; capacidade institucional; diálogo interinstitucional; gestão de políticas públicas.

A Deus, sempre.

À minha Família, devo tudo e sou grato por tudo. Aos meus avós, Lúcia, Luigi, Olívio e Gercina, os três primeiros já não mais presentes no meu dia a dia, agradeço pela coragem, pelo amor, pelo incentivo ao estudo e por todos os ensinamentos, a história de vida de cada um de vocês me inspira constantemente. Aos meus pais, Roberto e Zenaide, agradeço imensamente por todo suporte, incentivo, cuidado, atenção, carinho e amor. Sem vocês nada do que consegui realizar durante minha graduação teria sido possível. A proteção e o cuidado de vocês foi imprescindível para cada passo na minha vida. Ao meu irmão, Matheus, agradeço o carinho, o cuidado, a companhia e a irmandade de sempre. Sem as nossas discussões e nossos projetos conjuntos, a vida não seria tão alegre. Agradeço por sempre me inspirar a ser alguém melhor e por me auxiliar em todos os meus objetivos. À minha irmã Geovanna, cuja ausência será sempre o maior vazio de minha vida, pela constante proteção. A sua marca corre fundo nas minhas veias e me esforçarei sempre para honrar sua memória. Jamais te esquecerei.

À Universidade de São Paulo, agradeço por ter mudado a minha vida e me proporcionado uma graduação valiosa e rica em oportunidades. Às Universidades Ludwig-Maximilians-Universität, Université Paris Panthéon-Assas e Université Jean Moulin Lyon 3, agradeço o enriquecimento e a internacionalização da minha formação e, às duas primeiras, por toda a estrutura e organização destinada à recepção de alunos estrangeiros, da qual usufruí em Munique e em Paris, respectivamente.

Devo agradecimento especial ao meu orientador, Professor Marcos Paulo Veríssimo, pelo incentivo, pelas enriquecedoras discussões, pela disponibilidade



e atenção e, sobretudo, pela paciência, compreensão e adaptação durante meu período na Alemanha. Registro também minha gratidão a todos os professores com quem tive contato, em especial Professor Conrado Hübner Mendes (USP), Professor Idris Fassassi (Paris Panthéon-Assas) e Professor Klaus Sachs (Ludwig-Maximilians-Universität), que em muito contribuíram para o desenvolvimento do meu conhecimento sobre os métodos da pesquisa jurídica, para o aperfeiçoamento da minha escrita e para o aguçamento da minha curiosidade acadêmica. Também agradeço de maneira especial ao Professor Ricardo Aprigliano, o Rica, pela confiança, pela oportunidade de participar como estagiário acadêmico no concurso de Livre Docência do Departamento de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo no ano de 2022, pelos diversos ensinamentos acadêmicos e profissionais, pelo incentivo à dedicação acadêmica e pela possibilidade de continuar estagiando e aprendendo com ele, apesar de à distância e em intercâmbio na Alemanha durante o ano de 2023.

Agradeço também aos meus amigos, em especial Júlio Brandão, um irmão que a vida me deu, pela fiel amizade, insubstituível companhia e pelas longas conversas, sobre a tese e sobre a vida, que foram essenciais e indispensáveis no decorrer da graduação e do desenvolvimento deste trabalho. Ainda, agradeço ao Júlio por todo o auxílio bibliográfico enquanto não estive no Brasil. Também aos amigos que, de alguma forma, contribuíram neste processo: Rafael Kenji, Vittorio Santaniello, Marcos Aurélio Freitas, Mariana Feliciano, Helena Pereira, Matheus Sellito, Sophia Namen, Débora Cordeiro, David Fardin, Neto Carosio e Loui Davi. A companhia, o apoio e a amizade de vocês foram essenciais durante a graduação, tornando-a mais leve, divertida e feliz.



Introdução

Esta tese parte de inquietações relacionadas ao constitucionalismo moderno, à ideia de constituição, ao princípio da supremacia da constituição e, sobretudo, ao controle judicial de constitucionalidade. A análise e a pesquisa dos tópicos que se inserem dentro destes grandes temas e especificamente na temática da supremacia constitucional e do controle judicial de constitucionalidade são extremamente vastas e abrangentes. No que se refere ao estudo do controle judicial de constitucionalidade, a literatura pode ser repartida em dois centros de análise: de um lado, há a literatura que analisa e estuda o controle judicial de constitucionalidade pelo prisma da legitimidade; por outro lado, há também a literatura que investiga o controle judicial de constitucionalidade pelo prisma da capacidade institucional das Cortes Constitucionais.

Em sentido semelhante, ao analisar as críticas à ação expandida do poder judiciário, Marcos Paulo Veríssimo as divide em três categorias distintas²: as críticas de legitimidade (voltadas, sobretudo, para a chamada dificuldade contramajoritária); a crítica institucionalista (direcionada aos países em desenvolvimento, destacando o perfil que as cortes deveriam possuir para proporcionar o desenvolvimento econômico das nações³); e, por fim, a crítica de capacidade instrumental ou crítica instrumental (que se atenta justamente aquilo que as Cortes conseguem ou não conseguem fazer com o aparato instrumental que lhes é dado). Destaca-se, desde já, que este trabalho explora o *judicial review* pela perspectiva da capacidade instrumental.

A literatura majoritária e mais conhecida acerca do controle judicial de constitucionalidade se debruça sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade realizado por juízes togados. Assim, o principal questionamento que surge e sobre o qual se escreveu e se pesquisou relaciona-se à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. Em síntese, voltou-se os olhos em especial para a razão pela qual se atribui a um grupo de indivíduos não eleitos e não responsáveis politicamente (juízes togados) a competência e prerrogativa de invalidar leis aprovadas pelo Legislativo, poder político democraticamente eleito, sob a justificativa de que estas seriam contrárias à Constituição.

Apesar de reconhecer e destacar a importância relacionada à discussão sobre a legitimidade, este trabalho não versará sobre a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade e não dedicará esforços visando defender a (i)legitimidade do *judicial review*. A escolha deste trabalho, portanto, é por uma abordagem que interroga a capacidade institucional das Cortes Constitucionais, deixando de lado a questão da legitimidade e partindo do

2 VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2006, p. 76-77.

3 Neste sentido, NORTH, Douglass Cecil. *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.



pressuposto de que na configuração institucional atual as Cortes Constitucionais são as principais responsáveis pelo controle de constitucionalidade e, diante disto, enfrentam, entre outros, problemas que demandam a implementação de políticas públicas. Não se ignora o fato de que a legitimidade das Cortes para enfrentar estes problemas não é pacífica; entretanto, opta-se por analisar a aptidão das Cortes para realizar esta tarefa dado o fato de que no desenho institucional atual elas se deparam e enfrentam estas questões.

Neste sentido, o objetivo geral da pesquisa é responder ao questionamento sobre a capacidade institucional das Cortes Constitucionais para lidar com problemas policêntricos cuja resolução depende da implementação de políticas públicas. Em específico, serão analisadas situações de fato violadoras de direitos e garantias constitucionais cuja superação apenas pode ocorrer através da implementação de políticas públicas. A análise empírica, neste sentido, busca verificar qual foi o papel desempenhado pelas Cortes e quais foram os resultados da intervenção. Parte-se, portanto, do pressuposto de que as Cortes atuam nesta realidade (sejam elas legítimas ou não): a análise, portanto, versa sobre a capacidade e a qualidade dos resultados desta intervenção, questionando-se sobre mecanismos capazes de melhorar a qualidade da atuação das Cortes Constitucionais nesta seara.

O objetivo específico desta tese é fazer uma análise crítica e comparada de recentes decisões tomadas pela Corte Constitucional da Colômbia e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) buscando solucionar o que ambos os tribunais consideraram ser, em seus respectivos contextos, um “Estado de Coisas Inconstitucional”: a sistemática violação de direitos humanos em virtude de omissões do Poder Público nos campos da política penitenciária (Sentencia T-153/1998 e ADPF 347) e do deslocamento forçado de populações marginalizadas (Sentencia T-025/2004). Essas decisões podem ser consideradas a partir de um contexto mais amplo, relacionado às várias tentativas, que passaram a ocorrer sobretudo a partir de meados do século passado, de implementação de políticas públicas sociais por via judicial, visando a correção de omissões dos Poderes Executivo (em especial) e Legislativo (em menor medida) das quais venha a resultar a sistemática negação de direitos constitucionais.

Esses esforços podem ser conectados historicamente à segunda decisão tomada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em *Brown vs. Board of Education*, que deu margem a importantes discussões nos Estados Unidos sobre a legitimidade (em menor medida) e, sobretudo, a capacidade das Cortes para intervirem de forma efetiva nesse tipo de política social. Os instrumentos usados pela Suprema Corte dos Estados Unidos naquele caso pareceram diferir muito do modelo tradicional de “remédios” normalmente utilizados por Cortes, incluindo medidas de intervenção direta na administração dos sistemas educacionais a partir de “másters” (espécie de administradores judiciais) e mediante a supervisão dos juízos de primeira instância. Outros exemplos famosos, nos EUA, incluíram, por exemplo, tentativas de intervenção em sistemas prisionais como os do Estado do Arkansas.

Em atenção à atuação das Cortes, a literatura jurídica e de ciências sociais voltou-se a esse problema em diversos momentos, ora apostando no potencial



transformador dessas ações, ora apontando a impossibilidade de seu sucesso. Nesse contexto, este trabalho objetiva revisar essa literatura e analisar, a partir dela, os casos Sentencia T-153/1998, Sentencia T-025/2004 e ADPF 347. Para esse propósito, está organizado em 3 partes.

A primeira parte deste trabalho busca fazer uma revisão da literatura sobre a implementação de políticas sociais por Cortes Constitucionais, analisando o surgimento deste fenômeno, sua qualificação, os argumentos favoráveis e contrários à atuação das Cortes neste contexto e, por fim, a inserção dos julgados que constataram a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional nesta espécie de litígio.

A segunda parte tem o objetivo de analisar especificamente os três casos já mencionados, avaliando o problema que foi apresentado às Cortes, as medidas necessárias para sua superação, a decisão do Tribunal e, ainda, as repercussões e desfechos da decisão e das medidas adotadas, com a avaliação posterior do impacto, do alcance e da efetividade da intervenção da Corte em cada uma das situações apresentadas.

A terceira parte, por fim, procura avaliar, a partir das conclusões da análise dos casos concretos e à luz das posições analisadas na parte I, a pertinência das críticas formuladas, buscando explorar as possibilidades de uma intervenção frutífera das Cortes no âmbito das políticas sociais a partir da ideia do diálogo institucional. A tese sustentada é a de que a capacidade das Cortes Constitucionais para lidar com problemas policêntricos e promover a efetividade de suas decisões que dependem da implementação de políticas públicas pode ser potencializada a partir da adoção de decisões que proporcionem e permitam o diálogo interinstitucional. Assim, as análises feitas nas partes I e II do trabalho são majoritariamente analítico-descritivas, com algumas ponderações e avaliações pessoais sobre os estudos até então desenvolvidos. A parte III e a conclusão do trabalho veiculam, contudo, um juízo de valor mais claro, relacionado à maneira pela qual as Cortes podem potencializar o impacto positivo de suas intervenções visando a solução de problemas policêntricos que demandam a implementação de políticas públicas.



1. A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS SOCIAIS POR CORTES CONSTITUCIONAIS: REFLEXÕES PAUTADAS NAS VANTAGENS E NOS PROBLEMAS DA ABORDAGEM JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como pressuposto para compreensão do fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional e das decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional da Colômbia que encaparam essa modalidade de intervenção do Judiciário na seara das políticas públicas, é indispensável analisar o avanço do contencioso judicial nesta seara e, ainda, as bases teóricas que orientam a análise deste fenômeno.

Com este objetivo, a primeira parte deste trabalho destina-se à apresentação do contencioso judicial norte americano que versou sobre a implementação de políticas públicas no país (capítulo 1), sobretudo no caso *Brown II*, e, alguns anos depois, no caso da superlotação dos presídios do Estado do Arkansas. Estabelecidas as bases empíricas do fenômeno, é necessário estabelecer os pressupostos teóricos para análise, destacando-se os autores que enfatizam as vantagens decorrentes da atuação das Cortes na gestão de políticas públicas (capítulo 2) e aqueles que opõe críticas a esse tipo de decisão do Poder Judiciário (capítulo 3). Ainda se faz necessário destacar o encaixe dos julgados sobre o Estados de Coisas Inconstitucional nesta perspectiva (capítulo 4).

1.1. A atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos na gestão de políticas públicas

A escolha pela análise dos precedentes da Suprema Corte dos Estados na esfera da gestão de políticas públicas pelo Poder Judiciário decorre não só da semelhança entre os arranjos institucionais existentes entre o país norte americano e o Brasil, mas especialmente da riqueza jurisprudencial e doutrinária sobre o fenômeno de envolvimento do Poder Judiciário, em geral, e da Corte Constitucional, em específico, na gestão de políticas públicas⁴. Na literatura constitucional, aponta-se a Suprema Corte dos Estados Unidos como pioneira nos casos de *institutional reform* ou *structural reform litigation*, os quais podem ser apontados como antecedentes históricos da figura do Estado de Coisas

⁴ A mesma opção metodológica é feita, entre outros, por VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2006.



Inconstitucional, adotado pela primeira vez na Colômbia em 1997 e, posteriormente, no Brasil, em 2015.

A relação estabelecida entre ambos não é inusitada, mas constantemente feita a partir da análise da natureza dos problemas apresentados e das especificidades dos remédios adotados pela Suprema Corte norte americana na resolução dos primeiros casos de reforma estrutural e pela Corte Colombiana e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro quando da adoção da técnica do Estado de Coisas Inconstitucional. Sob essa perspectiva, seria o Estado de Coisas Inconstitucional também integrante da *structural reform*, uma espécie do gênero de litígios constitucionais distinta das demais “pelo caráter constitucional dos valores públicos e, ainda mais importante, pelo fato de envolver um encontro entre o judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar significado aos nossos valores constitucionais na operação dessas organizações”⁵.

Assim, com o intuito de esclarecer a premissas históricas do fenômeno, é pertinente analisar o caso *Brown* (capítulo 1.1), apenas o primeiro de uma série de litígios que a literatura americana passou a classificar como *polycentric problems*, *public interest litigation*, *public law litigation*, *structural litigation*, *structural reform* ou *civil rights injunction*, e os casos de superlotação de presídios do Estado do Arkansas (capítulo 1.2), enfatizando a natureza comum das questões enfrentadas (capítulo 1.3).

1.1.1. O caso *Brown vs. Board of Education*

Ao tratar da judicialização de grandes temas políticos e da atuação das Cortes Constitucionais na gestão de políticas públicas, o caso *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*, caso que marcou a superação da doutrina do *separate but equal* na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, é um exemplo de análise obrigatória. Antes de examinar o precedente, cumpre destacar que, apesar de mencionado de maneira genérica como caso *Brown*, a atuação da Suprema Corte em relação à segregação nas escolas aconteceu em dois julgamentos: primeiro em *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), decisão identificada doravante como *Brown I*⁶, e, um ano depois, em *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955), decisão nomeada de *Brown II*⁷. Por referir-se ao fim da segregação entre estudantes brancos e negros nas escolas de diversos estados, o caso demandou da Corte o gerenciamento de políticas públicas voltadas à efetivação da decisão, muitas vezes contra a resistência do Executivo e do Legislativo estaduais, Poderes Políticos que seriam, *a priori*, os responsáveis pela adoção das políticas públicas. Em razão destas peculiaridades, na doutrina processualista a decisão é referida como real nascedouro do processo

⁵ “The constitutional character of the public values, and even more importantly, by the fact that it involves an encounter between the judiciary and the state bureaucracies. The judge tries to give meaning to our constitutional values in the operation of these organizations.” FISS, Owen M. Foreword: The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, 1979, pp. 1-58, p. 2 (tradução nossa).

⁶ 347 US 483 (1954).

⁷ 349 US 294 (1955).



estrutural⁸, compreendido, em síntese⁹, como aquele destinado à superação de problemas que demandam a implementação de políticas públicas¹⁰.

Ainda de forma preliminar, é importante enfatizar que a decisão cuja análise revela maior importância na esfera da gestão de políticas públicas pelo Poder Judiciário é o caso *Brown II*, uma vez que foi nesta decisão que a Suprema Corte se engajou de maneira mais imediata no processo de implementação das políticas públicas, após constatar a dificuldade de efetivação dos comandos contidos na decisão originária e a persistência, mesmo que velada, do sistema educacional segregado¹¹. Em *Brown I*, portanto, a Suprema Corte restringiu sua análise à apreciação da compatibilidade entre a segregação e a garantia constitucional da isonomia, mas, constatada a violação da isonomia, a Corte não tratou da operacionalização de sua decisão, isto é, não avaliou ou explicou a maneira pela qual se executaria a complexa obra de dessegregação do sistema de escolas duais. *Brown II*, por sua vez, parte do aspecto declaratório do direito envolvido, afirmado na decisão antecedente, e visa a solução/execução da dessegregação, medida imprescindível para dotar de resultado prático e efeito útil a superação jurisprudencial da doutrina do *separate but equal*.

Ao relatar a diferença entre as duas decisões e criticar a ênfase em *Brown I* em detrimento de *Brown II*, Rosenberg destaca que o foco na primeira decisão “é compreensível porque o primeiro caso estabelece os princípios constitucionais, enquanto o último os aplica. Mas para que os princípios sejam realmente importantes, eles devem ser implementados”¹², razão pela qual o autor destina sua análise primordialmente à *Brown II*. Realizados estes esclarecimentos iniciais, parte-se à análise da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos na dessegregação das escolas estaduais e, nada obstante a centralidade da decisão de *Brown II*, faz-se necessário esclarecer o contexto jurídico e social em vigor nas décadas anteriores, bem como as circunstâncias e as repercussões da decisão da Suprema Corte em *Brown I*.

⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2011, p. 97.

⁹ Por opção metodológica de extração do conceito a partir da análise de casos representativos da espécie, o conceito de litígio estrutural ou problema policêntrico, bem como o alcance e implicações da existência deste, serão abordados com mais vagar no capítulo 1.3, no qual será realizada a comparação entre o caso *Brown* e o caso *Holt v. Sarver*, demonstrando-se a natureza comum das questões enfrentadas, justamente por serem problemas policêntricos ou litígios estruturais. Como também será abordado, a posição adotada neste trabalho é a de que os litígios estruturais/problemas policêntricos também são o plano de fundo para adoção da técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional.

¹⁰ VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática* – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, pp. 64 – 65.

¹¹ VIANA, Thaís Costa Teixeira. Há Ativismo Judicial na Resolução de Litígios Estruturais?. In: *Acesso à justiça, direito e sociedade: estudo em homenagem ao Professor Marc Galanter*. Coordenadores: YARSHELL, Flávio Luiz; DA COSTA, Susana Henriques; FRANCO, Marcelo Veiga. São Paulo: Quartier Latin, pp. 833 – 847, 2022, p. 841.

¹² “Is understandable because the former set out the constitutional principles while the latter apply them. But for principles to matter, they must be implemented.” ROSENBERG, Gerald N. *Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep Seated Social Conflict Through Litigation*. *Law and Inequality*. Vol. 24, 2006, pp. 31-46, p. 31 (Tradução Nossa).



Nas primeiras décadas do século XX, vigia nos Estados Unidos um sistema institucionalizado de segregação em espaços públicos, o qual encontrava alicerce jurídico no precedente *Plessy v. Ferguson*¹³ da Suprema Corte dos Estados Unidos. No mencionado caso, a Suprema Corte decidiu que as leis segregacionistas (também conhecidas como Leis Jim Crow) não eram incompatíveis com a décima quarta emenda¹⁴. Na compreensão da Corte, a segregação não seria uma marca de subordinação entre as raças e a separação realizada entre pessoas brancas e negras em espaços públicos (sejam eles transportes, escolas ou teatros) não seria equiparável à realidade combatida pela emenda. A Suprema Corte, portanto, limitou o âmbito da décima quarta emenda à simples proibição da servidão humana involuntária, entendendo que a proteção constitucional não vedava a segregação¹⁵.

A partir desta construção política e jurisprudencial, vigia nos Estados Unidos a doutrina do *separate but equal*, que tolerava a segregação racial, desde que as condições materiais oferecidas a todos fossem equiparáveis. Neste contexto, “a segregação de crianças a escolas diferentes com base em critérios raciais era aceita, portanto, como legalmente válida, desde que as condições materiais disponíveis nas escolas para brancos e negros fossem iguais”¹⁶. Neste sentido, parte da doutrina afirma que “a litigância estrutural nasce, assim, em contexto de resposta a um gargalo deliberativo que a própria jurisprudência da Suprema Corte havia ajudado a cristalizar, com a exclusão de uma minoria do processo de acesso à educação de melhor qualidade”¹⁷. O posicionamento foi mantido nos anos seguintes até que, em 1954, ao decidir o caso *Brown I*, a Suprema Corte Americana superou o precedente firmado em *Plessy v. Ferguson* por unanimidade, esclarecendo que a Cláusula de Proteção Igualitária da Décima Quarta Emenda proíbe que os estados segreguem alunos de escolas públicas com base na raça.

O caso *Brown* nasceu no contexto de diversas ações coletivas contra as Diretorias de Ensino Estaduais (*boards of Education*) visando a permissão da matrícula de crianças negras em escolas de acesso tradicionalmente limitado aos cidadãos brancos. A ação que deu nome ao caso era movida pela *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)*, que representava, entre outros, Oliver Brown, pai da estudante Linda Brown, que havia sido impedido de matricular sua filha em uma escola para estudantes brancos. Ao julgar o caso, a Suprema Corte superou o entendimento anterior que permitia o acesso segregado quando as condições materiais nas escolas de brancos e de negros

¹³ 163 US 537 (1896).

¹⁴ A décima quarta emenda, aprovada após a reunificação em momento conturbado da política institucional norte americana, trata dos direitos de cidadania e da proteção igualitária perante a lei.

¹⁵ BREST, Paul; LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. et Alia. *Processes of Constitutional Decision Making – Cases and Materiais*. Nova Iorque: 2015, pp. 427 - 432.

¹⁶ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, p. 47.

¹⁷ SILVA, Alexandre Vitorino. *O Estado de Coisas Inconstitucional como Modalidade de Litigância Estrutural. Uma Alternativa Imperfeita para o Controle de Políticas Públicas no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 83.



fossem iguais, estabelecendo que a segregação institucional seria intrinsecamente prejudicial à população negra, razão pela qual o sistema educacional até então vigente precisava ser integralmente reformulado.

De acordo com a Suprema Corte, separar crianças com mesma idade e mesmas habilidades umas das outras “apenas por causa de sua raça gera um sentimento de inferioridade em relação ao seu status na comunidade que pode afetar seus corações e mentes de uma forma que dificilmente será desfeita”¹⁸. Segue-se, portanto, a conclusão de que “a segregação de crianças brancas e negras nas escolas públicas de um Estado exclusivamente com base na raça, de acordo com as leis estaduais que permitem ou exigem essa segregação, nega às crianças negras a proteção igualitária diante da lei, garantida pela Décima Quarta Emenda, mesmo que as instalações físicas e outros fatores ‘tangíveis’ das escolas de brancos e negros sejam iguais”¹⁹. Na decisão de *Brown I*, portanto, a Corte declarou que a existência de instalações educacionais separadas seria realidade inerentemente desigual e, portanto, contrária à Décima Quarta Emenda da Constituição Norte Americana. A constatação, no entanto, pouco colaborava para efetiva superação da realidade violadora das garantias constitucionais.

A produção de efeitos práticos da decisão e o objetivo de “trazer a estrutura [da educação estadual] de volta para as fronteiras definidas pela Constituição”²⁰ apenas seria possível através da reforma completa do sistema educacional em vigor até o momento. Transformar um sistema escolar dual com segregação racial em um sistema escolar unitário e não racial de fato exigia uma reforma organizacional de maior monta. A resolução do problema, portanto, extrapolava sobremaneira os limites usuais da atuação do Judiciário. Uma decisão reconhecendo a violação de um direito fundamental, como de fato aparentava ser *Brown I*, não era, de forma alguma, suficiente para solucionar o problema. Era necessário transformar uma instituição social por completo para que a decisão da Corte pudesse de fato salvaguardar os direitos constitucionalmente protegidos. E a própria Corte reconhece essa necessidade no último parágrafo de sua decisão de 1954, antecipando, assim, parte relevante do que estaria por vir em *Brown II*:

Na medida em que estas são ações coletivas, na medida em que há ampla aplicabilidade dessa decisão e porque há grande variedade de condições locais, a formulação de decretos nesses casos apresenta problemas de considerável complexidade. Na reapresentação dos argumentos, a consideração da medida apropriada foi necessariamente subordinada à questão primária - a constitucionalidade da segregação

¹⁸ “Solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone.” 347 US 483 (1954) (tradução nossa).

¹⁹ “Segregation of white and Negro children in the public schools of a State solely on the basis of race, pursuant to state laws permitting or requiring such segregation, denies to Negro children the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment-, even though the physical facilities and other “tangible” factors of white and Negro schools may be equal.” 347 US 483 (1954) (tradução nossa).

²⁰ “The reorganization is designed to bring the structure within constitutional bound”. FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Indiana University Press, 1978, p. 11 (tradução nossa).



na educação pública. Agora anunciamos que essa segregação é uma negação da proteção igualitária perante as leis. Para que possamos ter a assistência total das partes na formulação dos decretos, os casos serão devolvidos à pauta, e as partes são solicitadas a apresentar argumentos adicionais sobre as Questões 4 e 5 previamente propostas pela Corte para a nova discussão neste período²¹.

Logo, a Corte assume que a decisão de *Brown I* não é suficiente para resolução da problemática, pois não garante o estabelecimento de uma estrutura educacional compatível com a Constituição, empreendimento que demandaria a reformulação de uma série de políticas públicas e de estruturas administrativas²². A mera declaração de incompatibilidade com a Constituição deveria ser, portanto, entendida apenas como primeiro passo no engajamento da Corte para correção do problema. Neste sentido, a Corte propõe que as partes apresentem suas ponderações sobre duas questões fundamentais quando se considera o papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais e de Justiça no que se refere à reformulação de políticas públicas que, conforme avaliação realizada no momento da decisão, levam à existência de uma situação de fato violadora de direitos fundamentais de um grupo relevante de indivíduos²³. Os questionamentos realizados pela Corte foram:

4. Supondo que se decida que a segregação nas escolas públicas viola a Décima Quarta Emenda, (a) seria necessário um decreto determinando que, dentro dos limites estabelecidos pela distribuição geográfica normal das escolas, as crianças negras deveriam ser imediatamente admitidas nas escolas de sua escolha, ou (b) poderia esta Corte, no exercício de seus poderes de equidade, permitir um ajuste gradual efetivo dos sistemas segregados existentes para um sistema não baseado em distinções de cor?

5. Partindo do pressuposto em que as perguntas 4 (a) e (b) estão fundamentadas, e partindo do pressuposto de que esta Corte exercerá seus poderes de equidade para o fim descrito na pergunta 4 (b), (a) esta Corte deve formular decretos detalhados nesses casos; (b) em caso afirmativo, quais questões específicas os decretos devem abranger; (c) esta Corte deve nomear um mestre especial (*special master*) para analisar

²¹ “Because these are class actions, because of the wide applicability of this decision, and because of the great variety of local conditions, the formulation of decrees in these cases presents problems of considerable complexity. On reargument, the consideration of appropriate relief was necessarily subordinated to the primary question- the constitutionality of segregation in public education. We have now announced that such segregation is a denial of the equal protection of the laws. In order that we may have the full assistance of the parties in formulating decrees, the cases will be restored to the docket, and the parties are requested to present further argument on Questions 4 and 5 previously propounded by the Court for the reargument this Term.” 347 US 483 (1954) (tradução nossa).

²² SOUZA, Fernando Garcia. Política Educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso Brown v. Board of Education 347 US 483 (1954) –Julgamento em 17 de maio de 1954. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*, pp. 251 – 257, 2017, p. 255.

²³ ROSENBERG, Gerald N. Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep Seated Social Conflict Through Litigation. *Law and Inequality*. Vol. 24, 2006, pp. 31-46, p. 31.



as provas com o objetivo de recomendar termos específicos para tais decretos; (d) esta Corte deve remeter instruções aos tribunais de primeira instância para que estes elaborarem decretos nesses casos e, em caso afirmativo, quais instruções gerais os decretos desta Corte devem incluir e quais procedimentos os tribunais de primeira instância devem seguir para chegar aos termos específicos de decretos mais detalhados?²⁴

Por conseguinte, o escopo da primeira decisão ficou limitado à questão constitucional principal, a qual todas as questões de implementação se subordinavam, ou seja, *Brown I* restringiu-se à análise da compatibilidade de sistemas de educação segregados com a garantia constitucional de tratamento igual perante a lei, deixando em aberto a maneira pela qual se superaria o sistema segregado caso este fosse considerado inconstitucional. As provocações feitas às partes, no entanto, antecipam em grande medida aquilo que a Corte realizaria a seguir ao julgar *Brown II*. As sugestões realizadas demonstram o intuito da Corte de se engajar de maneira mais vívida na implementação de medidas capazes de assegurar a efetividade da declaração de inconstitucionalidade do regime de educação segregado e a proposta de intervenção ampla e intensa foi de fato adotada, sobretudo diante da percepção de que os Poderes Políticos demonstrariam certa resistência contra a implementação das medidas necessárias para superação do regime de segregação racial nas escolas.

Neste ponto cumpre destacar a resistência imediata e severa que a decisão encontrou em estados como Arkansas e Alabama. À época, tornou-se conhecido, no Sul, um ditado popular segundo o qual enquanto fosse possível legislar, seria a eles possível também segregar²⁵, em cristalina demonstração da oposição e embaraço que a Corte teria que enfrentar para que a decisão surtisse de fato efeitos. Ainda sobre a complexidade de implementação, notou-se maior resistência em “grandes áreas urbanas do Sul e do Norte, onde bairros racialmente isolados impossibilitavam a integração escolar sem grandes compromissos com o transporte de alunos, muitas vezes por longas distâncias”²⁶,

²⁴ “4. Assuming it is decided that segregation in public schools violates the Fourteenth Amendment (a) would a decree necessarily follow providing that, within the limits set by normal geographic school districting, Negro children should forthwith be admitted to schools of their choice, or (b) may this Court, in the exercise of its equity powers, permit an effective gradual adjustment to be brought about from existing segregated systems to a system not based on color distinctions? 5. On the assumption on which questions 4 (a) and (b) are based, and assuming further that this Court will exercise its equity powers to the end described in question 4 (b), (a) should this Court formulate detailed decrees in these cases; (b) if so, what specific issues should the decrees reach; (c) should this Court appoint a special master to hear evidence with a view to recommending specific terms for such decrees; (d) should this Court remand to the courts of first instance with directions to frame decrees in these cases, and if so what general directions should the decrees of this Court include and what procedures should the courts of first instance follow in arriving at the specific terms of more detailed decrees?.” 347 US 483 (1954) (tradução nossa).

²⁵ RODGERS, Harrell R.; BULLOCK, Charles S. *Law and Social Change: Civil Rights Laws and Their Consequences*. Detroit: McGraw-Hill, 1972, p. 72.

²⁶ “Large urban areas of both South and North where racially isolated neighborhoods make school integration impossible without major commitments to the transportation of students, often over long distances.” BELL, Derrick A. Jr. *Serving Two Masters: Integration Ideals and*



compromissos estes que os cidadãos e políticos locais não se mostravam dispostos a fazer, ao menos não voluntariamente. Percebeu-se, em realidade, que “a decisão jurisdicional implicaria massivos investimentos públicos em escala nacional, e não apenas na afirmação abstrata do princípio de isonomia previsto no texto constitucional”²⁷.

Estes questionamentos e dificuldades, que já começavam a ser aventados quando do proferimento da decisão de *Brown I*, foram, em certa medida, enfrentados pela Corte em *Brown II*, mas as dificuldades persistiriam por longos anos, sendo avaliadas como característica fundamental para compreensão do processo de dessegregação das escolas nos Estados Unidos e também para o estudo do papel e dos limites da atuação do Judiciário em litígios estruturais. A decisão em *Brown II* partiu das respostas aos questionamentos 4 e 5, após a reabertura de vistas às partes para manifestação sobre a melhor forma de implementar *Brown I*. A Corte, diante da manifestação das partes, viria a estabelecer as medidas e remédios a serem adotados para superação do *status quo* inconstitucional que se enfrentava. Nesta decisão, portanto, a Suprema Corte enfrentou a necessidade de uma reforma estrutural que a decisão demandava para, de fato, tornar-se efetiva²⁸.

Na reapresentação dos argumentos após o prazo concedido pela Corte, a NAACP pediu pela dessegregação imediata ou, de forma subsidiária, pelo estabelecimento de prazo para dessegregação não posterior a setembro de 1956. Os Estados do Sul, por sua vez, defenderam a concessão de poder discricionário às autoridades locais, sem a criação de prazos ou cronogramas específicos para realização da dessegregação. Em posição intermediária que viria a ser adotada pela Suprema Corte, o Governo Federal dos Estados Unidos, enquanto *amicus curiae*, sugeriu que a Corte determinasse a realização da dessegregação o mais rápido possível²⁹. A avaliação da Corte quanto ao estabelecimento de prazos e à atribuição de poder de supervisão às autoridades locais foi amplamente pautada na percepção da extensão e complexidade das medidas que precisariam ser adotadas.

A Suprema Corte instituiria um verdadeiro “regime de reforma dos sistemas educacionais vigentes nos Estados afetados pela decisão, regime esse que foi controlado judicialmente, incluindo atividades que, sob quaisquer parâmetros tradicionais, seriam consideradas próprias às administrações estaduais, nunca a uma corte de justiça”³⁰. A tarefa a ser cumprida era de fato desafiadora, pois significaria transformar por completo um sistema até então integralmente pautado na dualidade e na separação dos alunos em razão de uma

Client Interests in School Desegregation Litigation. *Yale Law Journal*, vol. 85, no. 4, March 1976, pp. 470-517, p. 480.

²⁷ SOUZA, Fernando Garcia. *Op. cit.*, p. 255.

²⁸ *Ibidem*, p. 255.

²⁹ Descrição detalhada da posição das partes é realizada por KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to civil rights: The Supreme Court and the struggle for racial equality*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, pp. 313 – 316; ROSENBERG, Gerald N. *Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep Seated Social Conflict Through Litigation*. *Law and Inequality*. Vol. 24, 2006, pp. 31-46, p. 32.

³⁰ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, p. 48.



classificação racial em um sistema unitário, o que envolveria a reformulação dos procedimentos, o levantamento dos dados das escolas e dos alunos e, ainda, a implementação das mudanças que garantissem as matrículas escolares sem influência da classificação racial dos alunos. Tendo em vista esta perspectiva, a Suprema Corte adotou um papel de coordenação equiparável ao dos formuladores de políticas públicas.

Em sua decisão derradeira, a Corte ordenou a devolução dos casos “aos Tribunais Distritais para que tomem as providências e emitam as ordens e decretos consistentes com este parecer, conforme necessário e adequado para admitir as partes nesses casos em escolas públicas em uma base racial não discriminatória com toda a velocidade possível”³¹. Por fim, a Corte estabeleceu uma série de diretrizes a serem seguidas pelos Poder Políticos e pelos Tribunais Distritais. De acordo com a Suprema Corte,

- (a) As autoridades escolares têm a responsabilidade primordial de elucidar, avaliar e resolver os diversos problemas escolares locais que podem exigir solução para a plena implementação dos princípios constitucionais vigentes;
- (b) Os tribunais terão que considerar se a ação das autoridades escolares constitui uma implementação de boa fé dos princípios constitucionais vigentes;
- (c) Devido à sua proximidade com as condições locais e à possível necessidade de novas audiências, os tribunais que originalmente julgaram esses casos podem realizar melhor essa avaliação judicial;
- (d) Ao elaborar e executar os decretos, os tribunais serão orientados por princípios equitativos - caracterizados por uma flexibilidade prática na definição de soluções e uma facilidade para ajustar e conciliar as necessidades públicas e privadas;
- (e) O que está em jogo é o interesse pessoal dos autores em serem admitidos em escolas públicas o mais rápido possível em uma base não discriminatória;
- (f) Os tribunais de equidade podem levar em consideração o interesse público na eliminação, de forma sistemática e eficaz, de uma variedade de obstáculos na transição para sistemas escolares operados de acordo com os princípios constitucionais enunciados em 347 U. S. 483, 497; mas não se pode permitir que a vitalidade desses princípios constitucionais ceda simplesmente por causa de uma discordância com eles;
- (g) Ao mesmo tempo em que ponderam essas considerações públicas e privadas, os tribunais exigirão que os réus iniciem imediatamente e de forma razoável o cumprimento integral da decisão deste Tribunal;

³¹ “The cases are remanded to the District Courts to take such proceedings and enter such orders and decrees consistent with this opinion as are necessary and proper to admit the parties to these cases to public schools on a racially nondiscriminatory basis with all deliberate speed.” 349 US 294 (1955) (tradução nossa).



(h) Uma vez iniciado o processo, os tribunais podem considerar que é necessário um tempo adicional para executar a decisão de maneira eficaz;

(i) O ônus recai sobre os réus para estabelecer que o tempo adicional é necessário para o interesse público e é consistente com o cumprimento de boa fé na data mais próxima possível;

(j) Os tribunais podem considerar problemas relacionados à administração, decorrentes das condições físicas das instalações da escola, do sistema de transporte escolar, do pessoal, da revisão dos distritos escolares e das áreas de atendimento em unidades compactas para alcançar um sistema de determinação de admissão nas escolas públicas em uma base não racial e da revisão das leis e regulamentos locais que possam ser necessários para resolver os problemas acima;

(k) Os tribunais também considerarão a adequação de quaisquer planos que os réus possam propor para solucionar esses problemas e realizar uma transição para um sistema escolar racialmente não discriminatório;

(l) Durante o período de transição, os tribunais manterão a jurisdição sobre esses casos³².

Como se percebe pela dicção clara da decisão, a Suprema Corte assumiu para si a competência de direcionar as políticas públicas visando a implementação da decisão anteriormente tomada e, além disso, atribuiu aos

³² “(a) School authorities have the primary responsibility for elucidating, assessing and solving the varied local school problems which may require solution in fully implementing the governing constitutional principles; (b) Courts will have to consider whether the action of school authorities constitutes good faith implementation of the governing constitutional principles; (c) Because of their proximity to local conditions and the possible need for further hearings, the courts which originally heard these cases can best perform this judicial appraisal; (d) In fashioning and effectuating the decrees, the courts will be guided by equitable principles-characterized by a practical flexibility in shaping remedies and a facility for adjusting and reconciling public and private needs; (e) At stake is the personal interest of the plaintiffs in admission to public schools as soon as practicable on a nondiscriminatory basis; (f) Courts of equity may properly take into account the public interest in the elimination in a systematic and effective manner of a variety of obstacles in making the transition to school systems operated in accordance with the constitutional principles enunciated in 347 U. S. 483, 497; but the vitality of these constitutional principles cannot be allowed to yield simply because of disagreement with them; (g) While giving weight to these public and private considerations, the courts will require that the defendants make a prompt and reasonable start toward full compliance with the ruling of this Court; (h) Once such a start has been made, the courts may find that additional time is necessary to carry out the ruling in an effective manner; (i) The burden rests on the defendants to establish that additional time is necessary in the public interest and is consistent with good faith compliance at the earliest practicable date; (j) The courts may consider problems related to administration, arising from the physical condition of the school plant, the school transportation system, personnel, revision of school districts and attendance areas into compact units to achieve a system of determining admission to the public schools on a nonracial basis, and revision of local laws and regulations which may be necessary in solving the foregoing problems; (k) The courts will also consider the adequacy of any plans the defendants may propose to meet these problems and to effectuate a transition to a racially nondiscriminatory school system; (l) During the period of transition, the courts will retain jurisdiction of these cases.” 349 US 294 (1955) (tradução nossa).



Tribunais Distritais a função de avaliação e controle constante da adoção das medidas aptas à concretização da decisão. A Suprema Corte dos Estados Unidos assumiu, portanto, papel de verdadeiro agente político coordenador de políticas públicas visando a superação de um problema complexo e policêntrico que levava a uma situação concreta contrária às normas constitucionais. Além de ser mencionado como um dos primeiros casos de intervenção do judiciário na gestão de políticas públicas, deve-se reconhecer que a magnitude desta intervenção foi singular, marcando de forma intensa o processo crescente de envolvimento do Judiciário com as políticas públicas.

Entre os pontos marcantes a serem destacados, chama a atenção a opção da Suprema Corte por delegar poderes de supervisão do redesenho institucional aos conselhos de educação municipal e às *district courts*, órgãos jurisdicionais de primeiro grau da Justiça Federal. A medida foi baseada, como descreveu a própria corte em sua decisão, na percepção de que as particularidades locais demandariam a adaptação e modelação das medidas a serem adotadas visando a superação do sistema escolar segregado. Sobre a necessidade de adaptação das medidas e a semelhança deste processo à formulação de políticas públicas, é interessante observar a descrição o processo de dessegregação de escolas em Los Angeles, feita por Stephan Yeazell, que destaca que as audiências lembravam mais assembleias municipais, enfatizando que a estrutura policêntrica do conflito demandava soluções não tradicionais de intervenção das partes e de engajamento dos Tribunais³³. Apesar da posição ter sido criticada por parte da literatura como distanciamento da Corte na resolução do problema³⁴, outros autores apontam a medida como adequada, dada a percepção de que, tal qual uma política pública, a decisão precisava ser implementada de maneira capilarizada e deveria ser amoldada às especificidades locais, as quais exigiam providências diversas para que o sistema educacional sem segregação racial se tornasse realidade.

Apesar das posições divergentes sobre o assunto, é partilhada a percepção de que *Brown* deu à *injunction* uma proeminência especial e fez com que os casos envolvendo a dessegregação de escolas públicas se tornasse um dos principais campos de atuação dos tribunais no período compreendido entre 1954 e 1974³⁵. Ainda, o impacto de *Brown* levou parcela relevante da literatura a afirmar que “a decisão que invalidou a segregação, culminando no primeiro mandato de Warren à frente da Suprema Corte, estabeleceu a Corte Warren como símbolo do liberalismo moderno”³⁶. A avaliação da decisão e de seu papel para efetiva superação da segregação no Estados Unidos, no entanto, não é unânime e, como se verá nos capítulos 2 e 3 deste trabalho, as ponderações sobre *Brown* passaram por um processo de abstrativização e tornaram-se argumentos em defesa do

³³ YEAZELL, Stephen C. Intervention and the Idea of Litigation: A Commentary on the Los Angeles School Case. *UCLA Law Review*, vol. 25, no. 2, December 1977, pp. 244-260, pp. 244 – 245.

³⁴ TUSHNET, Mark. *The Warren Court in historical and political perspective*. University of Virginia Press, 1993, p. 4.

³⁵ FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Indiana University Press, 1978, p. 4.

³⁶ TUSHNET, Mark. *Op. cit.*, p. 4.



papel das Cortes na formulação de políticas públicas (capítulo 2) ou, pelo contrário, críticas à capacidade das Cortes na gestão de problemas cuja superação demanda a implementação de políticas públicas (capítulo 3).

Em posição mais otimista em relação ao papel desempenhado pela Suprema Corte na superação da segregação nas escolas e do próprio papel que as Cortes podem desempenhar nos litígios estruturais, Owen Fiss enfatiza o esforço dos tribunais na tarefa de reconstruir uma realidade social por completo, bem como os instrumentos que habilitam os tribunais a realizar esta tarefa. Em avaliação do caso *Brown*, o autor afirma:

Como um gênero de litigância constitucional, a reforma estrutural tem suas raízes na era da Corte de Warren e no esforço extraordinário para traduzir em prática a decisão de *Brown v. Board of Education*. Esse esforço exigiu que os tribunais transformassem radicalmente o status quo, de fato, para reconstruir a realidade social. Os tribunais tiveram que [...] penetrar e reestruturar organizações de grande escala, sistemas de escolas públicas. [...] A segunda decisão de *Brown* [...] delegou a tarefa reconstrutiva aos juízes federais inferiores³⁷.

A avaliação, no entanto, deve ser levada em consideração com cautela. No geral, constata-se que, nos primeiros anos que se seguiram à *Brown II*, não houve grande avanço no que se refere à dessegregação. Ao colocar em dúvida a efetividade da decisão, Gerald Rosenberg ressalta que apenas a mudança política, combinada com fatores econômicos e sociais, permitiu a superação da segregação, destacando que no ano escolar de 1964/1965, 1 década após *Brown I* e *Brown II*, apenas 1,2 % das crianças afro-americanas do Sul frequentaram escolas integradas, tendo o número chegado à casa dos 91% no ano letivo de 1972/1973. Ao analisar em maiores detalhes a situação nos anos seguintes à decisão, o autor destaca que

No ano letivo de 1963-64, apenas uma em cada cem crianças afro-americanas nos onze estados sulistas da antiga Confederação estava em uma escola com brancos. Excluindo o Texas e o Tennessee, que foram responsáveis pela maior parte da dessegregação, menos da metade de 1% das crianças afro-americanas estavam em uma escola com brancos. Ou seja, quase uma década depois de *Brown*, nada havia mudado para quase noventa e nove de cada cem crianças afro-americanas nesses estados. Elas ainda frequentavam escolas só para negros³⁸.

³⁷ “As a genre of constitutional litigation, structural reform has its roots in the Warren Court era and the extraordinary effort to translate the rule of *Brown v. Board of Education* into practice. This effort required the courts to radically transform the status quo, in effect to reconstruct social reality. The courts had to [...] penetrate and restructure large-scale organizations, public school systems. [...] The second *Brown* decision [...] delegated the reconstructive task to the lower federal judges.” FISS, Owen M. Foreword: The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, 1979, pp. 1-58, pp. 2-3 (tradução nossa).

³⁸ “By the 1963-64 school year, barely one in one hundred African-American children in the eleven Southern states of the Old Confederacy was in a school with Whites. Excluding Texas and Tennessee, which accounted for most of the desegregation, fewer than one-half of 1% of African-American school children were in school with Whites. That is, almost a decade after *Brown*, nothing had changed for nearly ninety-nine out of every one hundred African-



Rosenberg³⁹ relata que os autores, no geral, se dividiram na avaliação dos motivos que levaram ao insucesso inicial de *Brown II*. De um lado, críticos legalistas argumentaram no sentido de que a decisão teria custado a produzir efeitos pela adoção inicial de linguagem flexível pela Corte, sendo que, com o endurecimento da linguagem nos comandos das decisões, os Poderes Políticos teriam, enfim, conformado a realidade de acordo com aquilo que a Corte havia ordenado em *Brown I*, adotando as medidas cabíveis e adequadas para superação do sistema de ensino segregado⁴⁰. Em sentido contrário, os críticos da capacidade das Cortes para realizar mudanças sociais defendiam que não havia sido a linguagem da decisão que impediu a produção de efeitos mais rápidos, mas a ausência de elementos políticos e sociais favoráveis à dessegregação, sem os quais nenhuma decisão judicial seria capaz de produzir qualquer efeito.

Para os defensores do primeiro ponto de vista, a linguagem da Corte, que passou a ser mais enfática e exigente, teria mudado entre os anos seguintes à *Brown II* e a década de 70, quando a dessegregação efetivamente passou a se tornar realidade no país. Nesse sentido, “o argumento essencial dos críticos da *Brown II* é que, ao não exigir a dessegregação imediata nem estabelecer uma data exata para sua realização, os segregacionistas foram incentivados a evitar a decisão e resistir à dessegregação”⁴¹, o que teria minado a efetividade imediata ou, ao menos, mais rápida da decisão da Suprema Corte. Prova nesse sentido teriam sido as decisões nos anos posteriores, com linguagem mais enfática, as quais, para estes autores, teriam sido determinantes na superação da segregação racial nas escolas.

Em relação ao recrudescimento da linguagem, pode-se citar, por exemplo, quando a Corte: afirmou que suspensão da dessegregação não seria justificada pela violência contrária às medidas (*Cooper v. Aaron*⁴²); invalidou transferências de alunos de escolas em que a raça do transferido era minoritária para outra em que ela predominava (*Goss v. Board of Education*⁴³); invalidou o fechamento de escolas públicas com o intuito de evitar a dessegregação e o uso de taxas para fomentar a educação privada segregada para crianças brancas (*Griffin v. County School Board*⁴⁴); reforçou que a obrigação das diretorias de ensino compreendia um plano que funcionasse de maneira realista e imediata (*Green v. County School Board*⁴⁵); declarou inadequada a atuação de distritos escolares que não atuavam de maneira adequada para superação do sistema dual (*Alexander v. Holmes*

American children in those states. They still attended all Black schools.” ROSENBERG, Gerald N. *Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep Seated Social Conflict Through Litigation*. *Law and Inequality*. Vol. 24, 2006, pp. 31-46, p. 34 (tradução nossa).

³⁹ *Ibidem*, pp. 38 – 40.

⁴⁰ Neste sentido, ORFIELD, Gary; EATON, Susan E. *Dismantling Desegregation. The Quiet Reversal of Brown v. Board of Education*. The New Press, New York, 1996.

⁴¹ “The essential argument of Brown II’s critics is that by not requiring immediate desegregation, nor setting a firm date for desegregation, segregationists were encouraged to evade the decision and resist desegregation.” ROSENBERG, Gerald N. *Op. cit.*, p. 33 (Tradução Nossa).

⁴² 358 U.S. 1, 16 (1958).

⁴³ 373 U.S. 683, 688 (1963).

⁴⁴ 377 U.S. 218, 225 (1964).

⁴⁵ 391 U.S. 430, 439 (1968).



*County Board of Education*⁴⁶); defendeu o poder dos juízes distritais de incluir o transporte coletivo como parte de um *remedial decree* (*Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*⁴⁷).

Argumenta-se, nesse sentido, que “a Suprema Corte rejeitou desculpas para manter a segregação, exigiu a adoção de planos para a dessegregação imediata e expandiu as soluções para incluir o transporte coletivo. Para os críticos legalistas, isso mostra que a linguagem da Suprema Corte foi de vital importância para a dessegregação”⁴⁸. A efetividade da decisão, portanto, dependeria essencialmente da linguagem e do empenho da Corte, sendo que nos anos iniciais de implementação, “os brancos sulistas interpretaram a exigência de agir ‘com toda a velocidade possível’ da Suprema Corte na decisão *Brown* como uma licença para resistir”⁴⁹ e, a partir do momento em que a Corte decidiu novos casos com linguagem mais enfática e restritiva, o princípio da proteção igualitária teria passado a ser respeitado no sistema de educação pública estadual, com o fim da segregação.

Em sentido contrário, autores mais céticos sobre o poder das Cortes em relação à mudança social, sustentaram que “o efeito do julgamento em *Brown* foi mais simbólico do que prático, considerando que a dessegregação escolar somente começou a ocorrer depois de incentivos e punições instituídos pelos Poderes Executivo e Legislativo americanos”⁵⁰. A inefetividade inicial da decisão, portanto, seria resultado do fato de que “as forças políticas e sociais (locais e nacionais) não apoiaram a dessegregação, não exercendo pressão para que ela fosse cumprida. A Suprema Corte, agindo sozinha, não tinha o poder de implementar *Brown*”⁵¹. Neste momento, independentemente da linguagem adotada, não haveria mudança substancial, pois o ambiente político e cultural no qual a Corte decidia não era propício para mudança estrutural que era proposta.

Assim, seria necessário compreender que “a análise do quadro mais amplo mostra que a dessegregação ocorreu principalmente porque o Congresso agiu, fornecendo incentivos para a dessegregação e impondo custos para a manutenção da segregação”⁵². Em relação aos incentivos econômicos para dessegregação, Rosenberg menciona a discricionariedade do Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar norte americano para cortar fundos federais de

⁴⁶ 396 U.S. 19, 20 (1968).

⁴⁷ 402 U.S. 1, 30 (1971).

⁴⁸ “The Court rejected excuses for maintaining segregation, required the adoption of plans for immediate desegregation, and expanded remedies to include busing. To the legalist critics, this shows that the language of the Court was vitally important to desegregation.” ROSENBERG, Gerald N. *Op. cit.*, p. 39.

⁴⁹ “Southern whites interpreted the Supreme Court’s ‘with all deliberate speed’ proviso in the *Brown* decision as a license to resist.” ROBINSON, Armstead L.; SULLIVAN, Patricia. *New directions in civil rights studies*. University of Virginia Press, 1991, p. 2.

⁵⁰ SOUZA, Fernando Garcia. *Op. cit.*, p. 257.

⁵¹ “Political and social forces (both local and national) did not support desegregation, providing no pressure for compliance. The Supreme Court, acting alone, lacked the power to implement *Brown*.” ROSENBERG, Gerald N. *Op. cit.*, p. 35 (Tradução Nossa).

⁵² “Examining the broader picture shows that desegregation occurred principally because Congress acted, supplying incentives for desegregation and imposing costs for maintaining segregation.” *Ibidem*, p. 39.



programas nos quais a discriminação racial era praticada e, ainda, a ideia segundo a qual a dessegregação permitiria a construção de uma atmosfera mais pacífica e induziria a atração de indústrias para a região. Diante disso, seria possível concluir que “não foi a linguagem dos tribunais, mas as ações do Congresso que desempenharam o papel principal, bem como mudanças econômicas e culturais mais amplas. [...] A dessegregação escolar ocorreu nos anos de 1968 a 1972, portanto, porque um conjunto de condições ofereceu incentivos para a dessegregação e impôs custos para quem não o fizesse”⁵³.

A crítica de Rosenberg, como se verá em maiores detalhes abaixo (capítulo 3), é no sentido de que as críticas legalistas a *Brown II* encorajam a busca de soluções jurídicas para problemas políticos e culturais. Assim, o autor conclui que “adotar uma crítica ‘legalista’ de *Brown II* abstrai a Suprema Corte do sistema político e cultural no qual ela opera. Culpar a decisão de *Brown II* pelo fracasso da dessegregação obscurece nossa visão com uma crença ingênua e romântica no triunfo dos direitos sobre a política”⁵⁴.

Em posição intermediária ao avaliar os resultados e alcance do papel da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brown*, alguns autores defendem que “o que se percebe é que o caso *Brown* iniciou um lento processo de reações de (barulhento) diálogo institucional que levou o Congresso a aprovar o Civil Rights Act, bem como a criar incentivos econômicos para que os Estados passassem a dessegregar as escolas, sob pena de perderem massivos investimentos federais”⁵⁵. Assim, *Brown*, apesar de não ser irrelevante, seria apenas parcialmente responsável ou um catalisador do processo de alteração estrutural da realidade norte americana de segregação. *Brown* não seria, portanto, o grande marco da superação dos sistemas de educação segregados, mas um elemento que, com os movimentos populares de desobediência civil e o avanço legislativo, proporcionou a superação da segregação. Também neste sentido, os incentivos econômicos⁵⁶ promovidos pelo Governo Federal em muito contribuíram para que os Estados se adequassem à decisão da Suprema Corte, não tendo esta, por si só, bastado para mudança da realidade inconstitucional que se verificava no sistema escolar norte americano.

⁵³ “It was not the language of the courts but the actions of Congress that played the key role, as well as broader economic and cultural changes. [...] School desegregation occurred in the years 1968-72, then, because a set of conditions provided incentives to desegregate and imposed costs for failing to do so.” ROSENBERG, Gerald N. *Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep Seated Social Conflict Through Litigation*. *Law and Inequality*. Vol. 24, 2006, pp. 31-46, p. 40.

⁵⁴ “To adopt a ‘legalist’ critique of *Brown II* abstracts the Court from the political and cultural system in which it operates. Blaming the holding of *Brown II* for the failure of desegregation clouds our vision with a naive and romantic belief in the triumph of rights over politics.” *Ibidem*, p. 46.

⁵⁵ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 98.

⁵⁶ KLARMAN, Michael J. *Unfinished Business*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, pp. 2 – 3. No trecho inicial da obra são destacados os incentivos econômicos realizado pelo Congresso Norte Americano para que os Estados dessegregassem as escolas. São enfatizadas as ameaças de perda de investimentos federais, o que colocava em risco a qualidade das escolas do Sul, tendo sido este risco elemento decisivo para impulsionar os Estados do Sul rumo à conformidade com a decisão da Suprema Corte.



Independentemente da perspectiva a ser adotada sobre o caso *Brown* e a avaliação a ser defendida em relação aos efeitos da decisão e à capacidade da Corte de lidar com os litígios estruturais, fato é que nos anos que se seguiram à decisão, expandiram-se nos Estados Unidos ações com escopo semelhante e que veiculavam pretensões estruturais, que levaram o Judiciário a se engajar na reconstrução de uma determinada realidade social, assim como ocorreu, no final da década de 1960, com as decisões judiciais sobre os presídios do Arkansas⁵⁷.

1.1.2. O caso da superlotação dos presídios: *Holt v. Sarver I* e *Holt v. Sarver II*

Nos casos *Holt v. Sarver I* (1969)⁵⁸ e *Holt v. Sarver II* (1970)⁵⁹, o Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Leste do Arkansas e a Suprema Corte dos Estados Unidos atuaram pela reforma estrutural do sistema prisional do Estado do Arkansas. Também na reforma prisional o principal pressuposto legitimador para decisão foi “um quadro de violação global a direitos constitucionais de um grupo isolado (e confinado sem condições de exercer direitos de participação política). [...] Nessas ações, a técnica da decisão com diretrizes flexíveis foi combinada com a de supervisão judicial de cumprimento (retenção de jurisdição)”⁶⁰. O caso dos presídios é relevante pois, assim como *Brown*, representa um exemplo de engajamento do judiciário na coordenação de políticas públicas, através da emissão de ordens amplas e flexíveis de transformação institucional e manutenção de uma jurisdição supervisora. Como se vera adiante, também foi em relação a presídios que a litigância estrutural se desenvolveu na Colômbia e no Brasil⁶¹.

A começar pelo contexto e pela posição das Cortes em julgamentos anteriores, deve-se destacar que a situação dos presidiários era precária, com violação massiva de direitos, e as Cortes se afastavam de qualquer postura ativa para superação da problemática, destacando ser papel dos Poderes Políticos a gestão da política carcerária. Em relação às condições do cárcere, interessante conferir a descrição dos professores Malcom Feeley e Edward Rubin sobre as prisões do Arkansas e do Texas. Os professores destacam a corrupção, a má administração de recursos financeiros e humanos e o sentimento de desprezo em relação aos detentos como motivos para degradação da situação e para os

⁵⁷ VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: *Processos estruturais*, 3. Ed. Sérgio Cruz Arenhart; Marco Félix Jobim (orgs.). Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 637 – 686, p. 638.

⁵⁸ 300 F. Supp. 825 (E.D. Ark. 1969).

⁵⁹ 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970).

⁶⁰ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 112.

⁶¹ VIOLIN, Jordão. *Op. cit.*, p. 639. Sobre a reforma dos presídios no Arkansas, cumpre destacar que a constatação da inconstitucionalidade do sistema prisional se deu não em apenas um litígio, mas em um conjunto de pelo menos seis causas que tramitaram entre 1969 e 1982: *Holt v. Sarver I*; *Holt v. Sarver II*; *Holt v. Hutto*; *Finney v. Arkansas Board of Corrections*; *Finney v. Hutto* e *Finney v. Mabry*.



escândalos de violação de direitos dos presidiários⁶². Além da submissão a trabalhos forçados extenuantes e excessivos, eram comuns castigos físicos, açoites, choques elétricos, estupro carcerários, execuções sumárias, entre outros abusos.

Faz-se a ressalva que nos Estados Unidos, ao contrário do que no Brasil, os trabalhos forçados no cárcere não são vedados. A Décima Terceira Emenda norte americana ressalva expressamente da cláusula proibitiva de trabalhos servis a realização destes como punição em razão do cumprimento de sentença penal condenatória. A simples existência dos trabalhos forçados não era, portanto, problemática do ponto de vista constitucional, mas sim a carga e modo de execução destes que implicavam prejuízos significativos para saúde e vida dos detentos. Nesse sentido, o fundamento usado para questionar as situações era a Oitava Emenda, que proíbe punições não usuais e cruéis. Além disso, a permanência da segregação nos ambientes prisionais levou à impugnação da situação com base na Décima Quarta Emenda e na decisão de *Brown*.

Inicialmente, ao ser confrontada com esta situação, a Corte recusou a adoção de uma posição mais ativa na superação da problemática. Os primeiros casos que chegaram às Cortes foram tratados de maneira individual, tendo o Judiciário se recusado a assumir posição de administração do sistema prisional. A doutrina utilizada nestas decisões ficou conhecida como *hands-off doctrine*, o que remete a opção por não avançar sobre a administração carcerária, mantendo a atuação judiciária circunscrita às demandas individuais⁶³. A doutrina, no entanto, foi abandonada nos casos *Holt v. Sarver I* (1969) e *Holt v. Sarver II* (1970), em que os pleitos foram certificados como *class actions* e se constatou uma reforma estrutural abrangente de todo o sistema prisional no Arkansas. Em suma, a Corte passou a sustentar que o direito do Estado de organizar e gerir as penitenciárias não poderia permitir a existência de uma realidade permissiva da violação de direitos constitucionais dos detentos. Nesse sentido, a Corte afirmou na primeira decisão que “a Corte não se ocupa, em geral, das políticas, administração ou disciplina das prisões. No entanto, se o Estado, agindo por meio de suas autoridades penais, estiver privando os condenados dos direitos que a Constituição protege, inclusive o direito de não sofrer penas cruéis e incomuns, a Corte pode e deve intervir para proteger esses direitos e pôr fim às práticas inconstitucionais”⁶⁴.

Prosseguindo em sua análise, a Corte enfatizou que “quando se constata a existência de uma situação inconstitucional em uma determinada prisão, as autoridades prisionais não podem se eximir da responsabilidade por ela simplesmente apontando a existência da mesma situação em outras prisões, ou estabelecendo que as condições em sua prisão são ‘melhores’ ou ‘não piores do

⁶² FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: How the courts reformed America's prisons*. Cambridge University Press, 2000.

⁶³ *Ibidem*, pp. 56 - 57.

⁶⁴ “The Court is not concerned in general with prison policies, administration, or discipline. However, if the State, acting through its penal authorities, is depriving convicts of rights which the Constitution protects, including the right to be free from cruel and unusual punishment, the Court may and should intervene to protect those rights and to put an end to unconstitutional practices.” 300 F. Supp. 825 (E.D.Ark. 1969) (tradução nossa).



que' as condições prevaletentes em outros lugares"⁶⁵. Por fim, após a análise detalhada das situações às quais os detentos eram submetidos e os parâmetros constitucionais de controle, a Corte decidiu que "há limites para o rigor e o desconforto do confinamento fechado que um Estado não pode constitucionalmente exceder, e a Corte considera que esses limites foram excedidos neste caso. [...] Isso ofende a sensibilidade moderna e, na opinião da Corte, equivale a uma punição cruel e incomum"⁶⁶.

Apesar da enfática afirmação da inadmissibilidade da situação nas prisões do Arkansas e da impossibilidade de se permitir a persistência de uma situação violadora das garantias constitucionais, a Corte recusou-se a determinar ações imediatas e optou por solicitar que o Estado do Arkansas apresentasse um plano de reforma para superação das inconstitucionalidades constatadas. A decisão assume caráter interessante dado que "poucas vezes se viu, na prática, uma sentença que tão abertamente abandone o modelo autoritativo de imposição de uma sanção determinada e abrace um modelo dialógico negocial"⁶⁷. Houve, portanto, acentuado caráter propositivo na decisão, o que se extrai de maneira incontestável dos trechos finais da decisão, em que a Corte esclarece as razões pelas quais não considera adequado ou positivo que ela mesma imponha um plano de ação detalhado para reforma dos presídios:

A tarefa da Suprema Corte em elaborar uma solução para este caso é difícil e delicada.

Sujeito às limitações constitucionais, o Arkansas é um Estado soberano. Ele tem o direito de criar e aplicar leis criminais, prender pessoas condenadas por crimes graves e manter a ordem e a disciplina em suas prisões. Este Tribunal não tem a intenção de editar um decreto que desorganize a Penitenciária ou deixe o Requerido e seus subordinados desamparados para lidar com condenados perigosos e indisciplinados.

O Tribunal reconheceu até agora as dificuldades financeiras sob as quais o sistema penitenciário está trabalhando, e o Tribunal sabe que o Requerido não pode fazer tijolos sem areia.

No entanto, o Tribunal está convencido de que, se tiver vontade, o Requerido, com os meios que tem agora à sua disposição e que estarão disponíveis no início do novo ano fiscal, que começa em 1º de julho, pode começar a aliviar substancialmente as condições que o Tribunal considerou inconstitucionais. Ele receberá ordens para fazer isso.

A Corte não se comprometerá, neste momento, a prescrever quaisquer medidas imediatas específicas a serem tomadas pelo Requerido. A

⁶⁵ "Where an unconstitutional situation is found to exist in a given prison, the prison authorities cannot escape responsibility for it by merely pointing to the existence of the same situation in other prisons, or by establishing that conditions in their prison are 'better' or 'no worse than' conditions prevailing elsewhere." 300 F. Supp. 825 (E.D.Ark. 1969) (tradução nossa).

⁶⁶ "There are limits to the rigor and discomfort of close confinement which a State may not constitutionally exceed, and the Court finds that those limits have been exceeded here. [...] It offends modern sensibilities, and, in the Court's estimation, amounts to cruel and unusual punishment." 300 F. Supp. 825 (E.D.Ark. 1969) (tradução nossa).

⁶⁷ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 120.



Corte gostaria de saber primeiro o que o Requerido acha que pode fazer e o que está disposto a fazer⁶⁸.

É inovador e interessante notar, neste caso, a percepção da Corte de que a adoção de medidas mais específicas ou que desconsiderassem os limites de atuação do Estado seriam infrutíferas. Há, ainda, a explícita escolha da Corte pela adoção de uma decisão dialógica, enfatizando, em diversos trechos, a abertura para consideração dos limites de atuação do Estado e as considerações de viabilidade e conveniência deste para o reestabelecimento da situação. Em seguida, a Corte estabelece sugestões genéricas e não obrigatórias a serem consideradas pelo Estado na realização de seu plano de ação:

As sugestões acima são aquelas que ocorrem à Corte no momento; a Corte não sugere que elas sejam necessariamente todas as medidas que podem e devem ser tomadas.

Na sentença a ser proferida, o Réu será instruído a informar à Corte, no prazo de 30 dias, quais medidas ele de fato planeja tomar, e a jurisdição do caso será mantida para todos os fins apropriados⁶⁹.

Em semelhança à *Brown* e “como quase todo litígio estrutural, a declaração do problema existente não encontra maiores dificuldades, mas sim sua fase posterior, de cumprimento de ordens de estruturação”⁷⁰. Assim, a Corte optou pela manutenção da jurisdição para todos os fins apropriados, estabelecendo uma verdadeira jurisdição de supervisão da reestruturação do sistema presidiário, responsável pelo acompanhamento e avaliação das medidas a serem tomadas pelo Poderes Políticos responsáveis pela reforma estrutural. E o exercício da função supervisora foi realizado pouco tempo depois, no caso *Holt*

⁶⁸ “The task of the Court in devising a remedy in this case is both difficult and delicate. Subject to constitutional limitations, Arkansas is a sovereign State. It has a right to make and enforce criminal laws, to imprison persons convicted of serious crimes, and to maintain order and discipline in its prisons. This Court has no intention of entering a decree herein that will disrupt the Penitentiary or leave Respondent and his subordinates helpless to deal with dangerous and unruly convicts. The Court has recognized heretofore the financial handicaps under which the Penitentiary system is laboring, and the Court knows that Respondent cannot make bricks without straw. However, the Court is convinced that given the will Respondent with the means now available to him and that will become available to him at the commencement of the new fiscal year that begins on July 1 can make a substantial start toward alleviating the conditions that the Court has found to be unconstitutional. He will be ordered to do so. The Court will not undertake at this time to prescribe any specific immediate steps to be taken by Respondent. The Court would like to know first what Respondent thinks that he can do, and what he is willing to undertake to do.” 300 F. Supp. 825 (E.D.Ark. 1969) (tradução nossa).

⁶⁹ “The foregoing suggestions happen to be those that occur to the Court at the moment; the Court does not suggest that they are necessarily all of the steps that can and should be taken. In the decree to be entered Respondent will be directed to report to the Court within 30 days as to what steps he in fact plans to take, and jurisdiction of the case will be retained for all appropriate purposes.” 300 F. Supp. 825 (E.D.Ark. 1969) (tradução nossa).

⁷⁰ JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes na Jurisdição Constitucional: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. 3 ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 127.



v. *Sarver II* (1970), quando o plano apresentado e os avanços no sistema penitenciário do Arkansas foram avaliados. Chegando à constatação de que boa parte das mudanças projetadas não haviam sido concretizadas, “o magistrado asseverou que a permanência de um quadro de contingenciamento de despesas seria uma das principais falhas de coordenação entre os poderes para que houvesse a superação das condições inconstitucionais verificadas em *Holt I*”⁷¹.

A Corte destacou que uma melhora havia sido percebida, mas que a falta de recursos teria sido responsável pela deterioração posterior, tendo os presídios voltado para o estado inicial. Assim, a Corte reconheceu o esforço dos Poderes Políticos locais, sem, no entanto, deixar de enfatizar a necessidade de novas medidas para que o a situação inconstitucional fosse superada. Além disso, a Corte novamente afirmou a restrição do seu escopo de atuação e valorizou a esfera de discricionariedade assegurada aos Poderes Legislativo e Executivo. Sob este tópico, a Corte afirmou que

No entanto, a Corte está limitada em sua investigação à questão de saber se os direitos constitucionais dos detentos estão ou não sendo invadidos e se a própria Penitenciária é inconstitucional. A Suprema Corte não se preocupa judicialmente com questões que, em última análise, são dirigidas ao julgamento legislativo e administrativo. Uma prática que pode ser ruim do ponto de vista da criminologia pode não ser necessariamente proibida pela Constituição. E um sistema prisional que seria excelente do ponto de vista de um administrador prisional moderno pode não ser exigido pelas disposições da Constituição com as quais a Corte está preocupada⁷².

Apesar da limitação, a Corte enfatizou que o Estado deveria “iniciar imediatamente e de forma razoável a eliminação das condições que levaram o Tribunal a condenar o Sistema e prosseguir com seus esforços com toda a diligência razoável até a conclusão o mais rápido possível”⁷³, reforçando, assim, que mesmo que de responsabilidade do Estado, a superação da situação deveria ter início rápido e execução vigorosa. A Corte reconheceu que os principais questionamentos a serem enfrentados sobre “o que deve ser feito em um futuro imediato e quanto tempo deve ser permitido aos Requeridos para atingir seu objetivo final”⁷⁴. A Corte destacou que “nos últimos anos, as condições na

⁷¹ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 122.

⁷² “The Court, however, is limited in its inquiry to the question of whether or not the constitutional rights of inmates are being invaded and with whether the Penitentiary itself is unconstitutional. The Court is not judicially concerned with questions which in the last analysis are addressed to legislative and administrative judgment. A practice that may be bad from the standpoint of penology may not necessarily be forbidden by the Constitution. And a prison system that would be excellent from the point of view of a modern prison administrator may not be required by the provisions of the Constitution with which the Court is concerned.” 309 F. Supp. 362 (E.D.Ark. 1970) (tradução nossa).

⁷³ “Make a prompt and reasonable start toward eliminating the conditions that have caused the Court to condemn the System and to prosecute their efforts with all reasonable diligence to completion as soon as possible. The lives, safety, and health of human beings, to say nothing of their dignity, are at stake.” 309 F. Supp. 362 (E.D.Ark. 1970) (tradução nossa).

⁷⁴ “What must be done within the immediate future, and how long should Respondents be allowed to achieve their ultimate objective.” 309 F. Supp. 362 (E.D.Ark. 1970) (tradução nossa).



Penitenciária melhoraram um pouco, devido em parte, mas não totalmente, aos decretos deste Tribunal nos estágios anteriores do litígio geral”⁷⁵ e igualmente que os Estados, pela edição de legislação correspondente e empenho de recursos, estavam envidando esforços para satisfação das exigências da decisão. Além de reconhecer os esforços empregados pelos Estados, a Corte destacou compreender que a superação da situação inconstitucional era tarefa árdua e que, inevitavelmente, levaria certo período até ser concluída.

A Corte novamente opta por dar aos Requeridos a oportunidade de apresentar um plano para eliminação das inconstitucionalidades, permitindo, assim, que estabeleçam eles mesmos o que planejam fazer e em quanto tempo planejam fazer. Ao contrário da primeira decisão, a Corte foi mais clara nas diretrizes, afirmando que “no entanto, a Corte também acredita que deve agora estabelecer algumas diretrizes para os Requeridos e mencionar o que agora considera que provavelmente serão os requisitos mínimos para que as pessoas continuem confinadas na Penitenciária”⁷⁶. Assim, a Corte estabeleceu diretrizes mais claras e, desta vez, com caráter mais restritivo do que antes. Nada obstante, o tom geral da decisão manteve-se flexível e recomendativo. Assim, a Corte concluiu que

Se os Requeridos agirem de boa-fé e com diligência nas áreas da vida carcerária que acabamos de discutir [...] o Tribunal acredita que os problemas subsidiários tenderão a se resolver por si mesmos. Seria um erro ordenar muita coisa neste momento; mas, nas áreas mencionadas, os Réus serão obrigados a agir. E, é claro, os vestígios remanescentes da segregação racial devem ser eliminados.

A Suprema Corte não será dogmática quanto ao tempo neste momento. Se houver medidas que os Réus possam fazer agora com os fundos e pessoal disponíveis, espera-se que eles as façam agora. Se as medidas necessárias custarem dinheiro, e elas custarão, os Requeridos devem agir o mais rápido possível assim que os fundos estiverem disponíveis. [...]

No momento, os Requeridos serão obrigados a apresentar ao Tribunal e ao advogado dos Peticionários, até 1º de abril deste ano, um relatório e um plano mostrando o que, se é que fizeram, até aquele momento, para atender às exigências do Tribunal, o que planejam fazer e quando planejam fazê-lo.

Se o relatório inicial for aprovado, a Corte poderá solicitar relatórios adicionais de tempos em tempos e poderá solicitar informações específicas em determinadas áreas. Se o relatório inicial não for aprovado, será necessário que a Corte considere quais medidas

⁷⁵ “Over the past several years conditions at the Penitentiary have ameliorated somewhat, due in part, but by no means entirely, to the decrees of this Court in the earlier stages of the overall litigation.” 309 F. Supp. 362 (E.D.Ark. 1970) (tradução nossa).

⁷⁶ “The Court also thinks, however, that it should now proceed to lay down some guidelines for Respondents and should mention what it now considers will probably be minimum requirements if persons are going to continue to be confined in the Penitentiary.” 309 F. Supp. 362 (E.D.Ark. 1970) (tradução nossa).



específicas serão tomadas para implementar suas declarações de inconstitucionalidade do sistema existente.

Que não haja engano na questão; a obrigação dos Requeridos de eliminar as inconstitucionalidades existentes não depende do que o Legislativo possa fazer, ou do que o Governador possa fazer, ou, de fato, do que os Requeridos possam realmente realizar. Se o Arkansas for operar um sistema penitenciário, ele terá de ser um sistema que seja compatível com a Constituição dos Estados Unidos⁷⁷.

A Corte, portanto, estabeleceu de maneira clara e indiscutível a imprescindibilidade de superação da situação inconstitucional nos presídios, mesmo que mantendo a margem de atuação do Legislativo e do Executivo para estes. O processo desencadeado por este caso não foi irrisório, tendo o processo de reforma prisional se estendido e chegado a provocar a supervisão concomitante de 41 dos 50 sistemas penitenciários estaduais nos EUA. Neste contexto, além da atuação legislativa e alocativa dos demais poderes, em espécie de diálogo interinstitucional, visando a resolução dos problemas constatados e a superação da situação inconstitucional nos presídios, as quais surgiram efeitos, houve também reações legislativas objetivando a contenção dos avanços das Cortes sobre a gestão dos presídios, como foi o caso do *The Prison Litigation Reform Act of 1995*⁷⁸. Tendo sido “defendida como um meio de coibir litígios frívolos de prisioneiros por meio da reforma do processo pelo qual os prisioneiros entram com ações civis, algumas seções da lei também se esforçaram para acabar com a chamada ‘micro gestão judicial’ das prisões. [...] A PLRA restringe esse procedimento ao restringir todas as medidas prospectivas impostas judicialmente, inclusive decretos de consentimento”⁷⁹.

⁷⁷ “If Respondents will move in good faith and with diligence in the areas of prison life just discussed [...] the Court thinks that subsidiary problems will tend to take care of themselves. It would be a mistake to order too much at this time; but, in the areas just mentioned Respondents will be required to move. And, of course, the remaining vestiges of racial segregation must be eliminated. The Court will not be dogmatic about time just now. If there are things that Respondents can do now with available funds and personnel, they will be expected to do them now. If necessary steps cost money, and they will, Respondents must move as rapidly as funds become available. [...] At the moment Respondents will be ordered to submit to the Court and to counsel for Petitioners not later than April 1 of this year a report and plan showing what, if anything, they have done up to that time to meet the requirements of the Court, what they plan to do, and when they plan to do it. If the initial report is approved, the Court may require additional reports from time to time and may require specific information in certain areas. If the initial report is not approved, it will then become necessary for the Court to consider what specific steps it will take to implement its declarations of the unconstitutionality of the existing system. Let there be no mistake in the matter; the obligation of the Respondents to eliminate existing unconstitutionality does not depend upon what the Legislature may do, or upon what the Governor may do, or, indeed, upon what Respondents may actually be able to accomplish. If Arkansas is going to operate a Penitentiary System, it is going to have to be a system that is countenanced by the Constitution of the United States.” 309 F. Supp. 362 (E.D.Ark. 1970) (tradução nossa).

⁷⁸ JOBIM, Marco Félix. *Op. cit.*, pp. 127 - 128.

⁷⁹ “Championed as a means of curbing frivolous prisoner litigation by reforming the process through which prisoners file civil suits, certain sections of the Act also endeavored to quell so-called ‘judicial micro-management’ of prisons. [...] The PLRA constrains this procedure by



Assim como em *Brown*, tornou-se “claro também que o sucesso de uma demanda estrutural depende de um processo capaz de lidar com fatores extrajurídicos. É preciso criar incentivos processuais, sejam eles positivos ou negativos, para que as partes adotem postura cooperativa”⁸⁰. Sob essa perspectiva, coube as Cortes, nos anos seguintes, articular junto aos Estados e aos demais Tribunais medidas que propiciaram o avançar da situação e a superação das inconstitucionalidades no tratamento dos presos. No geral, assim como geralmente ocorre nos litígios estruturais, se disputa o verdadeiro significado e impacto da decisão na superação da situação inconstitucional constatada. Especificamente sobre *Holt v. Sarver*, há uma avaliação positiva do “alívio que este ofereceu aos detentos submetidos a condições terríveis no Sistema Prisional do Arkansas. Mas seu significado primário é a base que foi estabelecida para a reforma penal progressiva do estado por meio de intervenção judicial”⁸¹. Neste mesmo sentido, defende-se o papel relevante da Suprema Corte na reestruturação do sistema prisional nos Estados Unidos⁸².

1.1.3. A Natureza comum das questões enfrentadas: os problemas policêntricos ou litígios estruturais

Como destacado anteriormente, a análise dos casos *Brown* e *Holt v. Sarver* foi realizada pela percepção de que estes “direcionam aquilo que se conhece hoje como litígio estrutural e a tentativa de formação de uma teorização própria de um modelo de processo estrutural para o Brasil”⁸³, na qual o Estado de Coisas Inconstitucional está inserido. É fato que “a partir do caso *Brown*, os Estados Unidos conhecem um intenso processo de intervenção das cortes de justiça em presídios, hospitais e instalações públicas congêneres. Um intenso período, em suma, de declarada *intromissão das cortes de justiça no campo das políticas públicas*”⁸⁴. Veríssimo destaca que a decisão do caso *Brown* alterou substancialmente o paradigma referente às funções próprias de uma Corte, bem como alterou sensivelmente o paradigma próprio ao instrumental disponível aos órgãos do Poder Judiciário⁸⁵. E a característica distintiva destes casos, responsável por levar

restricting all judicially imposed prospective relief, including consent decrees.” DECKER, Deborah. Consent decrees and the prison litigation reform act of 1995: usurping judicial power or quelling judicial micro-management? *Wisconsin Law Review*, vol. 1997, no. 6, 1997, pp. 1275-1322, p. 1275 (tradução nossa).

⁸⁰ VIOLIN, Jordão. *Op. cit.*, p. 638.

⁸¹ “Relief that it offered to inmates subjected to appalling conditions within the Arkansas Prison System. But its primary significance is the groundwork that has been laid for progressive state penal reform through judicial intervention.” MOORE JR, Stacy L. Constitutional Law-Arkansas State Penitentiary Transgresses Constitutional Proscription Against Cruel and Unusual Punishment-Holt v. Sarver, 442 F. 2d 304 (8th Cir. 1971). *Seton Hall Law Review*, v. 3, n. 1, p. 10, 1971, pp. 159 - 167, p. 167.

⁸² PRIGMORE, Charles S.; CROW, Richard T. Is the Court Remaking the American Prison System? *Federal Probation*, vol. 40, no. 2, July 1976, pp. 3-10.

⁸³ JOBIM, Marco Félix. *Op. cit.*, p. 127.

⁸⁴ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, p. 50.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 51.



a Corte a adotar as medidas atípicas supramencionadas, é a natureza policêntrica (ou estrutural) do problema que estava por trás das demandas que chegaram aos tribunais.

O problema subjacente às demandas nos casos *Brown e Holt v. Sarver* pode ser classificado como um problema estrutural ou, valendo-se de conceito e nomenclatura desenvolvidos por Fuller, um problema policêntrico⁸⁶. Para exata compreensão deste tipo de problema que, como visto, é classificado na literatura por diferentes termos (*polycentric problems, public interest litigation, public law litigation, structural litigation, structural reform e civil rights injunction*), cumpre analisar em perspectiva as características comuns aos casos paradigmáticos desta espécie de conflito sob a perspectiva de diferentes autores.

Owen Fiss, que classificou o fenômeno como *structural litigation* ou *civil rights injunction*, destaca que esta seria uma nova forma de adjudicação caracterizada pela atuação ativa do Poder Judiciário sobre o funcionamento das burocracias estatais. Em síntese, Fiss defende que existem dois grandes modelos de *adjudication* nos Estados Unidos e distingue a *structural litigation* da *dispute resolution*, forma tradicional de resolução de litígios pelo Judiciário⁸⁷. Dessa diferenciação, é possível extrair certas características determinantes para identificação dos litígios estruturais. Neste sentido, para Owen Fiss, os litígios estruturais seriam qualificados (I) pela participação de entidades, sociologias e minorias; (II) pela consideração e gestão de valores públicos; (III) pelo fato de que “o processo estrutural nega a suposição de que o status quo seja justo. Em vez disso, baseia-se no ceticismo sobre a distribuição de poder e privilégio”⁸⁸; e, por fim, (IV) pela atuação do Judiciário de maneira integrada com uma parte do governo.

Em outra obra sobre o assunto, Fiss enfatiza duas características fundamentais para identificação da *structural litigation*, quais sejam, a identificação das burocracias do Estado moderno como fontes primárias de ameaça aos valores constitucionais e a necessidade de reforma destas instituições para que a violação seja, de fato, superada. Neste sentido afirma o autor:

Essa nova forma de adjudicação é amplamente definida por duas características. A primeira é a consciência de que a ameaça básica aos nossos valores constitucionais não é representada por indivíduos, mas por operações de organizações de grande escala, as burocracias do Estado moderno. Em segundo lugar, esse novo modo de litígio reflete a percepção de que, a menos que as organizações que ameaçam esses valores sejam reestruturadas, essas ameaças aos valores constitucionais não podem e não serão eliminadas. Para esse esforço de reconstrução, o universo tradicional de recursos jurídicos - o julgamento de danos ou

⁸⁶ FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, n. 92, 1978-1979, pp. 353 - 409.

⁸⁷ FISS, Owen M. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria geral do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 762 - 764.

⁸⁸ “The structural suit denies the assumption that the status quo is just. It is instead premised on skepticism about the distribution of power and privilege.” FISS, Owen M. *Op. cit.*, p. 763 (tradução nossa).



o processo criminal - é inadequado. A *Injunction* é o remédio preferencial. Ela não é usada, entretanto, como um dispositivo para impedir algum ato discreto, como poderia ter sido em outros tempos, mas é usada como o meio formal pelo qual o juiz dirija a reconstrução de uma organização burocrática⁸⁹.

Também no contexto norte americano, Abram Chayes desempenhou relevante função na circunscrição desta nova modalidade de adjudicação, sendo seu texto de 1976 sobre o papel do juiz na *public law litigation* até hoje parâmetro inicial de análise de casos de envolvimento do Poder Judiciário com a gestão de políticas públicas. A *public law litigation*, conforme conceituada por Chayes, é caracterizada igualmente pela existência de litígios multipolares complexos ou, na nomenclatura aqui adotada, litígios policêntricos.

Para Chayes, o litígio como expressão de conflitos entre partes privadas sobre direitos privados não seria mais o único ou mesmo a modalidade prevalecte de litígio em termos de importância. O autor destaca que o modelo emergente de *public law litigation* é caracterizado pelo fato de que “o objeto do litígio é a reivindicação de políticas constitucionais ou estatutárias”⁹⁰ e que “a decisão é contínua [...] as partes podem recorrer ao tribunal para a execução ou modificação da ordem original à luz da mudança das circunstâncias”⁹¹. Além disso, “a determinação do remédio não é simplesmente um pronunciamento das consequências legais de eventos passados, mas, até certo ponto, uma previsão do que provavelmente ocorrerá no futuro. E a reparação é [...] um esforço para elaborar um programa para conter as consequências futuras de uma forma que acomode a gama de interesses envolvidos”⁹². Chayes enfatiza que objeto da demanda não é mais uma disputa entre partes privadas, mas o funcionamento de uma política ou programa governamental, um tipo de problema que exige um programa positivo de implementação.

⁸⁹ “This new form of adjudication is largely defined by two characteristics. The first is the awareness that the basic threat to our constitutional values is posed not by individuals, but by operations of large-scale organizations, the bureaucracies of the modern state. Secondly, this new mode of litigation reflects the realization that, unless the organizations that threaten these values are restructured, these threats to constitutional values cannot and will not be eliminated. For this reconstructive endeavor the traditional universe of legal remedies – the damage judgement or the criminal prosecution – are inadequate. The injunction is the favored remedy. It is not used, however, as a device for stopping some discreet act, as it might have been in other time, but instead is used as the formal medium through which the judge directs the reconstruction of a bureaucratic organization.” FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure*. New York: Foundation Press, 2003, pp. 287 – 288 (tradução nossa).

⁹⁰ “The object of litigation is the vindication of constitutional or statutory policies.” CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*. *Harvard Law Review*, May 1976, Vol. 89, Nº. 7, pp. 1281-1316, pp. 1284 (tradução nossa).

⁹¹ “The injunction is continuing [...] the parties may resort to the court for enforcement or modification of the original order in light of changing circumstances.” *Ibidem*, p. 1292 (tradução nossa).

⁹² “The liability determination is not simply a pronouncement of the legal consequences of past events, but to some extent a prediction of what is likely to be in the future. And relief is [...] an effort to devise a program to contain future consequences in a way that accomodates the range of interests involved.” *Ibidem*, p. 1294 (tradução nossa).



Sobre a execução na *public law litigation*, Chayes sublinha que os juízes passam a pensar programas de ação alternativa que melhor satisfazem o direito que esta sendo violado conforme apresentado pelas partes, sendo, não raro, confrontados com o questionamento acerca de “como as políticas de direito público podem ser melhor atendidas em um caso concreto?”⁹³, característica que também está intrinsicamente ligada à natureza da decisão, que, como visto, “estabelece um regime afirmativo que rege as atividades em controvérsia para o futuro indefinido e tem força vinculante para as pessoas dentro de seu âmbito, então não é muito difícil vê-la como, *pro tanto*, um ato legislativo”⁹⁴.

Chayes destaca que a intensa atividade desempenhada pelo juiz para execução da decisão o leva muito além do mero agente legislativo e sua decisão vai além da função de um ato legislativo, pois “ao moldar e monitorar ativamente a decisão, mediando entre as partes, desenvolvendo suas próprias fontes de conhecimento e informação, o juiz de primeira instância ultrapassou até mesmo o papel de legislador e se tornou um planejador e gerente de políticas”⁹⁵. Conclui, portanto, que este tipo particular de litígio considera que “o processo judicial é um mecanismo eficaz para registrar e responder a queixas geradas pela operação de programas públicos em um estado regulador. [...] Ele também está muito bem situado para realizar a tarefa de equilibrar a importância dos interesses políticos concorrentes em uma situação específica”⁹⁶.

De forma mais objetiva e sistemática, Chayes apresenta 5 características fundamentais do antigo modelo de prestação jurisdicional⁹⁷ que não podem ser

⁹³ “How can the policies of public law best be served in a concrete case?.” *Ibidem*, p. 1297 (tradução nossa).

⁹⁴ “Sets up an affirmative regime governing the activities in controversy for the indefinite future and having binding force for persons within its ambit, then it is not very much of a stretch to see it as, *pro tanto*, a legislative act.” *Ibidem*, p. 1297 (tradução nossa).

⁹⁵ “In actively shaping and monitoring the decree, mediating between the parties, developing his own sources of expertise and information, the trial judge has passed beyond even the role of legislator and has become a policy planner and manager.” *Ibidem*, p. 1302 (tradução nossa).

⁹⁶ “The judicial process is an effective mechanism for registering and responding to grievances generated by the operation of public programs in a regulatory state. [...] It is also rather well situated to perform the task of balancing the importance of competing policy interests in a specific situation.” *Ibidem*, p. 1308 (tradução nossa).

⁹⁷ “(1) The lawsuit is bipolar. Litigation is organized as a contest between two individuals or at least two unitary interests, diametrically opposed, to be decided on a winner-takes-all basis. (2) Litigation is retrospective. The controversy is about an identified set of completed events: whether they occurred, and if so, with what consequences for the legal relations of the parties. (3) Right and remedy are interdependent. The scope of the relief is derived more or less logically from the substantive violation under the general theory that the plaintiff will get compensation measured by the harm caused by the defendant’s breach of duty – in contract by giving plaintiff the money he would have had absent the breach; in tort by paying the value of the damage caused. (4) The lawsuit is a self-contained episode. The impact of the judgment is confined to the parties. If plaintiff prevails there is a simple compensatory transfer, usually of money, but occasionally the return of a thing or the performance of a definite act. If defendant prevails, a loss lies where it has fallen. In either case, entry of judgment ends the court’s involvement. (5) The process is party-initiated and party-controlled. The case is organized and the issues defined by exchanges between the parties. Responsibility for fact development is theirs. The trial judge is a neutral arbiter of their interactions who decides



observadas quando se está diante da litigância estrutural⁹⁸. De maneira sistemática, pode-se resumir os destaques feitos pelo autor da seguinte maneira:

	Antigo modelo de prestação jurisdicional	Litigância Estrutural
1) Estrutura das Partes	A ação é bipolar e consiste na disputa de dois interesses unitários que se opõem diametralmente.	A estrutura das partes não é bipolar, mas instável e submetida a mudanças durante o processo. Com admissão de <i>amici curiae</i> e extensão subjetiva do processo, a litigância estrutural não é, jamais, bipolar, mas espalhada e amorfa.
2) Aspecto temporal	A lide é retrospectiva, uma vez que a controvérsia versa sobre um conjunto determinado de eventos que já se encerraram e o impacto destes para as partes.	A lide é prospectiva, voltada para o futuro, uma vez que pretende alterar a realidade e o funcionamento de uma determinada política pública.
3) Relação entre fase declaratória e execução	O direito reconhecido e o remédio respectivo são interdependentes.	O direito reconhecido e o remédio respectivo são desconectados. O remédio compreende um complexo plano de rearranjo e gestão de interesses e consequências.
4) Efeitos do Julgamento	A ação é um episódio autocontido, uma vez que o julgamento é confinado às partes. O julgamento marca o	O impacto da decisão não é limitado às partes e o papel das Cortes se estende para além das decisões, abrangendo também o estabelecimento,

questions of law only if they are put in issue by an appropriate move of a party." *Ibidem*, pp. 1282-1283.

⁹⁸ "(1) The scope of the lawsuit is not exogenously given but it is shaped primarily by the court and parties. (2) The party structure is not rigidly bilateral but sprawling and amorphous. (3) The fact inquiry is not historical and adjudicative but predictive and legislative. (4) Relief is not conceived as compensation for past wrong in a form logically derived from the substantive liability and confined in its impact to the immediate parties; instead, it is forward looking, fashioned ad hoc on flexible and broadly remedial lines, often having important consequences for many persons including absentees. (5) The remedy is not imposed but negotiated. (6) The decree does not terminate judicial involvement in the affair: its administration requires the continuing participation of the court. (7) The judge is not passive, his function limited to analysis and statement of governing legal rules; he is active, with responsibility not only for credible fact evaluation but for organizing and shaping the litigation to ensure a just and viable outcome. (8) The subject matter of the lawsuit is not a dispute between private individuals about private rights, but a grievance about the operation of public policy." *Ibidem*, p. 1302.



	encerramento do envolvimento da Corte.	acompanhamento e ajuste de linhas executivas flexíveis. A sentença não termina o envolvimento do juiz no caso, pois a execução requer a participação contínua da Corte.
5) Papel do Julgador	O processo possui característica dispositiva, sendo controlado pelas partes, já que o escopo do caso é delimitado pelas trocas de manifestações entre as partes e ao juiz cabe apenas atuar como árbitro neutro.	O Juiz deve assumir postura muito mais ativa na condução do caso. O Juiz assume papel de comunicador e intermediador entre as partes e diversos outros atores, sobretudo especialistas, na tentativa de melhor compreender o problema e apresentar soluções adaptadas à realidade verificada.

No contexto comparado e em literatura mais recente, a percepção do fenômeno da litigância estrutural segue balizada pelas linhas gerais traçadas no meio do século passado nos Estados Unidos. Ao analisar o tema, Mariela Puga destaca que “o termo ‘litígio estrutural’ ou ‘caso estrutural’ refere-se a intervenções judiciais que expandem o território da justiciabilidade para além dos interesses das partes do caso”⁹⁹. Diante do conceito, a autora realiza uma descrição das características geralmente presentes nos litígios desta espécie, elencando 7 daquelas mais frequentemente apontadas pela doutrina: (1) A intervenção de vários atores processuais; (2) Um coletivo de pessoas afetadas que não intervêm no processo judicial; (3) Uma causa de origem que determina a violação de direitos em escala. Essa causa geralmente assume a forma de uma norma jurídica, uma política ou prática, uma condição ou uma situação social que viola interesses de forma sistêmica ou estrutural; (4) Uma organização estatal ou burocrática que funciona como a estrutura da situação ou condição social violadora de direitos; (5) A invocação ou afirmação de valores constitucionais ou públicos para fins de regulamentação geral; (6) Demandas que envolvam a redistribuição de bens; e, por fim, (7) Uma sentença que envolva um conjunto de ordens de implementação contínua e prolongada¹⁰⁰.

Na doutrina brasileira, de forma semelhante, é constantemente sublinhado que “os chamados litígios estruturais (ou estruturantes) [...] não se assemelham aos clássicos conflitos, justamente porque há diversos ‘núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema”¹⁰¹. Sob essa

⁹⁹ “La expresión ‘litigio estructural’ o ‘caso estructural’, califica a intervenciones judiciales que expanden el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales.” PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N. 2, 2014, pp. 41-82, p. 43 (tradução nossa).

¹⁰⁰ PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N. 2, 2014, pp. 41-82, p. 46.

¹⁰¹ TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 215.



perspectiva e partindo da ideia de estrutura como “modo de se relacionar das partes, elementos ou objetos em uma ordem finalista intrínseca que permita manter-se e alcançar a destinação, o resultado esperado dessa relação”¹⁰², chega-se a conclusão de que o processo estrutural “exige o deslocamento da análise de uma perspectiva estática para uma perspectiva dinâmica [...] [para] analisar, como objeto de um processo, as alterações nestes [elementos, partes ou objetos] ou em suas relações que permitam a criação, extinção ou modificação de estruturas, que possibilitarão o alcance de determinados resultados”¹⁰³, resultados estes relacionados, via de regra, à realização ou preservação de direitos, garantias e valores constitucionais.

Neste mesmo contexto e diante da percepção de que “violações de direitos podem resultar de práticas e dinâmicas de determinada instituição (violações estruturais) e, mais genericamente, contemplar uma pluralidade de polos de interesses que não podem ser simplesmente ignorados, interesses estes que se encontram imbricados (situações policêntricas)”¹⁰⁴, defende-se que a análise dos problemas estruturais deverá sempre considerar a policentria como característica fundamental para compreensão da disfunção enfrentada. Com base nesta percepção e no suporte teórico desenvolvido por Fuller, alguns autores destacam que “os litígios estruturais são marcados pela policentria, com uma clara imbricação de interesses, todos relacionados e dependentes entre si e muitas vezes antagônicos, como a metáfora da teia de aranha utilizada por Fuller”¹⁰⁵. Chega-se, com base nesta ideia, ao conceito de litígios estruturais como litígios “marcados pela existência de violações estruturais de direitos, causadas pelo conjunto de práticas e dinâmicas institucionalizadas, dentro de uma causalidade complexa”¹⁰⁶.

Referidas propriedades do problema policêntrico levariam igualmente à necessidade de postura diversa das Cortes no momento de decidir sobre o caso, compreendo seu papel na operacionalização das organizações burocráticas diante da defesa de que “os valores constitucionais assegurados devem ser condição de possibilidade de reestruturação nas edificações organizacionais burocráticas, enfrentando essa burocracia para a eliminação de qualquer possibilidade de não concretização daquilo que está descrito na Constituição”¹⁰⁷. A decisão no processo estrutural seria, portanto, a forma por excelência pela qual o Poder Judiciário se empenha na reconstrução de organizações burocratizadas, em um esforço radical para a transformação da realidade social. Essa decisão, por sua complexidade, extrapola relações lineares, e exige “respostas difusas, com

¹⁰² GALDINO, Matheus Souza. *Processos Estruturais: Identificação, Funcionamento e Finalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 47.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 47.

¹⁰⁴ FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Tese (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 18.

¹⁰⁵ NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. *RJLB*, Ano 5 (2019), nº 5, pp. 1051 – 1076, p. 1054.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 1055.

¹⁰⁷ JOBIM, Marco Félix. *Op. cit.*, p. 150.



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”¹⁰⁸.

Em arremate sobre o tema, Didier, Zaneti e Oliveira classificam a decisão judicial acerca de um problema policêntrico com ênfase no objetivo de concretização de um direito fundamental através da realização de uma política pública que, como se verá na parte II deste trabalho, é também o cerne da litigância constitucional realizada sobre a nova figura do “Estado de Coisas Inconstitucional” que, como se sustenta neste trabalho, não passa de conceito atribuído à atuação das Cortes Constitucionais para solução de problemas policêntricos, como realizado, no século passado, pela Suprema Corte dos Estados Unidos:

A decisão estrutural (structural injunction) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (structural reform) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. [...] Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas¹⁰⁹.

Deste panorama teórico e da análise dos casos paradigmáticos nos Estados Unidos, é possível extrair as características fundamentais deste tipo de litígio que, apesar de existente como mais vigor desde a década de 1950 nos Estados Unidos, passou a se manifestar novamente com particularidades e sob o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional em decisões recentes da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal. Deve-se reter, para os fins deste trabalho, a ideia de que os problemas policêntricos são aqueles em que há violação repetida e acentuada de direitos fundamentais de um grupo relevante de indivíduos decorrente do mau funcionamento de uma burocracia estatal na implementação de políticas públicas ou na aplicação de uma política pública insuficiente ou orientada por parâmetros inconstitucionais. Além disso, o problema policêntrico demanda uma solução de especial complexidade, pois só pode ser remediado com a reestruturação de uma série de estruturas e funções estatais e, em grande parte das vezes, da política pública pertinente para proteção e realização do direito tutelado. Assemelha-se, neste sentido, à definição adotada por Nunes, Cota e Faria, de acordo com a qual

as medidas estruturais são aquelas que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos e os direitos fundamentais pela via jurisdicional,

¹⁰⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. Vol. 225, 2013, pp. 389 – 410, p. 392.

¹⁰⁹ DIDIER, Fredie. ZANETI, Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandre. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 353 – 368, p. 355.



mediante transformação de uma instituição pública ou privada. Há a necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor ou direito afirmado na decisão¹¹⁰.

Neste trabalho, pode-se afirmar, de maneira simplificada, que a policentria de um problema decorre da vinculação fundamental entre a violação de direitos fundamentais e a execução de uma determinada política pública pela burocracia estatal, de forma que a efetividade das decisões judiciais nesta seara é intrinsecamente dependente do processo de formulação e implementação de políticas públicas conforme os valores constitucionais afirmados na decisão judicial precedente, sendo o envolvimento da Corte prolongado para assegurar a concretude da decisão e dos valores constitucionais.

A intervenção das Cortes na formulação de políticas públicas, como era de se esperar, não foi avaliada de maneira unânime. Como supra destacado, neste trabalho o objetivo é se debruçar sobre a questão da capacidade institucional (*institutional capacity*,¹¹¹ chamada em português de capacidade instrumental¹¹²) das Cortes para implementação de políticas públicas, deixando de lado, portanto, a discussão sobre a legitimidade desta intervenção e restringindo a análise à pergunta: as Cortes são capazes de lidar de maneira eficiente com os problemas policêntricos? A seguir, se apresentará as considerações de determinados autores em defesa do papel das Cortes na formulação de políticas públicas (capítulo 2), bem como as objeções teóricas realizadas ao desempenho desta tarefa pelos juízes (capítulo 3).

1.2. A defesa do papel das Cortes na formulação de políticas públicas: vantagens decorrentes da posição dos juízes

A reação positiva ao surgimento e desenvolvimento da litigância estrutural foi marcada pela defesa da capacidade e êxito das Cortes na implementação de políticas públicas, bem como pelo elogio à ação política das Cortes em razão de suas características institucionais mais marcantes, as quais não seriam impeditivos, mas, pelo contrário, importantes mecanismos para formulação das políticas públicas em contextos específicos, como, por exemplo, diante da existência de problemas policêntricos. Em suma, portanto, a literatura sublinhou, entre outras, as funções de inserção no debate público de interesses subrepresentados e de reestruturação das dinâmicas de força previamente existentes entre os interessados¹¹³, as quais seriam adequadamente exercidas diante de características específicas do exercício da adjudicação, tais como a imparcialidade, a inércia, a exigência de decisão conforme ao direito e aos *inputs*

¹¹⁰ NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de. *Op. cit.*, p. 1056.

¹¹¹ FISS, Owen M. Foreword: The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, 1979, pp. 1-58.

¹¹² VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, p. 14.

¹¹³ SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. *Op. cit.*, p. 1077.



das partes e a necessidade de fundamentação das decisões em princípios racionais – *principled decisions* – e não em simples preferências¹¹⁴.

A compreensão da posição em favor da atuação das Cortes para resolução dos problemas policêntricos, o que exige, pois, a implementação e controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, pode ser resumida a partir do estudo das ideias de Owen Fiss e da relação estabelecida pelo autor entre a determinação dos valores constitucionais e a tarefa de atribuição de valor prático a estes (capítulo 2.1), bem como pela análise do pensamento de Chayes e sua retomada contemporânea por Sabel e Simon (capítulo 2.2).

1.2.1. Owen Fiss: a indissociabilidade das tarefas de declaração e de efetivação dos direitos constitucionais

Como visto, Owen Fiss foi um dos autores responsáveis por estabelecer as premissas teóricas para o estudo do fenômeno, classificando-o como *structural litigation* ou *civil rights injunction* e destacando-o como uma nova forma de adjudicação caracterizada pela atuação ativa do Poder Judiciário. Vale destacar que, apesar de classificar como uma nova forma de adjudicação, “é certo que Fiss não vê mudanças na *função* exercida pelas cortes (para ele, dar sentido aos valores constitucionais da nação). Contudo, ele vê e aponta claramente uma mudança na *forma* de atuação dessas cortes”¹¹⁵. Essa nova forma de adjudicação, para Fiss, seria realizada adequadamente pelas Cortes, já que os Juízes, por exemplo, são forçados à objetividade, o que os impede de expressar opiniões pessoais ou acolher preferências majoritárias sem justificativa; além disso, as Cortes seriam independentes em relação às pressões e não possuiriam controle sobre sua agenda, nem sobre as vozes ouvidas no processo. O autor soma a isso, ainda, o fato de as Cortes serem obrigadas a responder (de maneira motivada) as demandas a ela submetidas, características estas que, sob seu ponto de vista, apenas contribuíram para boa gestão dos problemas policêntricos. Para Fiss, portanto, as características institucionais das Cortes não seriam um impeditivo ou razão para duvidar da capacidade destas para lidar com os problemas policêntricos, mas, pelo contrário, representariam uma vantagem no tratamento da questão¹¹⁶.

Manifestando-se sobre o assunto, o autor destaca que os valores constitucionais no estado burocratizado apenas podem ser garantidos quando se assegura ao judiciário a possibilidade de realizar mudanças nas estruturas organizacionais públicas, o que se realizaria por intermédio do litígio estrutural. Portanto, “o processo estrutural é aquele em que um juiz, confrontando uma burocracia estatal em relação a valores de dimensão constitucional, compromete-se a reestruturar a organização para eliminar uma ameaça a esses valores

¹¹⁴ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, pp. 15 - 16.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 143.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 15.



representada pelos atuais arranjos institucionais. A injunção é o meio pelo qual essas diretrizes de reconstrução são transmitidas”¹¹⁷.

Fiss endereça, em primeiro lugar, a crítica de que o processo estrutural concederia muito poder aos juízes, a qual, em sua visão, era a principal objeção ao processo estrutural, sendo muitas vezes inclusive plano de fundo das críticas que se apresentavam como críticas à capacidade das Cortes de lidar com o problema. O autor recorda a teoria da falha legislativa e a nota de rodapé nº 4 do caso *United States vs. Carolene Products Co.* (1938), de acordo com os quais “os Tribunais devem se submeter ao poder legislativo [...] a menos que haja alguma razão para supor que os processos do legislativo sejam inadequados”¹¹⁸, o que ocorreria, conforme a nota de rodapé nº 4, diante da “restrição do direito de voto e (d) a vitimização de uma minoria discreta e insular, um grupo incapaz de formar coalizões e, portanto, de participar efetivamente da política majoritária”¹¹⁹. Apesar de constatar que a reforma estrutural surgiu em um contexto no qual havia uma minoria discreta e insular excluída do processo majoritário, Fiss ataca a própria existência destes requisitos como limitadores da atuação das Cortes na efetivação de valores constitucionais pela reforma de estruturas burocráticas.

Para o autor, “a reforma estrutural voltada para instituições totais - prisões e hospitais psiquiátricos - pode ser entendida em termos de fracasso legislativo ou, mais apropriadamente, de negligência legislativa. [...] Mas quando o foco muda, como acredito que deva mudar, para as burocracias de base ampla que caracterizam o Estado moderno [...] a teoria da nota de rodapé quatro é de pouca utilidade. A vítima dessas organizações é o próprio cidadão”¹²⁰. Nesse sentido, defende que, apesar de a intervenção judicial nos litígios estruturais ser legítima conforme a teoria da falha legislativa em alguns casos, seu escopo deveria ser percebido de maneira mais ampla e mesmo situações nas quais os pressupostos para intervenção judicial conforme a nota de rodapé nº 4 não estivessem preenchidos, seria adequado concluir pela necessidade de intervenção das Cortes, bem como pela sua aptidão para tanto. Para Fiss,

Com relação a essas organizações de base ampla, o majoritarismo e a intervenção judicial podem parecer conciliáveis diante da teoria de que a burocratização causa distorções únicas no processo legislativo; os

¹¹⁷ “The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means by which these reconstructive directives are transmitted.” FISS, Owen M. Foreword: The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, 1979, pp. 1-58, p. 2 (tradução nossa).

¹¹⁸ “The Courts should defer to the legislative branch [...] unless there is some reason for assuming that the processes of the legislature are inadequate.” *Ibidem*, p. 6 (tradução nossa).

¹¹⁹ “Abridgment of the right to vote and victimization of a discrete and insular minority, a group disabled from forming coalitions and thus from effectively participating in majoritarian politics.” *Ibidem*, p. 6 (tradução nossa).

¹²⁰ “Structural reform aimed at total institutions - prisons and mental hospitals - may be understood in terms of legislative failure, or more aptly, legislative neglect. [...] But when the focus shifts, as I believe it must, to the broad-based bureaucracies that typify the modern state [...] the theory of footnote four is of little use. The victim of these organizations is the citizenry itself.” *Ibidem*, pp. 7 - 8 (tradução nossa).



burocratas têm incentivos e meios especiais para isolar suas práticas do escrutínio público. Mas essa abordagem expandiria a nota de rodapé quatro muito além de seu escopo original e, dado o grande papel dessas burocracias estatais de base ampla em nossa vida social atual, minaria a premissa da própria supremacia legislativa¹²¹.

Constatada a impossibilidade de compatibilizar a teoria com o desenvolvimento da litigância estrutural, Fiss questiona os próprios pilares da teoria, enfatizando que (1) a teoria não justifica a razão pela qual a falha legislativa deveria estar correlacionada à atuação judicial, nem (2) justifica sua premissa de que a supremacia das correntes majoritárias deveria prevalecer quando se trata de valores constitucionais, concluindo que ambos os problemas seriam relacionados à “negação do caráter especial de nossos valores constitucionais”¹²². Em sua teoria, Fiss estabelece como atividade do juiz a concessão de significado concreto aos valores constitucionais, atividade esta que não estaria (e nem deveria estar) condicionada à existência de uma falha legislativa. Além disso, enxerga a alteração de estruturas e a gestão de burocracias como parte integrante desta tarefa de atribuição de significado concreto aos valores constitucionais no estado burocrático. É por isso que se afirma que não há diferença na função, mas na forma de exercício desta: as Cortes não deixam de desempenhar o papel de determinar o significado constitucional ao intervirem nas burocracias estatais, apenas realizam esta determinação dentro de um contexto diverso.

Esta particularidade na teoria de Fiss implica igualmente outra importante característica de seu pensamento. Como a função dos juízes, apesar das particularidades na forma de realização, continua sendo a mesma (fixar o conteúdo dos valores constitucionais), os argumentos gerais utilizados para defender a existência do controle de constitucionalidade e a legitimidade e capacidade das Cortes em exercê-lo são válidos e pertinentes na discussão. Ademais, assume-se como mais natural e coerente a aceitação da litigância estrutural partindo-se do pressuposto de que esta não é uma nova função, mas apenas a modalidade indispensável de exercício da já consolidada função das Cortes Constitucionais dentro do Estado burocrático.

Nesse sentido, ressalta que os legisladores “não são ideologicamente comprometidos ou institucionalmente adequados para buscar o significado dos valores constitucionais, mas, em vez disso, veem sua função principal em termos de registro das preferências reais e atuais das pessoas”¹²³, situação diversa das

¹²¹ “With respect to these broad-based organizations, majoritarianism and judicial intervention might seem reconcilable on the theory that bureaucratization causes unique distortions of the legislative process; bureaucrats have special incentives and means for insulating their practices from public scrutiny. But such an approach would expand footnote four far beyond its original scope, and, given the large role of these broad-based state bureaucracies in our social life today, it would undermine the premise of legislative supremacy itself.” *Ibidem*, p. 8 (tradução nossa).

¹²² “Denial of the special character of our constitutional values.” *Ibidem*, p. 9 (tradução nossa).

¹²³ “Are not ideologically committed or institutionally suited to search for the meaning of constitutional values, but instead see their primary function in terms of registering the actual,



Cortes, que seriam desenhadas justamente com o objetivo de buscar estes valores. Fiss explica que os juízes que decidiram *Brown* e os casos dos presídios podem ter “transformado em lei suas próprias preferências, refletindo peculiarmente sua posição social privilegiada; mas também é possível, na verdade, eu diria, é eminentemente provável, que esses juízes tenham dado uma explicação verdadeira do valor constitucional”¹²⁴. Tal confiança nos juízes no exercício de sua função decorre da configuração ideológica e institucional das Cortes. Para Fiss,

Esse cargo é estruturado por fatores ideológicos e institucionais que permitem e talvez até forcem o juiz a ser objetivo - não para expressar suas preferências ou crenças pessoais [...], mas para lutar constantemente pelo verdadeiro significado do valor constitucional. Dois aspectos do cargo judicial lhe conferem esse caráter especial: um é a obrigação do juiz de participar de um diálogo, e o segundo é sua independência.

O juiz tem o direito de exercer o poder somente após ter participado de um diálogo sobre o significado dos valores públicos. Trata-se de um diálogo com qualidades muito especiais: (a) Os juízes não têm o controle de sua agenda, mas são obrigados a confrontar queixas ou reivindicações que, de outra forma, prefeririam ignorar. (b) Os juízes não têm controle total sobre quem devem ouvir. Eles estão sujeitos a regras que os obrigam a ouvir uma ampla gama de pessoas ou porta-vozes. (c) Os juízes são obrigados a se manifestar, a responder à queixa ou à reclamação e a assumir responsabilidade individual por essa resposta. (d) Os juízes também devem justificar suas decisões¹²⁵.

Em relação à necessidade de justificar sua decisão, Fiss explica que as decisões judiciais não podem consistir em meras preferências, mas precisam ter as razões de sua adoção expressamente enunciadas. Além disso, as razões de decidir devem, em alguma maneira, transcender o aspecto pessoal e as crenças passageiras do juiz ou da sociedade. Por essa razão, defende a autoridade das Cortes e define que “o processo é a medida dessa autoridade. [...] (e a autoridade

occurrent preferences of the people.” FISS, Owen M. Foreword: The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, 1979, pp. 1-58, p. 10 (tradução nossa).

¹²⁴ “Enacted into law their own preferences, peculiarly reflecting their privileged social position; but it is also possible, indeed, I would say, it is eminently probable, that these judges had given a true account of the constitutional value.” FISS, Owen M. Foreword: The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, 1979, pp. 1-58, p. 12 (tradução nossa).

¹²⁵ “That office is structured by both ideological and institutional factors that enable and perhaps even force the judge to be objective - not to express his preferences or personal beliefs [...] but constantly to strive for the true meaning of the constitutional value. Two aspects of the judicial office give it this special cast: one is the judge’s obligation to participate in a dialogue, and the second is his independence. The judge is entitled to exercise power only after he has participated in a dialogue about the meaning of the public values. It is a dialogue with very special qualities: (a) Judges are not in control of their agenda, but are compelled to confront grievances or claims they would otherwise prefer to ignore. (b) Judges do not have full control over whom they must listen to. They are bound by rules requiring them to listen to a broad range of persons or spokesmen. (c) Judges are compelled to speak back, to respond to the grievance or the claim, and to assume individual responsibility for that response. (d) Judges must also justify their decisions.” *Ibidem*, p. 13 (tradução nossa).



vem da) qualidade de seu processo – de sua capacidade de estar distante e desvinculado dos concorrentes imediatos e do corpo político, mas totalmente atento às queixas e responsivo em termos que transcendem as preferências e que são suficientes para apoiar um julgamento considerado ‘constitucional’”¹²⁶. Fiss, portanto, reafirma o valor da interpretação judicial e enxerga a primeira objeção à litigância estrutural não como uma insegurança acerca da “capacidade especial dos tribunais e de seus processos de nos aproximar de uma compreensão correta de nossos valores constitucionais, mas a partir da qualidade frágil de nossa visão substantiva”¹²⁷, isto é, como uma perda da confiança na existência dos valores constitucionais e na sua importância, razão pela qual valoriza a reforma estrutural enquanto esforço do judiciário para dar significado aos valores constitucionais.

Fiss destaca que não se pode prender o judiciário às chamadas formas tradicionais de exercício da adjudicação tendo em vista que “o foco da reforma estrutural não está em incidentes ou transações específicas, mas sim nas condições da vida social e no papel que as organizações de grande escala desempenham na determinação dessas condições. [...] (o objeto final da ação judicial é) uma condição social que ameaça valores constitucionais importantes e a dinâmica organizacional que cria e perpetua essa condição”¹²⁸. Acrescenta como relevante o fato da vítima no litígio estrutural não ser um indivíduo, mas um grupo social que existe independentemente do caso no tribunal e que muitas vezes é de difícil individualização e determinação, dada a incerteza em relação à totalidade de indivíduos submetidos ou que podem se submeter àquela situação inconstitucional.

O autor também reforça que “o processo estrutural busca erradicar uma ameaça contínua aos nossos valores constitucionais e a *injunction* pode servir como o mecanismo formal pelo qual o tribunal emite diretrizes sobre como isso deve ser feito. Ela fala sobre o futuro”¹²⁹. A necessidade de adentrar o funcionamento institucional e de desempenhar papel prospectivo também seriam razões para a alteração na forma de exercício da função dos juízes. Para Fiss, essas mudanças seriam necessárias na medida em que a superação da condição institucional que ameaça valores constitucionais só seria possível com

¹²⁶ “Process is the measure of that authority. [...] (and the authority comes from) the quality of his process - on his ability to be distant and detached from the immediate contestants and from the body politic, yet fully attentive to grievances, and responsive in terms that transcend preferences and that are sufficient to support a judgment deemed ‘constitutional.’” *Ibidem*, p. 16 (tradução nossa).

¹²⁷ “Special capacity of courts and their processes to move us closer to a correct understanding of our constitutional values, but from the frail quality of our substantive vision.” *Ibidem*, p. 16 (tradução nossa).

¹²⁸ “The focus of structural reform is not upon particular incidents or transactions, but rather upon the conditions of social life and the role that large-scale organizations play in determining those conditions. [...] (the ultimate subject matter of the lawsuit is) a social condition that threatens important constitutional values and the organizational dynamic that creates and perpetuates that condition.” *Ibidem*, p. 18 (tradução nossa).

¹²⁹ “The structural suit seeks to eradicate an ongoing threat to our constitutional values and the injunction can serve as the formal mechanism by which the court issues directives as to how that is to be accomplished. It speaks to the future.” *Ibidem*, p. 23 (tradução nossa).



a manutenção da jurisdição enquanto durar a ameaça, já que o “desempenho deve ser monitorado, e novas estratégias devem ser criadas para garantir que a operação da organização seja mantida dentro dos limites constitucionais”¹³⁰. Na visão do autor, portanto, a reestruturação de instituições seria parte integrante da função essencial das Cortes, já que estas “existem para dar significado aos nossos valores públicos, não para resolver disputas. O julgamento constitucional é a manifestação mais vívida dessa função”¹³¹.

Neste contexto, a reorganização institucional realizada nos casos estruturais não estaria fora dos limites da função dos juízes, que é a de conceder significado adequado aos valores públicos. O juiz, portanto, enquanto funcionário público, deve “aplicar e criar normas para toda a sociedade e, até mesmo, reestruturar as instituições, como uma forma, sugiro, de dar significado aos nossos valores públicos”¹³². Diante da elucidação de sua posição, Fiss tece comentários sobre as críticas mais comumente realizadas à função desempenhada pelas Cortes na *structural litigation*. Em primeiro lugar, Fiss analisa a crítica instrumental, sugerida por David Horowitz¹³³, segundo a qual haveria um alto risco de erro na reforma estrutural, já que os juízes estariam acostumados apenas à *dispute resolution* tradicional e não teriam aptidão para o exercício de alteração na operação de uma burocracia estatal.

Fiss não nega que as dificuldades inerentes à reorganização de uma organização social em funcionamento são muitas, mas discorda de que disso decorra a conclusão de que as Cortes não podem se engajar nesta seara. O autor aponta que

a crítica instrumental assume um critério de escolha muito restrito ao insistir que preservemos a função que a instituição desempenha melhor. A taxa de sucesso é importante na avaliação das instituições, mas dois outros fatores devem ser introduzidos na análise: o valor de um desempenho bem-sucedido e a taxa de sucesso de instituições alternativas que realizam tarefas comparáveis. Em qualquer um dos critérios, a reforma estrutural se sai muito bem¹³⁴.

Sob essa perspectiva, Fiss defende que a taxa de sucesso supostamente baixa seria amplamente compensada pela promessa de maiores retornos sociais.

¹³⁰ “Performance must be monitored, and new strategies devised for making certain that the operation of the organization is kept within constitutional bounds.” *Ibidem*, p. 28 (tradução nossa).

¹³¹ “Exist to give meaning to our public values, not to resolve disputes. Constitutional adjudication is the most vivid manifestation of this function.” *Ibidem*, p. 29 (tradução nossa).

¹³² “Enforce and create society-wide norms, and perhaps even to restructure institutions, as a way, I suggest, of giving meaning to our public values.” *Ibidem*, p. 31 (tradução nossa).

¹³³ HOROWITZ, Donald L. *The courts and social policy*. Brookings Institution Press, 2010. O pensamento deste autor será analisado como representativo da posição contrária à atuação das Cortes Constitucionais na resolução de problemas policêntricos no capítulo 3 deste trabalho.

¹³⁴ “The instrumental critique assumes too narrow a criterion of choice in insisting that we preserve that function the institution performs best. Success rate is important in evaluating institutions, but two further factors must be introduced into the analysis: the value of a successful performance, and the success rate of alternative institutions performing comparable tasks. On either criterion, structural reform fares quite well.” FISS, Owen M. *Op. cit.*, p. 32 (tradução nossa).



O sucesso nos litígios estruturais, portanto, apesar de mais raro, mesmo quando parcial superaria o sucesso dos casos de *dispute resolution*, pois seria responsável pela superação da condição responsável por violações massivas e reiteradas de direitos. Fiss enfatiza, ainda, que não há instituições alternativas que poderiam desempenhar esta função de maneira mais eficiente, destacando que a alegação de que as próprias agências administrativas seriam mais bem qualificadas, dada a expertise na reorganização de instituições sociais, não se sustentaria. Sobre este tópico, o autor afirma que a crítica instrumental falha ao supervalorizar as falhas das cortes, sem considerar a existência de graves falhas também no desempenho da função de reorganização institucional pelas agências administrativas, e também erra ao ignorar a possibilidade de que o conhecimento necessário para reforma (a alegada “expertise” prévia) seja “disponibilizado ao juiz, seja por meio de peritos ou de estruturas auxiliares, como *special masters*”¹³⁵.

Sob esta perspectiva, defende que “assim, o argumento a favor do desvio para agências administrativas parece se basear em alegações exageradas de especialização, uma recorrência de um mito do progressismo, mas, ainda mais fundamentalmente, reflete um mal-entendido sobre o motivo pelo qual os tribunais estão envolvidos”¹³⁶. Fiss sustenta que os tribunais são especialistas na determinação dos valores constitucionais e possuem uma racionalidade substantiva especial que deriva da qualidade especial do processo, dialógico e independente. E estas características também seriam o instrumental suficiente para os juízes se empenhassem no “esforço de reconstrução, que exige julgamentos instrumentais, [e que] deve ser visto [...] como um incidente necessário desse empreendimento de atribuição de significado, como uma tentativa do juiz de dar significado aos valores constitucionais na realidade prática”¹³⁷.

Em seguida, Fiss também rejeita o argumento de acordo com o qual a *structural litigation* seria uma nova atuação¹³⁸, reafirmando que seria apenas a mudança da forma de adjudicação, mas não da função desempenhada. Para Fiss,

O que mudou foi a estrutura social, o surgimento de uma sociedade dominada pela operação de organizações de grande escala, e são essas mudanças na estrutura social que explicam as mudanças ao longo do tempo nas formas de adjudicação. [...] O que, de fato, provocaria uma

¹³⁵ “Made available to the judge, either through expert witnesses, or through auxiliary structures such as special masters.” *Ibidem*, p. 34 (tradução nossa).

¹³⁶ “The argument for diversion to administrative agencies thus seems to rest on exaggerated claims of expertise, a recurrence of a myth of Progressivism, but even more fundamentally it reflects a misunderstanding of why courts are involved.” *Ibidem*, p. 34 (tradução nossa).

¹³⁷ “The reconstructive endeavor, calling for instrumental judgments, should be seen [...] as but a necessary incident of that meaning-giving enterprise, as an attempt by the judge to give meaning to constitutional values in practical reality.” *Ibidem*, p. 34 (tradução nossa).

¹³⁸ O autor menciona a obra de Chayes como representativa deste posicionamento. Como se verá a seguir, no capítulo 2.2, Chayes chega a uma conclusão positiva em relação à capacidade institucional das Cortes para resolução de problemas que dependem da implementação de políticas públicas. Fiss, no entanto, discorda do autor em relação à classificação da *structural litigation* como nova adjudicação, bem como em relação às restrições que este imagina serem pertinentes à atuação do Poder Judiciário nesta seara.



verdadeira crise de legitimidade seria insistir em modos processuais moldados em um ambiente social diferente, presumindo que as formas adjudicatórias criadas há séculos deveriam prevalecer hoje¹³⁹.

Diante desta constatação, Fiss chega à conclusão de que se as situações e matérias submetidas ao Judiciário mudaram, isso exige também uma alteração na forma da adjudicação, mesmo que não em sua função, que permanece sendo a de determinação dos valores constitucionais relevantes (mesmo que agora também em situações práticas e na operação de instituições de larga escala). Fiss ainda esclarece e rebate os argumentos da teoria axiomática contra a *structural litigation*.

A mencionada teoria, cujo mais proeminente defensor é, na visão de Fiss, Fuller¹⁴⁰, parte do pressuposto que determinados atributos formais são indispensáveis para o exercício de processos e tarefas sociais e, em relação à adjudicação, um dos atributos indispensáveis seria a participação individual, presente no *dispute resolution*, mas ausente no modelo estrutural. Apesar de escrito na década de 50, o artigo de Fuller, publicado postumamente em 1978, é visivelmente “motivado por um desejo de estabelecer os limites da adjudicação, e o limite que Fuller de fato desenvolve está claramente em guerra com a noção de reforma estrutural”¹⁴¹. Fuller desenvolve a tese de que as Cortes não podem desempenhar atividades que envolvam a resolução de problemas policêntricos, conceito retomado por Fiss como “um tipo de disputa ou problema que é multicêntrico, muito parecido, segundo ele, com uma teia de aranha, no sentido de que a resolução de uma disputa policêntrica teria necessariamente repercussões amplas e intermináveis”¹⁴².

Fiss defende, no entanto, que o exercício da atividade adjudicatória não é, como parece supor Fuller, necessariamente parcelar e “caso a caso” ou “ângulo por ângulo”, mas que pode, sim, englobar estruturas por completo. Fiss acrescenta que por trás desta preocupação está a ideia de Fuller de que não seria possível permitir a participação significativa de todos os afetados no caso perante a Corte e de que, portanto, seria violado o direito individual de participar em um procedimento que pode afetar de maneira adversa o indivíduo. A esta crítica responde Fiss afirmando que “o juiz deve ter certeza de que toda a gama de

¹³⁹ “What has changed is social structure, the emergence of a society dominated by the operation of large-scale organizations, and it is these changes in social structure that account for the changes over time in adjudicatory forms. [...] What would, in fact, provoke a genuine crisis of legitimacy would be to insist on procedural modes shaped in a different social setting, to assume that adjudicatory forms created centuries ago should control today.” FISS, Owen M. *Op. cit.*, p. 36 (tradução nossa).

¹⁴⁰ FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, n. 92, 1978-1979, pp. 353 – 409. Pela importância das ideias do autor, seu pensamento será explorado como mais vagar no capítulo 3 deste trabalho como representativo da objeção jurídica aos processos estruturais.

¹⁴¹ “Motivated by a desire to establish the limits of adjudication, and the one limit Fuller in fact develops is clearly at war with the notion of structural reform.” FISS, Owen M. *Op. cit.*, p. 36 (tradução nossa).

¹⁴² “A type of dispute or problem which is many centered, much like, he says, a spider web, in the sense that a resolution of a polycentric dispute would necessarily have broad and never-ending repercussions.” *Ibidem*, p. 40 (tradução nossa).



interesses está vigorosamente representada, mas ele não precisa dar as costas para a reivindicação constitucional ou negar um remédio eficaz porque todos os indivíduos afetados não participarão ou não poderão participar significativamente do processo”¹⁴³. Fiss esclarece que sua concepção de adjudicação parte da natureza dos tribunais como fonte coordenada do poder do governo e vê a decisão judicial como moldada a partir da função e do ambiente social, o que o distinguiria fundamentalmente de Fuller, para quem a adjudicação estaria no mesmo plano moral que as eleições e os contratos, partindo, portanto, de uma análise centrada no indivíduo e no consentimento deste, e não na função e no cargo judicante.

Fiss adiciona, ainda, que a ideia de policentrismo seria inerente à própria função de criação de normas públicas pelas cortes através da fixação de precedentes, sendo, portanto, impossível aderir ao axioma de Fuller, o qual levaria a uma restrição excessiva do escopo da adjudicação. Além disso, pautado na proteção do indivíduo e no seu direito de participação, o axioma levaria, na verdade, a uma situação de vulnerabilidade do indivíduo diante das burocracias estatais, pois contra estas apenas as Cortes, “centros de poder do governo que se destacam das burocracias estatais”¹⁴⁴, poderiam ajudar de maneira eficaz. Diante disso, sublinha que o axioma da participação está pautado em uma realidade horizontal, que não existe mais com advento das burocracias estatais, que exigem o estabelecimento de centros de poder iguais em força e em recursos (que seriam, para Fiss, as Cortes) aos atores sociais dominantes para proteção do indivíduo. Em vista disso, afirma que o axioma da participação individual é responsável por “lançar uma barreira intransponível - o policentrismo - ao único processo social que surgiu com a promessa de preservar nossos valores constitucionais e o ideal do individualismo diante do estado burocrático moderno - a reforma estrutural”¹⁴⁵.

Por fim, Fiss se debruça sobre o problema do remédio, isto é, a fase de execução da reforma estrutural. O autor salienta novamente que as mudanças na estrutura das partes não afetam ou prejudicam a qualidade dialógica do processo, residindo o possível problema no desejo de eficácia do juiz de “dar um significado a um valor constitucional que seja mais tangível, mais completo do que uma mera declaração do que é certo”¹⁴⁶, desejo este que levaria a tentativa de reforma de uma burocracia estatal, com ameaça à posição de independência do juiz e seu possível ingresso no mundo da política. Apesar de conceder no sentido de que de fato existem riscos à posição do juiz na realização da reforma

¹⁴³ “The judge must be certain that the full range of interests is vigorously represented, but he need not turn his back on the constitutional claim or deny an effective remedy because each and every individual affected will not or cannot meaningfully participate in the suit.” *Ibidem*, p. 41 (tradução nossa).

¹⁴⁴ “Centers of government power that stand apart from the state bureaucracies.” *Ibidem*, p. 43 (tradução nossa).

¹⁴⁵ “Throw down an impassable bar - polycentrism - to the one social process that has emerged with promise for preserving our constitutional values and the ideal of individualism in the face of the modern bureaucratic state - structural reform.” *Ibidem*, p. 44 (tradução nossa).

¹⁴⁶ “Give a meaning to a constitutional value that is more tangible, more fullblooded than a mere declaration of what is right.” *Ibidem*, p. 46 (tradução nossa).



estrutural, Fiss afasta certas crenças associadas ao formalismo e ao *tailoring principle*, segundo o qual o remédio deve se adequar à violação constatada, em uma espécie de esforço dedutivo formal.

O autor relembra que “no contexto estrutural, essas qualidades formalistas - exclusividade, especificidade totalmente determinada, singularidade e certeza - nunca estão presentes. O remédio estrutural é decididamente instrumental”¹⁴⁷. No caso da *structural litigation*, é evidente que existem diversas possíveis maneiras de eliminar a ameaça que a organização realiza aos valores constitucionais, não existindo um remédio pré-determinado. Há, portanto, uma relevante escolha a ser feita, a qual será guiada por considerações adicionais e subsidiárias, como outros valores constitucionais em jogo e juízos de eficácia, e não apenas pela violação combatida. Indiscutivelmente, o remédio será instrumental e “o juiz deve procurar a ‘melhor’ solução, mas como seu julgamento deve incorporar considerações abertas como eficácia e justiça, e como a ameaça e o valor constitucional que ocasiona a intervenção nunca podem ser definidos com grande precisão, a escolha específica da solução nunca pode ser defendida com certeza. Ela deve estar sempre aberta à revisão”¹⁴⁸.

Em relação à possível interferência do instrumentalismo sobre os predicados da justiça formal, Fiss assume que esta deve de fato ser analisada com cuidado, mas sem restringir a adjudicação de maneira indevida. Os juízes, apesar de serem especialmente qualificados para encontrar o sentido dos valores constitucionais, não possuem vantagens para atuar na escolha instrumental de soluções, mas deveriam atuar também nesta esfera dada a impossibilidade de dissociar e separar as tarefas declaratória e de implementação dentro do escopo maior de determinação dos valores constitucionais pertinentes. Neste sentido, afirma que

Os direitos e os remédios são apenas duas fases de um único processo social - a tentativa de dar significado aos nossos valores públicos. Os direitos operam no reino da abstração, os remédios no mundo da realidade prática. Um direito é uma declaração de significado particularizada e autorizada. [...] Um remédio, por outro lado, é um esforço do tribunal para dar significado a um valor público na prática. Um remédio é mais específico, mais concreto e mais coercitivo do que a mera declaração de direito; ele constitui a atualização do direito.

Se o objetivo do remédio é efetivar o direito declarado, então o remédio pode ser entendido como subordinado ao direito. No entanto, também é importante reconhecer que o significado de um valor público é uma função - um produto ou uma consequência - tanto da declaração quanto da atualização. Direitos e remédios constituem conjuntamente o

¹⁴⁷ “In the structural context these formalistic qualities - exclusivity, a fully determined specificity, uniqueness, and certainty - are never present. The structural remedy is decidedly instrumental.” *Ibidem*, p. 47 (tradução nossa).

¹⁴⁸ “The judge must search for the ‘best’ remedy, but since his judgment must incorporate such open-ended considerations as effectiveness and fairness, and since the threat and constitutional value that occasions the intervention can never be defined with great precision, the particular choice of remedy can never be defended with any certitude. It must always be open to revision.” *Ibidem*, p. 49 (tradução nossa).



significado do valor público. [...] Um valor constitucional como a igualdade deriva seu significado de ambas as esferas, declaração e atualização, e é essa conexão estreita entre significado e remédio, e não apenas a tradição, que exige uma unidade de funções. Ela exige que a decisão sobre a solução seja conferida ao juiz, o órgão ao qual foi atribuída a tarefa de dar significado ao valor por meio da declaração. Uma divisão de funções, uma delegação da tarefa de atualização a outro órgão, necessariamente cria o risco de que o remédio possa distorcer o direito e nos deixar com algo menos do que o verdadeiro significado do valor constitucional. Ambas as fontes de significado devem ser confiadas ao mesmo órgão para preservar a integridade do próprio empreendimento de atribuição de significado.

Se a função do juiz é dar significado aos nossos valores públicos, e o remédio deve ser entendido como parte integrante desse processo, então podemos entender - e de fato apreciar - o envolvimento do juiz na reforma da burocracia estatal. É um incidente necessário de sua função social mais ampla¹⁴⁹.

Isto posto, existe, para Fiss, uma ligação indissociável entre a implementação do valor constitucional, que engloba, na presença de problemas policêntricos, o gerenciamento de uma política pública e a reforma de uma burocracia estatal, e a sua própria descoberta, o que nos leva a conclusão de que as Cortes não apenas poderiam, mas teriam que realizar essa função dentro do Estado burocratizado. Fiss não ignora, no entanto, os riscos que este engajamento na execução pode trazer para independência do juiz, sobretudo diante da pretensão de máxima efetividade depender da negociação e do jogo de forças com outros atores políticos. Este risco, no entanto, não é suficiente para que Fiss condene ou desaconselhe a *structural injunction*, mas apenas exige cuidados e

¹⁴⁹ “Rights and remedies are but two phases of a single social process - of trying to give meaning to our public values. Rights operate in the realm of abstraction, remedies in the world of practical reality. A right is a particularized and authoritative declaration of meaning. [...] A remedy, on the other hand, is an effort of the court to give meaning to a public value in practice. A remedy is more specific, more concrete, and more coercive than the mere declaration of right; it constitutes the actualization of the right. If the purpose of the remedy is to actualize the declared right, then the remedy might be understood as subordinate to the right. Yet it is also important to recognize that the meaning of a public value is a function - a product or a consequence - of both declaration and actualization. Rights and remedies jointly constitute the meaning of the public value. [...] A constitutional value such as equality derives its meaning from both spheres, declaration and actualization, and it is this tight connection between meaning and remedy, not just tradition, that requires a unity of functions. It requires that the decision about remedy be vested in the judge, the agency assigned the task of giving meaning to the value through declaration. A division of functions, a delegation of the task of actualization to another agency, necessarily creates the risk that the remedy might distort the right, and leave us with something less than the true meaning of the constitutional value. Both sources of meaning must be entrusted to the same agency to preserve the integrity of the meaning-giving enterprise itself. If the judge's function is to give meaning to our public values, and the remedy must be understood as an integral part of that process, then we can understand - and indeed appreciate - the judge's involvement in reforming the state bureaucracy. It is a necessary incident of his broader social function.” *Ibidem*, pp. 52 - 53 (tradução nossa).



estratégias para minimizar o impacto da fase de atualização dos valores constitucionais na independência judicial.

Entre as possíveis estratégias, Fiss realça a figura do *special master*, nova instituição processual que atua como corpo intermediário entre o juiz, a organização reformada e o corpo político, que assume a responsabilidade por desenhar e implementar os remédios de execução, sendo o verdadeiro arquiteto da reconstrução institucional. Fiss não esconde, no entanto, que o dilema permanece, mesmo que atenuado, na medida que quanto mais distante das Cortes, mais perigoso será uma dissociação entre a fase de esclarecer o direito e de adotar o remédio (o que é incompatível com a unidade da função de estabelecer os valores constitucionais), e quanto mais próximo das Cortes, maior será o risco à independência judicial. Com esta reflexão, Fiss conclui que a importância desta tarefa deve nos levar ao entendimento de que é aceitável que o juiz abandone um pouco de sua independência em favor do adequado desempenho de sua função na efetivação dos valores constitucionais. Assim,

O juiz pode ser visto como alguém que está sempre se movendo em dois mundos, o mundo do ideal e o mundo da prática, o mundo do valor público e o mundo da preferência subjetiva, o mundo da Constituição e o mundo da política. Ele obtém sua legitimidade de apenas um, mas necessariamente se encontra no outro. Ele, entre todos os órgãos do governo, está na melhor posição para descobrir o verdadeiro significado de nossos valores constitucionais, mas, ao mesmo tempo, está profundamente limitado, na verdade, às vezes até comprometido, por seu desejo - seu desejo totalmente admirável - de dar realidade a esse significado¹⁵⁰.

Em vista disso, compreende-se a posição de destaque que Fiss e sua teoria assumiram no campo da litigância estrutural, sobretudo quando se estuda as ideias favoráveis à imersão das Cortes nesta atividade. Dada sua compreensão de que a descoberta do significado dos valores constitucionais e a concessão de realidade a esse significado são indissociáveis, o autor assume uma posição muito mais enfática e favorável à atuação das Cortes, também em razão da ausência de alternativa ideal à essa realidade. Há, no entanto, também teorias intermediárias, que, apesar de verem com mais reticência o fenômeno de envolvimento do Poder Judiciário com o controle e a implementação de políticas públicas, mesmo assim o sustentam.

1.2.2. Chayes, Sabel e Simon: a sobreposição institucional desordenada e pragmática e o experimentalismo de ordens flexíveis e provisórias

¹⁵⁰ “The judge might be seen as forever straddling two worlds, the world of the ideal and the world of the practical, the world of the public value and the world of subjective preference, the world of the Constitution and the world of politics. He derives his legitimacy from only one, but necessarily finds himself in the other. He among all the agencies of government is in the best position to discover the true meaning of our constitutional values, but, at the same time, he is deeply constrained, indeed sometimes even compromised, by his desire - his wholly admirable desire - to give that meaning a reality.” *Ibidem*, p. 58 (tradução nossa).



Abram Chayes, outro autor que identificou a litigância estrutural como nova modalidade de adjudicação, enfatizando o papel do juiz na *public law litigation*¹⁵¹, afirma que “o envolvimento da Corte e do juiz em litígios de direito público é viável e, na verdade, inevitável se a justiça tiver que ser feita em uma sociedade cada vez mais regulamentada”¹⁵². Nesse sentido, o autor relaciona o surgimento da litigância estrutural à nova estrutura da sociedade e, assim como Fiss, vê como inevitável que, como reação ao surgimento de uma sociedade dominada pela operação de organizações de grande escala, se desenvolva uma nova modalidade de adjudicação, na qual a operacionalização dessas organizações de grande escala seja o cerne da decisão judicial e dos problemas de violação de direitos fundamentais. Destacando o funcionamento deste novo modelo de sociedade, Chayes enfatiza que

o novo modelo reflete e se relaciona com um sistema regulatório em que esses arranjos [sociais e econômicos] são o produto de medidas positivas. Em tal sistema, a execução e a aplicação da lei são necessariamente a implementação da política regulatória. O litígio inevitavelmente se torna um fórum explicitamente político e o tribunal um braço visível do processo político¹⁵³.

O autor não vê a situação apenas como uma realidade inevitável, mas vislumbra, ainda, vantagens relacionadas ao envolvimento das Cortes na implementação de políticas regulatórias. Chayes aponta que “o judiciário tem a vantagem de não ser burocrático. Ele é eficaz na utilização de energias e recursos externos a ele e ao governo, na investigação da situação e na avaliação de soluções”¹⁵⁴. Novamente com semelhança ao que Fiss sustenta, Chayes aponta o desenho institucional do judiciário, responsável pela sua eficácia superior aos poderes políticos no exercício da tarefa de identificação, avaliação e gestão de recursos para solução de falhas na implementação de políticas públicas, como uma vantagem comparativa, o que, portanto, permitiria atestar a capacidade institucional das Cortes para implementação e supervisão de políticas públicas. Chayes, em verdade, acredita que a independência, flexibilidade e acessibilidade das Cortes permitem que elas desempenhem adequadamente o papel de responsabilizar as instituições com desempenho cronicamente insatisfatório vis a vis os direitos garantidos pela legislação vigente, possuindo a capacidade de

¹⁵¹ A diferença estabelecida pelo autor entre a litigância estrutural e o antigo modelo de prestação jurisdicional foi explorada com mais vagar, acima, no capítulo 1.3 deste trabalho.

¹⁵² “The involvement of the court and judge in public law litigation is workable, and indeed inevitable if justice is to be done in an increasingly regulated society.” CHAYES, Abram. *Op. cit.*, p. 1281 (tradução nossa).

¹⁵³ “The new model reflects and relates to a regulatory system where these [social and economic] arrangements are the product of positive enactment. In such a system, enforcement and application of law is necessarily implementation of regulatory policy. Litigation inevitably becomes an explicitly political forum and the court a visible arm of the political process.” *Ibidem*, p. 1304 (tradução nossa).

¹⁵⁴ “The judiciary has the advantage of being non-bureaucratic. It is effective in tapping energies and resources outside itself and outside the government in the exploration of the situation and the assessment of remedies.” *Ibidem*, pp. 1308 – 1309 (tradução nossa).



induzir discussões mais frutíferas entre as partes relevantes em problemas desta natureza¹⁵⁵.

Chayes aponta que há, de fato, uma sobreposição institucional, havendo invasão, pelo Judiciário, daquilo que se considera rotineiramente como tarefa do Executivo e do Legislativo. O autor atribui essa invasão, no entanto, à falha dos demais poderes em lidar como os problemas que surgem na implementação de políticas regulatórias. Ainda, destaca que o Judiciário não substituiria os demais poderes no papel de governar, apenas desempenhando papel relevante nos casos de anormalidade. A conclusão do autor é, portanto, no sentido de

pedir uma recepção acolhedora para os desenvolvimentos que descrevi e disposição para aceitar uma boa dose de sobreposição institucional desordenada e pragmática. Afinal de contas, o crescimento do poder judiciário tem ocorrido, em grande parte, em função do fracasso de outros órgãos em responder a grupos que conseguiram mobilizar recursos e energia políticos consideráveis. E, apesar de seu novo papel, é improvável que o Judiciário substitua seus rivais institucionais pelo poder de governar ou mesmo que alcance uma fatia dominante do mercado. Nessas circunstâncias, eu me concentraria não em voltar o relógio para trás (ou desligá-lo), mas em melhorar o desempenho da *public law litigation*¹⁵⁶.

Em relação à legitimidade e à técnica da intervenção, o autor destaca que a *public law litigation* pode assumir diferentes conformações, o que levanta, conseqüentemente, diferentes preocupações relacionadas à legitimidade, conforme o vigor da atuação do judiciário. Assim, é fato que a atuação das Cortes nas políticas públicas é, “ao mesmo tempo, mais e menos intrusiva: mais, porque pode exigir ação afirmativa de agentes políticos; menos, porque normalmente se limita a ajustar a maneira pela qual a política estadual e federal sobre educação, prisões, instituições mentais e similares é levada adiante”¹⁵⁷. O autor admite, portanto, a possibilidade de que a intervenção das Cortes nos problemas policêntricos assuma diferentes aspectos, variando em relação à estratégia e natureza da decisão judicial visando a superação da problemática. A diferenciação parece, no entanto, superficial, uma vez que o mero ajuste na maneira pela qual uma política pública estadual ou federal é levada adiante configura, em verdade, uma exigência de ação afirmativa dos agentes políticos,

¹⁵⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review*, n. 117, 2004, pp. 1015-1101, p. 1017.

¹⁵⁶ “To urge a hospitable reception for the developments I have described and a willingness to accept a good deal of disorderly, pragmatic institutional overlap. After all, the growth of judicial power has been, in large part, a function of the failure of other agencies to respond to groups that have been able to mobilize considerable political resources and energy. And, despite its new role, the judiciary is unlikely to displace its institutional rivals for governing power or even to achieve a dominant share of the market. In the circumstances, I would concentrate not on turning the clock back (or off), but on improving the performance of public law litigation.” CHAYES, Abram. *Op. cit.*, p. 1313 (tradução nossa).

¹⁵⁷ “At once more and less intrusive: more, because it may command affirmative action of political officers; less, because it is ordinarily limited to adjusting the manner in which state and federal policy on education, prisons, mental institutions, and the like is carried forward.” *Ibidem*, p. 1315 (tradução nossa).



pois altera e conforma as políticas públicas que, antes, exigiam atuação diversa. Neste trabalho, sustenta-se a posição de que a atuação das Cortes é menos invasiva apenas quando se limita a constatar a anormalidade na política pública e atribui o reajuste aos agentes políticos ou, envolvendo-se no reajuste, o realiza de maneira dialógica.

Mencionada perspectiva é também adotada pelo autor quando este trata da possível objeção democrática à essa expansão da atuação do judiciário. Para Chayes, na nova modalidade de litígio, “a participação judicial não se dá por meio de declarações abrangentes e imutáveis da lei, mas na forma de um diálogo contínuo e bastante hesitante com outros elementos políticos – o Congresso e o Executivo, as agências administrativas, a profissão e os acadêmicos, a imprensa e o público em geral”¹⁵⁸. Nesse sentido, seria essencial para manutenção da legitimidade da intervenção que o Judiciário evitasse a adoção de declarações abrangentes e imutáveis da lei, isto é, o Judiciário deveria evitar a imposição de ordens aos poderes políticos, valorizando, pelo contrário, a construção dialógica de soluções para os problemas apresentados.

Para entender por completo o pensamento do autor e sua posição positiva em relação à intervenção das Cortes é necessário destacar, no entanto, que Chayes inclui a produção de resultados substantivos positivos como um elemento relevante para legitimidade do poder judiciário. Para o autor, “a ação judicial só alcança tal legitimidade ao responder, na verdade ao estimular, a demanda profunda e duradoura por justiça em nossa sociedade [...] (especialmente por causa da) importância dos resultados substantivos para a legitimidade e a responsabilidade da ação judicial”¹⁵⁹. Nesse sentido, a percepção de que as Cortes foram capazes de promover efeitos substantivos positivos nas primeiras decisões do que o autor classificou como *public law litigation* foi relevante para avaliação de que a intervenção era legítima. Há, portanto, associada à legitimidade, uma crença de que as Cortes possuem capacidade institucional para promoção da mudança da realidade através do controle políticas públicas.

Cerca de 30 anos mais tarde, em 2004, Charles Sabel e Willian Simon publicaram texto tratando da maneira pela qual a *public law litigation* obtêm sucesso, destacando a existência dos direitos de desestabilização, definidos como direitos à desestruturação de instituições que sistematicamente falham no atendimento de seus objetivos e que se imunizam contra os processos normais de responsabilização política¹⁶⁰. O conceito de direitos de desestabilização parte de texto anterior de Roberto Mangabeira Unger, que esclareceu que “os direitos de desestabilização protegem o interesse do cidadão em romper as organizações de

¹⁵⁸ “Judicial participation is not by way of sweeping and immutable statements of the law, but in the form of a continuous and rather tentative dialogue with other political elements – Congress and the executive, administrative agencies, the profession and the academics, the press and wider publics.” *Ibidem*, p. 1316 (tradução nossa).

¹⁵⁹ “Judicial action only achieves such legitimacy by responding to, indeed by stirring, the deep and durable demand for justice in our society. [...] (especially because of) the importance of substantive results for the legitimacy and accountability of judicial action.” *Ibidem*, p. 1316 (tradução nossa).

¹⁶⁰ SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. *Op. cit.*, pp. 1015-1101.



grande escala ou as áreas ampliadas da prática social que permanecem fechadas aos efeitos desestabilizadores do conflito comum e, assim, sustentam hierarquias isoladas de poder e vantagem”¹⁶¹. Os autores partem sua análise, portanto, da ideia segundo a qual a desestabilização, um direito do cidadão, “induz a instituição a se reformar em um processo no qual ela deve responder às partes interessadas anteriormente excluídas”¹⁶².

Em explícito diálogo como o texto de Chayes, os autores enfatizam as mudanças da *public law litigation* nas três décadas anteriores à publicação do artigo, enfatizando o surgimento da intervenção pautada no “experimentalismo”, isto é, baseada em uma abordagem que prioriza a negociação e a adoção de medidas de revisão contínua, o que conjugaria a efetividade da intervenção judicial na seara, bem como seria compatível com a estrutura de governo democrática. De acordo com os autores, “a regulamentação experimentalista combina normas mais flexíveis e provisórias com procedimentos para a participação contínua das partes interessadas e responsabilidade mensurável. [...] Em geral, o regime deixa as partes com uma grande margem de discricionariedade sobre como atingir esses objetivos”¹⁶³. Além disso, os resultados são avaliados em relação aos compromissos iniciais das partes e em relação a performance comparável de outras instituições, em um processo contínuo de aprendizagem e reconstrução. O experimentalismo representaria, concomitantemente, uma intervenção mais e menos ativa das Cortes: mais, pois “os remédios experimentalistas contemplam um processo permanente de autorrevisão ramificada e participativa, em vez de um reajuste único a critérios fixos”¹⁶⁴ e menos, porque as regras seriam construídas em diálogo com os demais atores, o que diminuiria, igualmente, a objeção da capacidade gerencial, pois reformas oriundas de um contínuo processo colaborativo aproveitariam também da expertise dos poderes políticos.

Ao analisar a evolução da *public law litigation* em direção ao experimentalismo nos campos da educação, saúde mental, prisões, polícia e habitação, os autores defendem que “os tribunais descobriram que não tinham as informações, a profundidade e o alcance do controle para formular e aplicar

¹⁶¹ “Destabilization rights protect the citizen's interest in breaking open the large-scale organizations or the extended areas of social practice that remain closed to the destabilizing effects of ordinary conflict and thereby sustain insulated hierarchies of power and advantage.” UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: Anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge University Press, 1987, p. 530 (tradução nossa).

¹⁶² “Induces the institution to reform itself in a process in which it must respond to previously excluded stakeholders.” SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. *Op. cit.*, p. 1056 (tradução nossa).

¹⁶³ “Experimentalist regulation combines more flexible and provisional norms with procedures for ongoing stakeholder participation and measured accountability. [...] Typically, the regime leaves the parties with a substantial range of discretion as to how to achieve these goals.” *Ibidem*, p. 1019 (tradução nossa).

¹⁶⁴ “Experimentalist remedies contemplate a permanent process of ramifying, participatory self-revision rather than a one-time readjustment to fixed criteria.” *Ibidem*, p. 1020 (tradução nossa).



adequadamente as injunções de comando e controle”¹⁶⁵, razão pela qual passaram a adotar o experimentalismo. Neste sentido, os autores não vislumbram nas Cortes a solução para todos os problemas relacionados às burocracias estatais, nem sustentam a capacidade institucional plena destas para lidar com políticas públicas. Pelo contrário, Sabel e Simon sublinham o desenvolvimento da prática pautado na percepção das deficiências e das limitações institucionais das Cortes em matéria de gestão de políticas públicas, o que apenas seria passível de resolução com uma abordagem que incluísse os poderes políticos na resolução destes problemas com o papel do juiz mudando “da determinação direta dos méritos para a facilitação de um processo de deliberação e negociação entre as partes interessadas”¹⁶⁶.

Assim, a violação de uma norma ampla seria sempre resolvida pela imposição de um único remédio, a desestabilização institucional, sendo “direitos e medidas de direito público como formas de desestabilização deliberada e reflexiva”¹⁶⁷. O papel central da corte, neste contexto, seria apenas o de indicar publicamente que o *status quo* é ilegítimo e não pode persistir, dando início a uma fase subsequente em que as próprias partes colaboram beneficentemente para a formulação das medidas adequadas para superação da violação de direitos perpetrada pela instituição objeto da desestabilização.

A desestabilização seria legítima apenas quando a instituição pública objeto dessa medida, “em primeiro lugar, não está satisfazendo os padrões mínimos de desempenho adequado e, em segundo lugar, está substancialmente imune aos mecanismos políticos convencionais de correção”¹⁶⁸. A falha em assegurar padrões mínimos de direitos e o bloqueio político seriam, portanto, requisitos básicos para configuração de um caso de *public law destabilization*. O primeiro requisito seria o menos controverso, uma vez que os próprios agentes públicos muitas vezes concederiam estar tendo dificuldades com a gestão de determinadas instituições, e, mesmo quando não concedessem, o papel da Corte em constatar o desrespeito ao padrão mínimo de garantia de direitos seria idêntico ao desempenhado na adjudicação tradicional. O segundo elemento, a imunidade política à correção, estaria presente em três tipos de caso: (I) quando há “um controle político majoritário que não responde aos interesses de uma minoria vulnerável e estigmatizada”¹⁶⁹; (II) quando, na lógica da ação coletiva, “um grupo concentrado com grandes participações explora ou desconsidera um grupo mais numeroso, porém mais difuso, com participações coletivamente

¹⁶⁵ “Courts found they lacked both the information and the depth and range of control to properly formulate and enforce command-and-control injunctions.” *Ibidem*, p. 1053 (tradução nossa).

¹⁶⁶ “From that of directly determining the merits to facilitating a process of deliberation and negotiation among the stakeholders.” *Ibidem*, p. 1055 (tradução nossa).

¹⁶⁷ “Public law rights and remedies as forms of deliberate, reflective destabilization.” *Ibidem*, p. 1056 (tradução nossa).

¹⁶⁸ “First, it is failing to satisfy minimum standards of adequate performance and, second, it is substantially immune from conventional political mechanisms of correction.” *Ibidem*, p. 1062 (tradução nossa).

¹⁶⁹ “Majoritarian political control unresponsive to the interests of a vulnerable, stigmatized minority.” *Ibidem*, p. 1064 (tradução nossa).



maiores, mas individualmente menores”¹⁷⁰; (III) quando há “um equilíbrio de baixo nível que é suscetível a melhorias geralmente benéficas, mas somente por meio de um tipo de coordenação que as instituições existentes são inadequadas para induzir”¹⁷¹.

Os autores destacam alguns efeitos relacionados à decisão judicial neste caso que seriam relevantes para produção dos efeitos desestruturantes e que produziriam as mudanças necessárias na esfera individual, institucional e social. Tais efeitos podem ser compreendidos como vantagens ou características aptas a demonstrar a capacidade institucional das Cortes para lidar com os problemas que envolvem políticas públicas, na medida em que decorrem da intervenção das Cortes e desempenham papel relevante na superação desta hipótese específica de violação de direitos. Os seis efeitos listados são: o efeito véu; o efeito *status quo*; o efeito deliberação; o efeito publicidade; o efeito das partes interessadas; e, por fim, o efeito de rede.

Em analogia à teoria política de John Rawls, o efeito véu é definido como a qualidade do julgamento efetuado pela Corte de não permitir a obtenção de vantagens egoístas, já que, pela dinâmica experimental e adaptativa, dificulta a antecipação dos efeitos que serão produzidos no plano individual. Sobre o efeito *status quo*, Sabel e Simon afirmam que “a condenação do *status quo* tem um efeito cognitivo distinto: libera o controle mental das estruturas convencionais sobre a capacidade de considerar alternativas”¹⁷², ou seja, a decisão estigmatizaria a situação contemporânea à decisão e impulsionaria a mudança necessária. Os efeitos deliberação e publicidade seriam relacionados ao incentivo para que as partes argumentassem e tentassem persuadir com bases racionais suas posições dentro do diálogo para o estabelecimento de um plano de ação, o que, aliado à premissa da publicidade, seria acompanhado pela atenção pública, o que desempenharia também importante papel do ponto de vista da pressão por um comportamento responsável. O efeito das partes interessadas estaria relacionado à dinâmica das partes: os requerentes se fortaleceriam, dada a legitimação oficial de seus pedidos, ao passo que as partes demandadas sofreriam forte reestruturação. Ainda, novos indivíduos em situação semelhante aos requerentes iniciais provavelmente surgiriam, dada a publicidade e amplos impactos do julgamento.

Por fim, o efeito de teia nada mais é do que uma interpretação inversa daquilo que Fuller, como se verá em seguida, no capítulo 3.1 deste trabalho, interpretou como a limitação fundamental das Cortes. A ramificação e efeito multiplicador da decisão da Corte nos casos de *public law litigation* tornaria “possível lidar com reformas que são complexas demais para serem abordadas

¹⁷⁰ “a concentrated group with large stakes exploits or disregards a more numerous but more diffuse group with collectively larger but individually smaller stakes.” *Ibidem*, p. 1064 (tradução nossa).

¹⁷¹ “a low-level equilibrium that is susceptible to generally beneficial improvement, but only through a kind of coordination that existing institutions are inadequate to induce.” *Ibidem*, p. 1065 (tradução nossa).

¹⁷² “The condemnation of the status quo has a distinct cognitive effect: it releases the mental grip of conventional structures on the capacity to consider alternatives.” *Ibidem*, p. 1075 (tradução nossa).



em sua totalidade sequencialmente - em uma sequência determinada no decorrer da própria solução de problemas. Esse efeito é a policentralidade vista como uma ajuda, e não como um obstáculo, para a solução de problemas”¹⁷³. Sob essa perspectiva, a ausência de controle dos efeitos colaterais da intervenção das Cortes não minariam os esforços empreendidos para solução da problemática, mas “em condições favoráveis, as intervenções parciais que as informações limitadas permitem podem ser suficientemente formativas para permitir medidas corretivas subsequentes, dando origem a novas rodadas de intervenções e correções”¹⁷⁴.

Apoiando-se igualmente em Hirschman, que sustenta o desenvolvimento econômico pautado em cadeias de desequilíbrio com pressões ramificadas e um processo constante de aperfeiçoamento através do imbricamento entre agentes públicos e privados¹⁷⁵, os autores afirmam que “o processo de desequilíbrio e reajuste iterativo é, de fato, um processo de aprendizado que não pode ser facilmente interrompido. Ele potencialmente gera um valioso capital humano e cria incentivos de uma maneira distintamente eficiente”¹⁷⁶. Dentro da *public law litigation*, a intervenção da Corte produziria este efeito na medida em que aumentaria o retorno prospectivo dos investimentos nas áreas objeto de intervenção, bem como colocaria luz em questões, demandas e instituições conexas, no efeito multiplicador típico dos problemas policêntricos. Encerrada a análise dos efeitos da intervenção, os autores passam ao delineamento das controvérsias doutrinárias relacionadas à *public law litigation*, respondendo a estas com base nas novas características desta forma de adjudicação relacionadas ao experimentalismo. Embora os autores repartam as controvérsias em 4 tópicos (discrição do tribunal, separação de poderes, atribuição de responsabilidade ao agente e representação de interesses), desponta em importância, para os fins deste trabalho, as considerações gerais dos autores que permitem extrair, do artigo, a ideia segundo a qual as Cortes possuiriam capacidade institucional para lidar com problemas policêntricos desde que adotassem a abordagem experimentalista.

Novamente, os autores enfatizam o papel compartilhado das Cortes e das partes em juízo na configuração do remédio adequado para violação de direitos verificada, ressaltando que a ideia segundo a qual a indeterminação da solução deveria ser resolvida pela decisão imposta da Corte ou pela deferência ao órgão estatal questionado não era verdadeira, deixando de lado a mais promissora

¹⁷³ “It is possible to tackle reforms that are too complex to be tackled in their entirety sequentially - in a sequence determined in the course of the problem-solving itself. This effect is polycentricity seen as a help, not a hindrance, to problem-solving.” *Ibidem*, p. 1080 (tradução nossa).

¹⁷⁴ “Under favorable conditions the partial interventions that limited information does allow can be informative enough to allow subsequent corrective measures, giving rise to new rounds of interventions and corrections.” *Ibidem*, p. 1080 (tradução nossa).

¹⁷⁵ HIRSCHMAN, Albert O. *The Strategy of Economic Development*. New Haven: Yale University Press, 1958.

¹⁷⁶ “The process of iterative disequilibrium and readjustment is, in fact, a learning process that cannot be readily short-circuited. It potentially generates valuable human capital and creates incentives in a distinctively efficient way.” *Ibidem*, p. 1081 (tradução nossa).



alternativa, adotada pelo experimentalismo, que se refere à formulação de remédios de maneira dialogada, colaborativo, provisória e transparente. A capacidade das Cortes em lidar com o problema dependeria, portanto, de “um processo no qual as partes interessadas derivam de forma colaborativa padrões, procedimentos para revisá-los e mecanismos de responsabilidade para aqueles que estão sujeitos a eles”¹⁷⁷. Assim, além de ser mais consistente com a separação de poderes e a legitimidade da intervenção, o experimentalismo também seria a alternativa capaz de conferir capacidade institucional às Cortes através da correção, ou ao menos mitigação, das deficiências que, em um primeiro momento, levariam a afirmar pela incapacidade destas de lidar com problemas policêntricos.

A conclusão a que Sabel e Simon chegaram é de extrema importância para os objetivos deste trabalho e muito se assemelha aquilo que será defendido ao final, em vista da análise teórica e empírica aqui realizada. O estudo da *public law litigation* e a perspectiva do experimentalismo nada mais são do que a constatação, pelos autores, de que a eficácia (e, portanto, a própria capacidade institucional das Cortes para lidar com problemas policêntricos), está submetida a adoção de um procedimento específico, que opta pela modulação compartilhada dos remédios adequados para superação da violação de direitos objetada, sem concentração excessiva de poderes nas mãos da Corte. Antes, porém, de avançar para as ideias pertinentes a este respeito, cumpre analisar as críticas realizadas à capacidade das Cortes na gestão de problemas cuja superação demanda a implementação de políticas públicas.

1.3. Críticas à capacidade das Cortes na gestão de problemas cuja superação demanda a implementação de políticas públicas

Nada obstante a abordagem positiva vis-à-vis a intervenção das Cortes, contrapõe-se a esse otimismo autores que acreditam que decorreria de certas características do contencioso judicial uma dificuldade, pode-se dizer, inclusive, impossibilidade, de lidar com problemas tais quais os problemas policêntricos. A crítica instrumental, neste sentido, aponta a incapacidade do órgão judiciário de lidar com conflitos políticos e que envolvem a implementação de políticas públicas, sendo essa incapacidade inata aos próprios instrumentos de trabalho da justiça. Assim, os órgãos do Judiciário seriam “formuladores de políticas erráticas e geralmente regressivas, por suas próprias características institucionais, e pelas próprias características do tipo de procedimento que utilizam para desempenhar seu mister”¹⁷⁸.

De forma geral, pode-se relacionar como críticas feitas à alegada capacidade institucional das Cortes para lidar com os problemas policêntricos: a falta de informações necessárias para supervisionar a reestruturação institucional

¹⁷⁷ “A process in which the stakeholders collaboratively derive standards, procedures for revising them, and mechanisms of accountability for those subject to them.” *Ibidem*, p. 1089 (tradução nossa).

¹⁷⁸ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, p. 15.



de forma eficaz; o poder restrito e superficial das Cortes, uma vez que os problemas policêntricos estão ligados a uma miríade de instituições e práticas sociais e dependem da conduta de diversos indivíduos, inclusive subordinados “no nível da rua”, ao passo que o poder do tribunal se estende apenas às partes presentes em juízo ou, no máximo, aos funcionários em postos de comando¹⁷⁹. Neste mesmo sentido, a ideia segundo a qual os Tribunais não seriam capazes de atuar eficazmente na alocação de recursos ou na conformação da distribuição de poder na sociedade¹⁸⁰.

Visando sumarizar a posição teórica a respeito, opta-se por analisar a objeção jurídica realizada por Fuller, para quem os problemas policêntricos não poderiam ser sanados pelas Cortes pela sua própria natureza (capítulo 3.1), e vozes que tentaram apontar empiricamente o insucesso do programa de reformas sociais judicialmente empreendidas, sobretudo Rosenberg e seu estudo empírico com conclusões negativas sobre os resultados, procedimentos e efetividade desta modalidade de adjudicação (capítulo 3.2).

1.3.1. A crítica jurídica: Fuller e a questão dos “problemas policêntricos”

Chayes destaca que uma das reações possíveis à *Public Law Litigation* seria condená-la como uma mistura intolerável de funções legislativas, administrativas, executivas e judiciais nas mãos dos juízes para resolução de problemas que são, por sua natureza, inapropriados para resolução judicial. O autor destaca Lon Fuller como um dos defensores deste posicionamento, destacando que este “argumentou que, quando essas funções são atribuídas ao judiciário, elas são parasitárias, no sentido de que só podem ser executadas de forma eficaz com base na legitimidade e na força moral que os tribunais desenvolveram por meio do desempenho de sua função inerente, a adjudicação de acordo com a concepção tradicional”¹⁸¹. Assim, apenas alguns casos parasitários poderiam ser acomodados, pois em excesso estes iriam minar a própria legitimidade da qual dependem.

Fuller escreveu com a finalidade de responder objetivamente a algumas perguntas sobre os tipos de questões sociais que podem ser atribuídas às Cortes, os limites que separam as questões desta natureza daquelas que exigem o

¹⁷⁹ SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. *Op. cit.*, p. 1017.

¹⁸⁰ Nesse sentido, Galanter afirma “E os tribunais têm menos capacidade do que outros formuladores de regras para criar aparatos institucionais e realocar recursos que garantam a implementação das novas regras. Assim, é improvável que a litigância venha a conformar de maneira decisiva a distribuição de poder na sociedade. Ela pode servir para assegurar ou solidificar compromissos simbólicos. Isso é taticamente vital para assegurar vantagem temporária ou proteção; para impulsionar a organização e a articulação de interesses; para conferir (ou negar) o manto da legitimidade.” GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Organização e tradução: Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 128.

¹⁸¹ “Has argued that when such functions are given to the judiciary they are parasitic, in the sense that they can be effectively carried out only by drawing on the legitimacy and moral force that courts have developed through the performance of their inherent function, adjudication according to the traditional conception.” CHAYES, Abram. *Op. cit.*, p. 1304 (tradução nossa).



exercício do poder executivo e, fundamentalmente, “que suposições tácitas sustentam a convicção de que certos problemas são inerentemente inadequados para a disposição judicial e devem ser deixados para a legislatura?”¹⁸². Em resposta a estas perguntas, o autor sustenta que o policentrismo, característica inerente dos conflitos políticos, seria um limite claro para solução judicial. Para o autor, a adjudicação é uma forma de ordenação social com limites, uma vez que possui modelo de participação pautado na apresentação de provas e argumentos racionais, com viés retrospectivo. Apesar disso e diante da percepção de que as cortes se tornaram crescentemente receptivas a questões policêntricas de política social¹⁸³, Fuller escreve em tom de advertência no sentido de que “a composição de conflitos por um juiz não é uma fórmula própria para ordenamento social em áreas que dependem de colaboração espontânea de diversas instituições humanas”¹⁸⁴.

A crítica instrumental encontra vigoroso amparo na tese de Fuller, pois, de acordo com o autor, alguns problemas estariam além dos limites adequados da solução judicial por sua natureza intrínseca, devendo, portanto, ser retirados da esfera judicial por uma constatação de incapacidade das Cortes de abordá-los adequadamente. Para Fuller, a adjudicação nada mais é do que uma forma de ordenação social, isto é, uma maneira de “tomar decisões, resolver disputas, definir as relações dos homens entre si”¹⁸⁵, distinguindo-se das demais formas de ordenação social pela maneira como a parte afetada participa do processo de tomada de decisão. Na adjudicação, a modo de participação das partes afetadas é pela apresentação de provas e argumentos bem embasados, ao passo de que nas eleições e nos contratos, outras formas de ordenação social, a participação se dá pelo voto e pela negociação, respectivamente. Dada a forma diferente de funcionar, cada tipo de ordenação social demandaria certas características essenciais do problema a ser abordado para poder resolvê-lo de maneira satisfatória.

Para determinar as condições essenciais para o bom desempenho da adjudicação, Fuller estabelece como premissa que “a característica distintiva da adjudicação reside no fato de que ela confere à parte afetada uma forma peculiar de participação na decisão, a de apresentar provas e argumentos fundamentados para uma decisão a seu favor”¹⁸⁶, e o que quer que destruísse ou diminuísse o significado dessa participação no caso concreto, destruiria também a integridade da própria adjudicação, tornando o problema, portanto, fora do alcance da capacidade institucional dos Tribunais. A racionalidade inerente ao modelo seria,

¹⁸² “What tacit assumptions underlie the conviction that certain problems are inherently unsuited for adjudicative disposition and should be left to the legislature.” (Tradução nossa). FULLER, Lon. *Op. cit.*, p. 354.

¹⁸³ GROSSMAN, Joel B. Judicial Legitimacy and the Role of Courts: Shapiro's Courts. *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 1984, n.º. 1, Winter 1984, pp. 214-222, p. 217.

¹⁸⁴ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 124.

¹⁸⁵ “Reaching decisions, of settling disputes, of defining men's relations to one another.” FULLER, Lon. *Op. cit.*, p. 363.

¹⁸⁶ “The distinguishing characteristic of adjudication lies in the fact that it confers on the affected party a peculiar form of participation in the decision, that of presenting proofs and reasoned arguments for a decision in his favor.” *Ibidem*, p. 364.



portanto, “ao mesmo tempo, a força e a fraqueza da adjudicação como uma forma de ordenação social”¹⁸⁷. Sendo assim, o elemento essencial identificado e criticado pelo autor é o fato de que qualquer problema apresentado aos Tribunais precisa ser “convertido em uma reivindicação de direito ou em uma acusação de falha ou culpa. Essa conversão é efetuada pela estrutura institucional na qual tanto o litigante quanto o adjudicador atuam”¹⁸⁸, conversão essa que geralmente não é realizada de maneira satisfatória para os problemas policêntricos.

Para Fuller, as características do processo perante as Cortes, entre elas o papel relevante da apresentação adversarial, a inércia e atuação somente mediante provocação e a prolação de decisão fundamentada e, em grande medida, limitada às arguições das partes, tornariam impossível a solução de problemas que o autor optou por classificar de policêntricos. A compreensão da qualidade de ser policêntrico é elucidada por Fuller a partir de uma analogia com as particularidades de uma teia de aranha. Assim como no caso da teia de aranha, em problemas policêntricos qualquer ação em um ponto da “teia” espalha seus efeitos através dela como um todo, em um padrão complicado e, até certo ponto, imprevisível. Dessa forma, a nomenclatura “problemas policêntricos” deriva da percepção de que certos problemas possuem muitos centros de repercussão, o que é capaz de gerar efeitos imprevisíveis e multilocalizados, de forma que sua solução inevitavelmente afetará outros interesses, direitos e posições jurídicas, em um verdadeiro efeito de rede. Nas palavras do autor,

Nós podemos visualizar este tipo de situação pensando em uma teia de aranha. Um puxão em um fio distribuirá as tensões seguindo um padrão complicado pela teia como um todo. Dobrar a força do puxão inicial irá, com toda a probabilidade, não simplesmente dobrar cada uma das tensões resultantes, mas em verdade criar um padrão diferente e complicado de tensões. (...) Essa é uma situação policêntrica porque ela tem ‘muitos focos’ – cada cruzamento de fios é um centro distinto para a distribuição de tensões¹⁸⁹.

Diante disso, o conceito de problema policêntrico pode ser compreendido como mais amplo do que a ideia de problemas estruturais ou problemas que demandam a implementação de políticas públicas, mas estes, inevitavelmente, serão sempre policêntricos, isso porque as políticas públicas são aglutinadas a partir da ação coordenada dos poderes eleitos, possuindo, portanto, o efeito de rede destacado por Fuller nos problemas policêntricos. Dessa forma, quando um juiz se engaja, “mesmo imbuído das melhores intenções, na correção de uma

¹⁸⁷ “At once the strength and the weakness of adjudication as a form of social ordering.” *Ibidem*, p. 367.

¹⁸⁸ “Converted into a claim of right or an accusation of fault or guilt. This conversion is effected by the institutional framework within which both the litigant and the adjudicator function.” *Ibidem*, p. 369.

¹⁸⁹ “We may visualize this kind of situation by thinking of a spider web. A pull on one strand will distribute tensions after a complicated pattern throughout the web as a whole. Doubling the original pull will, in all likelihood, not simply double each of the resulting tensions but will rather create a different complicated pattern of tensions (...). This is a ‘polycentric’ situation because it is ‘many centered’ - each crossing of strands is a distinct center for distributing tensions.” (Tradução nossa). *Ibidem*, p. 395.



dada situação inconstitucional, impõe uma pressão na rede de necessidades públicas, ‘uma teia de aranha política’ cujo equilíbrio é afetado por cada uma de suas decisões, sem ter exatamente a noção do impacto das suas ações”¹⁹⁰. Fuller atribui essa incapacidade institucional, como já destacado, às características inerentes ao desenho institucional das Cortes, que é pautado na análise e decisão a partir da apresentação de argumentos racionais.

Os problemas policêntricos requerem a capacidade de lidar com uma situação de pontos de influência que interagem ativamente entre si, característica essa que implica na constatação de que cada padrão de decisão pode produzir seu próprio padrão peculiar de repercussão e resultado. Para Fuller, a moldura institucional dentro da qual os litigantes e juízes funcionam converteria as disputas em uma demanda por direitos ou em uma acusação de culpa ou prática de um ato ilícito, subvertendo a racionalidade intrínseca dos problemas policêntricos, concluindo que “a verdade fundamental é que alguns tipos de relação humana não são matéria-prima apropriada para um processo de decisão que está institucionalmente vocacionado para agir com base em uma argumentação motivada e racional”¹⁹¹. A adjudicação seria apropriada para lidar com problemas localizados e autocontidos, mas, quando os efeitos da resolução da disputa se ramificassem de maneira ampla, a adjudicação não seria uma maneira adequada de resolver o problema. A este respeito, o autor menciona o problema da alocação de recursos econômicos limitados como um problema clássico com aspecto policêntrico forte demais para ser decidido através da adjudicação.

Quando se trata da alocação de recursos limitados a diversos programas e instituições, não é possível antever, como segurança, quais serão os impactos exatos do acréscimo ou diminuição do valor a ser concedido a cada uma delas. Além disso e de forma muito mais evidente, deve-se notar que, em razão da limitação do orçamento, a alocação de um valor superior a uma determinada finalidade implicará, inevitavelmente, na diminuição do valor disponível para outra. Logo, a simples decisão relativa ao acréscimo ou decréscimo na destinação de valores de um orçamento limitado para uma finalidade específica gera repercussões severas para vários outros centros de interesse e a escolha acerca desse aumento ou diminuição, na esfera judicial, seria inviável, pois, além de não ter os instrumentos necessários para antever as repercussões decorrentes da alteração na alocação orçamentária, os juízes não teriam a aparelhagem suficiente para analisar e decidir qual decréscimo corresponderia ao acréscimo sugerido, isto é, não teriam acesso às informações suficientes para saber de qual finalidade seria apropriado reduzir os valores destinados para crescer naquela que, a seu julgamento, carecia de recursos.

Nesse sentido, é possível sustentar a existência de um déficit de informação das Cortes. No que se refere à implementação de políticas públicas, há duas razões principais para explicar essa situação: “primeiro, porque as

¹⁹⁰ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 125.

¹⁹¹ “The fundamental truth that certain kinds of human relations are not appropriate raw material for a process of decision that is institutionally committed to acting on the basis of reasoned argument.” FULLER, Lon. *Op. cit.*, p. 371 (tradução nossa).



informações relativas aos *impactos produzidos* pela decisão não muitas vezes identificadas como juridicamente relevantes. [...] tende-se a reconhecer como *jurídico* apenas o argumento principiológico, mas não aquele consequencialista. [...] Segundo, porque tais informações dependem de *inputs* especializados e variados, que somente podem ser adquiridos através de um processo complexo de franquia de participação a um número bastante disperso de pessoas”¹⁹². O funcionamento do próprio processo judicial, portanto, seria inapto para recepção e processamento de informações relevantes acerca dos problemas policêntricos, gerando, conseqüentemente, soluções aquém do necessário para superação dos problemas.

Além disso, os problemas policêntricos, em razão de sua natureza multilocalizada e diversa, demandariam o desempenho de uma direção afirmativa do caso, compreendida como “convocação e ordenação de energias humanas individuais e coletivas”¹⁹³, função esta que não poderia ser desempenhada pelos juízes, sob pena de desvio dos limites estabelecidos aqueles que ocupam a posição de julgador. Fuller elenca ainda a necessidade de testar soluções e de alterar a proposta inicial conforme os efeitos se manifestarem no âmbito relevante de análise como elementos fundamentais dos problemas policêntricos e, concomitantemente, atividades que não poderiam ser exercidas pelos juízes dada a limitação própria dos seus poderes e a natureza retrospectiva de suas decisões.

Fuller destaca, então, que a resolução de problemas policêntricos pelo poder judiciário, o que acontece quando o alerta da incapacidade institucional não é respeitado e os juízes tentam avançar sobre matérias que não possuem competência imbuídos, muitas vezes, do ímpeto de alcançar melhores resultados, ocasionaria normalmente três tipos de problemas: I) Em primeiro lugar, a solução poderia falhar, pois, diante das repercussões inesperadas e imprevisíveis, aquilo que havia sido decidido teria altas chances de se tornar ineficaz ou ineficiente; II) além disso, pela própria dinâmica dos problemas policêntricos, os juízes poderiam perder sua condição de julgadores isentos do conflito, pois seriam obrigados a testar soluções e consultar partes não presentes no processo; ainda, III) ao invés de acomodar o procedimento ao problema policêntrico, as Cortes poderiam acabar adaptando o conflito ao procedimento que geralmente operam e às soluções que o procedimento ao qual estão habituados consegue gerar, soluções estas que não seriam aptas para sanar problemas policêntricos que permaneceriam, portanto, pendentes de resposta.

¹⁹² VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, p. 124. Veríssimo acrescenta, ainda, o fato de que o déficit de informação seria intensificado porque o impacto das decisões distributivas apenas seria possível quando essas decisões fossem somadas conscientemente (com vistas ao conjunto da sociedade). Apesar de aplicável à análise dos casos em que o Judiciário lida com problema distributivos na lógica retributiva, é preciso diferenciar a hipótese analisada por Veríssimo e a explorada neste trabalho: no caso do Estado de Coisas Inconstitucional, as Cortes visam o conjunto da sociedade e, tendo em vista o conhecimento acerca da amplitude do problema que enfrentam, extrapolam, conscientemente, a análise individual da celeuma, razão pela qual não há, a priori, esse terceiro tipo de problema informacional.

¹⁹³ “Summoning and ordering of individual and collective human energies.” FULLER, Lon. *Op. cit.*, p. 405 (tradução nossa).



Fuller conclui no sentido de que as soluções para problemas desta natureza seriam possíveis e adequadas apenas quando resultantes de articulações gerenciais e legislativas, não judiciais. Assim, problemas suficientemente policêntricos não deveriam ser direcionados às Cortes, mas resolvidos essencialmente por direção gerencial e na forma de contratos, com estipulações entre as partes afetadas. Em exemplificação sobre o tópico, Fuller diz que

A maneira com que o gerenciamento resolve problemas policêntricos é exemplificada pelo treinador de baseball que escala os seus jogadores para as suas posições [...]. As relações potencialmente afetadas por essas decisões são, em termos matemáticos, de grande complexidade, e na sua solução prática um bom grau de intuição é indispensável [...].

Por outro lado, problemas policêntricos podem geralmente ser resolvidos, ao menos após sua mensuração, por meios parlamentares que incluem um elemento de contrato na forma de um ‘acordo’ político. As partes interessadas – ou, de forma mais realista, as partes mais obviamente afetadas – são chamadas conjuntamente em audiências públicas ou em conferências com líderes parlamentares e uma ‘acomodação de interesses’ é trabalhada¹⁹⁴.

Logo, a crítica de Fuller é voltada ao método de análise dos problemas e à estrutura das Cortes, levando à conclusão de que a incompatibilidade entre os problemas policêntricos e o desenho institucional dos Tribunais é irremediável, pois os Tribunais, pensados para solução de outra espécie de problema, não possuiriam o instrumental relevante e indispensável para abordar os problemas policêntricos. Ao contrário da crítica de Fuller, que analisa a própria estrutura do Poder Judiciário para apontar a inefetividade da intervenção das Cortes na seara dos problemas policêntricos, outros autores optaram por basear seus receios e ressalvas na análise fática dos resultados produzidos pela intervenção das Cortes.

1.3.2. A crítica baseada em dados empíricos: Gerard Rosenberg e a perigosa “sedução do litígio”

Gerald Rosenberg, responsável por realizar uma crítica empírica no campo da ciência política à capacidade institucional do Poder Judiciário, procurou demonstrar que, em toda história dos Estados Unidos, a ação da

¹⁹⁴ “The manner in which managerial direction solves polycentric problems is exemplified by the baseball manager who assigns his players to their positions [...]. The relationships potentially affected by these decisions are in formal mathematical terms of great complexity - and in the practical solution of them a good deal of ‘intuition’ is indispensable. [...] On the other hand, polycentric problems can often be solved, at least after a measure, by parliamentary methods which include an element of contract in the form of the political ‘deal.’ The parties in interest - or, more realistically, the parties most obviously concerned - are called together at a legislative hearing or in a conference with legislative leaders and ‘an accommodation of interests’ is worked out.” (Tradução nossa). *Ibidem*, pp. 398 - 400.



Suprema Corte não foi responsável, ela mesma, por qualquer avanço em termos de igualdade social ou proteção de direitos humanos. Para chegar nesta conclusão, o autor realizou a análise de relevantes casos em que o Judiciário se envolveu com políticas públicas, ressaltando que na experiência americana os tribunais sempre foram agentes intrinsecamente inefetivos de mudança social. Além disso, as poucas mudanças obtidas e atribuídas ao Poder Judiciário seriam decorrência do contexto legal e social e, na verdade, atribuíveis ao Congresso, à mobilização popular e aos incentivos externos ao cumprimento da decisão judicial, como a imposição de custos ao descumprimento e vantagens associadas ao respeito da decisão. Neste sentido, o autor afirma que “ganhar uma ação na corte é uma coisa, mas transformar essa vitória em mudança social é outra bem diferente”¹⁹⁵.

Em sua obra principal, o autor esclarece, desde o início, que seu objetivo é responder ao questionamento de “até que ponto e de que forma os tribunais podem ser determinantes para a realização de mudanças políticas e sociais”¹⁹⁶. Para iniciar sua análise, o autor retoma os dois pontos de vista que prevaleciam no debate e se contrapunham de maneira intensa: por um lado, os defensores de uma visão dinâmica da Corte afirmavam que as mudanças sociais relevantes tinham sido promovidas pelo poder próprio das Cortes, ao passo que os defensores da visão da Corte limitada afirmavam que “somente quando as forças políticas, sociais e econômicas já tiverem empurrado a sociedade para o caminho da reforma é que os tribunais terão algum efeito independente. E, mesmo assim, suas decisões podem ser mais um reflexo de uma reforma social significativa que já está ocorrendo do que uma contribuição independente e importante para ela”¹⁹⁷.

Além disso, o autor ressalta que se baseou em dois tipos de influência que as Cortes podem ter dada a complexidade de lidar com o tema da causalidade para responder a sua pergunta inicial, sendo difícil isolar os efeitos da decisão da Corte dos outros eventos relevantes para produção de uma reforma social relevante. Assim, considera que “as decisões do tribunal podem produzir uma reforma social significativa por meio de um caminho judicial que se baseia na autoridade do tribunal. Como alternativa, a influência do tribunal pode seguir um caminho extrajudicial que invoca os poderes de persuasão, legitimidade e a capacidade de dar destaque à questão”¹⁹⁸. Assim, a influência da Corte nas

¹⁹⁵ “Winning a court case is one thing but translating that victory into change is quite another.” ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?*. Third Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2023, p. 453 (tradução nossa).

¹⁹⁶ “To what extent and in what ways courts can be consequential in effecting political and social change.” *Ibidem*, p. 1 (tradução nossa).

¹⁹⁷ “Only when political, social, and economic forces have already pushed society far along the road to reform will courts have any independent effect. And even then their decisions may be more a reflection of significant social reform already occurring than an independent, important contribution to it.” ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?*. Third Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2023, p. 8 (tradução nossa).

¹⁹⁸ “Court decisions might produce significant social reform through a judicial path that relies on the authority of the court. Alternatively, court influence could follow an extrajudicial path that invokes court powers of persuasion, legitimacy, and the ability to give salience to issue.”



reformas sociais pode ser avaliada pela distinção do caminho pelo qual a reforma de fato se realizou: se a partir da própria autoridade da Corte, que fez sua decisão se transformar em realidade, ou através de outras medidas, atribuíveis a outros atores, mesmo que estas possam remontar à influência e papel de persuasão da decisão inicial da Corte a respeito do tema.

Recuperando os argumentos geralmente adotados pelos partidários da ideia de que as Cortes são incapazes de produzir reformas sociais significantes, o autor apresenta quais seriam as limitações estruturais das Cortes. Nesse sentido, “em geral, os tribunais não serão produtores eficazes de reformas sociais significativas por três motivos: (I) a natureza limitada dos direitos constitucionais, (II) a falta de independência judicial e a (III) incapacidade do judiciário de desenvolver políticas adequadas e implementá-las”¹⁹⁹. Em relação à primeira restrição, a natureza limitada dos direitos constitucionais impediria que as Cortes conhecessem ou agissem de forma efetiva sobre pleitos de reforma social, bem como diminuiria as chances de mobilização popular. Sobre a independência, as várias formas de interação entre os poderes, como o processo de indicação dos juízes e possibilidade de alteração das leis, criariam a situação em que “o judiciário não tem a independência necessária dos outros ramos do governo para produzir uma reforma social significativa”²⁰⁰. Por fim, a terceira restrição seria que “os tribunais carecem de ferramentas para desenvolver prontamente políticas adequadas e implementar decisões que ordenem reformas sociais significativas”²⁰¹.

Em relação à terceira limitação das Cortes, o autor recupera os argumentos no sentido de que as Cortes não teriam decisões autoexecutáveis, já que demandam a ação posterior dos demais Poderes e do povo para serem concretizadas. Nesse sentido, “as Cortes são totalmente dependentes do apoio dos outros ramos e dos atores da elite. Em outras palavras, para que as ordens da Corte sejam cumpridas, as elites políticas, responsáveis eleitoralmente, devem apoiá-las e agir para implementá-las”²⁰². Além disso, sendo as reformas sociais significativas hipóteses que geram polarização aguda, seria ainda mais difícil para as Cortes angariar o apoio popular e o apoio das elites, necessários para a implementação da decisão. Rosenberg ainda adiciona que a burocracia judiciária

ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?*. Third Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2023, p. 8 (tradução nossa).

¹⁹⁹ “Courts will generally not be effective producers of significant social reform for three reasons: the limited nature of constitutional rights, the lack of judicial independence, and the judiciary’s inability to develop appropriate policies and implement them.” ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?*. Third Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2023, p. 14 (tradução nossa).

²⁰⁰ “The judiciary lacks the necessary independence from the other branches of the government to produce significant social reform.” ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?*. Third Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2023, p. 20 (tradução nossa).

²⁰¹ “Courts lack the tools to readily develop appropriate policies and implement decisions ordering significant social reform.” *Ibidem*, p. 27 (tradução nossa).

²⁰² “Courts were utterly dependent on the support of the other branches and elite actors. In other words, for Court orders to be carried out, political elites, electorally accountable, must support them and act to implement them.” *Ibidem*, p. 21 (tradução nossa).



funcionaria de maneira a dificultar o processo de implementação de decisões desta espécie, especialmente diante da discricção dos juízes de primeiro grau para aplicar ou não as decisões das Cortes, a ausência de uma agenda clara ou de um grau adequado de especialização, incapacidade de iniciar os próprios casos e, por fim, incapacidade de fazer acordos e de fazer política ativamente para apoiar uma decisão. Por fim, decisões de reforma social demandariam planejamento de longo prazo e séria avaliação dos custos, duas habilidades que as Cortes não dominam.

Sob este aspecto, Donald L. Horowitz desenvolveu importante trabalho a partir da análise de 4 casos relevantes na área de política social, concluindo que a implementação efetiva da reforma social desejada depende de informações e conhecimento que os juízes não possuem. Horowitz visualiza o Judiciário como uma instância de resposta a queixas específicas, não uma instância de solução de problemas sociais amplos e complexos, e, na análise empírica de casos, identifica problemas de visão, de informação e de gerenciamento e controle quando o Poder Judiciário intervém em políticas sociais²⁰³. O autor destaca que o “processo judicial é um formato inadequado para a ponderação de alternativas e o cálculo de custos [...] (e) a função dos tribunais de declarar direitos e deveres geralmente não abrangia exercícios do poder de tributar e gastar”²⁰⁴. Essas limitações dificultariam o adequado exercício da tarefa de formulação de políticas públicas e sociais, já que estas dependem essencialmente da comparação de alternativas e da viabilidade de seus custos.

Além disso, o desenho de políticas públicas exige especialização técnica, os juízes, no entanto, são generalistas. Por conta disso, “o generalismo é apontado novamente como um problema por Horowitz, pois, ostentando essa condição, os juízes não apenas se ressentem das informações necessárias à ação social eficiente, como também parecem não possuir a experiência e habilidades necessárias para *interpretar* a informação que possam, por acaso, receber”²⁰⁵. Por esta incompatibilidade, ao enfrentarem os problemas das políticas públicas, os juízes preencheriam os vazios da falta de conhecimento específico com axiomas normativos generalizados, os quais não são adequados na seara de formulação de políticas públicas.

Outro ponto para o qual Horowitz chama a atenção é o fato de que o sistema de justiça força o juiz a agir por partes, focar em problemas particulares e não no todo e estreitar suas possibilidades de escolha através da procura por direitos e deveres. Em outras palavras, “o processo judicial é propenso a dividir transações relacionadas e a tratar como separados os eventos e relacionamentos que estão interligados na vida social”²⁰⁶. Essa situação não é ideal para lidar com políticas públicas, pois estas demandam a abstração das partes, para considerar a estrutura como um todo, e o desenho de alternativas específicas e detalhadas,

²⁰³ HOROWITZ, Donald L. *The courts and social policy*. Brookings Institution Press, 2010, p. 255.

²⁰⁴ “Judicial process is a poor format for the weighing of alternatives and the calculation of costs [...] (and) the courts’ function of declaring rights and duties did not generally encompass exercises of the power to tax and spend.” *Ibidem*, p. 257 (tradução nossa).

²⁰⁵ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, p. 97.

²⁰⁶ “The judicial process is prone to carve up related transactions and to treat as separate those events and relationships that are intertwined in social life.” HOROWITZ, Donald L. *Op. cit.*, pp. 259 – 260 (tradução nossa).



que extrapolam a determinação dos direitos e deveres das partes. Concluindo pela incapacidade das Cortes de atuar adequadamente neste sentido, Horowitz destaca que “por um lado, o caráter fragmentado da adjudicação tende a distorcer os fatos sociais no sentido de isolar fenômenos relacionados; por outro lado, a ênfase no caso de litigantes individuais e a confiança em materiais formais em vez de comportamentais distorcem os fatos sociais no sentido de uma uniformidade geralmente fictícia”²⁰⁷.

Por fim, o processo judicial não deixa espaço para revisão das políticas adotadas, nem permite que a Corte avalie as consequências de suas próprias políticas, sendo notório que “os tribunais tendiam a dedicar muito mais atenção à natureza da doença que haviam diagnosticado do que ao funcionamento da cura que haviam prescrito”²⁰⁸. Faltaria, portanto, característica essencial para adequação e aperfeiçoamento de políticas públicas, já que os Tribunais apenas desempenhariam papel limitado no acompanhamento das repercussões de suas decisões. Nesse sentido Horowitz conclui pela

impotência dos tribunais para supervisionar a implementação de seus decretos, sua impaciência com litígios prolongados e sua capacidade limitada de monitorar as consequências de suas ações. Chamados cada vez mais a desempenhar funções administrativas porque não são sobrecarregados com rigidez administrativa, os tribunais também não são abençoados com capacidades administrativas²⁰⁹.

Rosenberg pontua, no entanto, que a visão restrita da Corte exagera nos limites e não responde ao questionamento sobre em quais circunstâncias as Cortes poderiam promover mudança social. Realizando o contraponto entre a posição mais pessimista e a posição otimista, analisada no capítulo 2 deste trabalho, o autor desenvolve sua teoria acerca das condições em que as Cortes seriam capazes de promover mudança social, destacando como base fundamental que “as restrições da visão limitada das Cortes geralmente limitam os tribunais, mas quando as condições políticas, sociais e econômicas se tornam favoráveis à mudança, os tribunais podem efetivamente produzir mudanças sociais progressivas”²¹⁰. Além de estabelecer essa premissa básica, o autor

²⁰⁷ “On the one hand, the piecemeal character of adjudication tends to distort social facts in the direction of isolating related phenomena; on the other hand, the emphasis on the individual litigants’ case and the reliance on formal rather than behavioral materials both distort social facts in the direction of a usually fictitious uniformity.” *Ibidem*, p. 262 (tradução nossa).

²⁰⁸ “The courts tended to devote much more attention to the nature of the ailment they had diagnosed than to the workings of the cure they had prescribed.” *Ibidem*, p. 262 (tradução nossa).

²⁰⁹ “The impotence of the courts to supervise the implementation of their decrees, their impatience with protracted litigation, and their limited ability to monitor the consequences of their action. Called upon increasingly to perform administrative functions because they are not burdened with administrative rigidities, the courts are also not blessed with administrative capabilities.” *Ibidem*, p. 264 (tradução nossa).

²¹⁰ “The constraints of the Constrained Court view generally limit courts, but when political, social and economic conditions have become supportive of change, courts can effectively produce progressive social change.” ROSENBERG, Gerald N. *Op. cit.*, p. 39 (tradução nossa).



esclarecer com mais detalhes quais seriam as condições necessárias para que a decisão da Corte pudesse, de fato, promover mudanças sociais significativas.

Em relação a superação da limitação I (natureza limitada dos direitos constitucionais), o autor considera que a litigância para mudança social precisa ser gradual, pois a construção lenta e gradual de precedentes seria a única maneira de garantir a procedência dos casos mais robustos de mudança social, exigindo-se, portanto, uma estratégia de longo prazo dos litigantes interessados. Além disso, a existência de suporte político, econômico e popular à reforma seria um elemento importante para superação da limitação II (falta de independência judicial). Caso essas duas condições estivessem presentes, a superação da limitação III (incapacidade de desenvolver e implementar políticas públicas) seria mais simples, pois “quando há esse apoio, as pessoas que precisam mudar seu comportamento para tornar a decisão uma realidade, podem estar dispostas a fazê-lo”²¹¹. A presença destas três condições para superar as três limitações às Cortes, no entanto, não seriam garantia de reforma social significativa, uma vez que as elites, as burocracias e interesses contrapostos ainda poderiam evitar a produção da mudança. Seria necessário, portanto, garantir o apoio destes. A superação da limitação III, dessa forma, precisaria ainda contar com outros elementos além do suporte ou baixo nível de oposição dos cidadãos à reforma.

Rosenberg, então, identifica 4 possíveis condições que seriam capazes de evitar que outros atores criassem empecilhos para produção de efeitos da decisão da Corte, sendo a presença de um deles suficiente para que a Corte conseguisse os efeitos práticos desejados: (a) a concessão de incentivos positivos por atores não judiciais para induzir o cumprimento da decisão; (b) a imposição de custos por atores não judiciais para induzir o cumprimento da decisão; (c) que as decisões permitissem a implementação do mercado; (d) que as decisões fossem sobre matérias nas quais a administração pública estivesse disposta a agir e identificasse as ordens da Corte como uma ferramenta para obter recursos adicionais ou para se esconder, atribuindo a responsabilidade pela mudança à Corte.

Em relação aos impulsos (a) e (b), percebe-se que estes seguem a lógica econômica aplicada às externalidades positivas e negativas²¹², com a concessão de incentivos para realização da atividade visada e a penalização daqueles que não agirem em conformidade, o que se materializa pela imposição de um custo, pois “a crença por parte dos principais atores de que a implementação da decisão é menos questionável do que arcar com os custos da não implementação”²¹³ e se houver “alguma recompensa pela implementação, aqueles cuja cooperação é essencial podem estar dispostos a concordar”²¹⁴. Em terceiro lugar, o autor elenca

²¹¹ “When there is such support, the people who need to change their behavior to make the decision a reality may be willing to do so.” *Ibidem*, p. 40 (tradução nossa).

²¹² MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução: Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima; Revisão Técnica: Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage, 2020, pp. 160 - 162.

²¹³ “a belief on the part of key actors that implementing the decision is less objectionable than bearing the costs of nonimplementation.” ROSENBERG, Gerald N. *Op. cit.*, p. 41 (tradução nossa).

²¹⁴ “some reward for implementation, those whose cooperation is essential may be willing to go along.” *Ibidem*, p. 40 (tradução nossa).



a possibilidade de que as decisões sejam implementadas pelo Mercado como uma exceção à limitação III, pois neste caso as instituições estatais não precisariam agir. Por fim, o quarto facilitador seria a hipótese em que a administração pública e as instituições visadas desejam realizar a reforma, usando a Corte como artifício para conseguir mais recursos ou, ainda, como escudo para proteger os atores políticos da reação política de certos setores à reforma, caso em que a decisão da Corte serve como desculpa para agir e retira a necessidade de que os atores políticos assumam posição em assunto controverso ou polarizado.

Nesse sentido, ao tratar sobre o caso *Brown II*, Rosenberg afirma que “não teria importado o que a Corte determinou em *Brown II* porque não havia apoio político suficiente para a dessegregação. O problema não estava na Suprema Corte, mas na própria sociedade em geral. Procurar os tribunais para superar o racismo e a segregação racial tem um fascínio romântico, mas não é mais provável que tenha sucesso do que combater inimigos imaginários”²¹⁵, concluindo que foram as ações do Congresso e do Presidente, não dos tribunais, que acabaram com a segregação na prática.

Em vista das condições para superação das limitações da capacidade institucional das Cortes, Rosenberg conclui que

as decisões judiciais não são necessárias nem suficientes para produzir uma reforma social significativa. Elas não são necessárias porque grande parte da reforma progressiva ocorre fora do sistema judicial e porque os tribunais não têm independência (Limitação II). Não são suficientes porque os tribunais carecem de ferramentas eficazes para implementação (Limitação III) e exigem a existência de condições específicas (Condições I-IV)²¹⁶.

Com base nisso, ecoa a afirmação do autor no sentido de que “os tribunais não são instituições todo-poderosas. Eles foram projetados com limitações severas e colocados em um sistema político de poderes divididos”²¹⁷. E, quando o tema é reforma social, as limitações indicadas pela visão da Corte Limitada

²¹⁵ “It would not have mattered what the Court ordered in *Brown II* because there was insufficient political support for desegregation. The problem was not in the Court but in the broader society itself. Looking to the courts to overcome racism and racial segregation has a romantic allure but is no more likely to succeed than tilting at windmills is likely to subdue enemies.” ROSENBERG, Gerald N. *Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep Seated Social Conflict Through Litigation*. *Law and Inequality*. Vol. 24, 2006, pp. 31-46, p. 34 (Tradução Nossa).

²¹⁶ “Court decisions are neither necessary nor sufficient for producing significant social reform. They are not necessary because much progressive reform takes place outside the judicial system and because courts lack independence (Constraint II). They are not sufficient because courts lack effective tools for implementation (Constraint III) and require the existence of particular conditions (Conditions I-IV).” ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?*. Third Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2023, p. 43 (tradução nossa).

²¹⁷ “Courts are not all-powerful institutions. They were designed with severe limitations and placed in a political system of divided powers.” ROSENBERG, Gerald N. *Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep Seated Social Conflict Through Litigation*. *Law and Inequality*. Vol. 24, 2006, pp. 31-46, p. 46 (tradução nossa).



efetivamente reduzem o poder das Cortes de produzir mudança social efetiva, dependendo a implementação proposta pelas Cortes da cooperação e da concordância de demais atores políticos e sociais. A crítica do autor, no entanto, vai além da mera reprovação dos resultados insatisfatórios alcançados pelas Cortes. Para o autor, “o litígio não apenas direciona os ativistas para uma instituição que está impedida de ajudá-los, mas também desvia recursos e talentos cruciais e corre o risco de enfraquecer os esforços políticos”²¹⁸. Rosenberg aponta que o envolvimento crescente das Cortes em temas que demandam mudanças sociais relevantes desvia a atenção dos canais de mudança efetiva, concentrando a atuação na esfera judicial que, na verdade, não pode entregar nada de concreto àqueles que pleiteiam mudança social significativa:

Sem apoio político, as decisões judiciais não produzirão mudanças sociais. Valorizar os advogados e os tribunais incentiva aqueles que querem reformas a litigarem em prol da mudança social. Mas se não houver apoio político, o efeito dessa visão é limitar a mudança, desviando as reivindicações de reforma de batalhas políticas substanciais, onde o sucesso é possível, para batalhas jurídicas inofensivas, onde o sucesso não é possível²¹⁹.

Assim, “concentrar-se nas decisões judiciais é enfiar a cabeça na areia dos livros de direito e das decisões judiciais e ignorar o mundo político no qual o direito opera”²²⁰. Rosenberg enfatiza que a opção pelo litígio como mecanismo de produção de mudança social ainda traria o perigo de que as vitórias simbólicas fossem confundidas com vitórias substantivas, encobrendo a realidade, que permaneceria sem a alteração pretendida. As Cortes, neste sentido, apenas entregariam uma ilusão de mudança, a qual serviria, muitas vezes, como cobertura para falhas reais na realização da reforma social além de servir como instigador para contra mobilização, a qual, pelo backlash, pode inclusive fazer retroagir a situação para níveis inferiores ao questionado inicialmente pelos ativistas. Diante destes elementos, o autor conclui que “os tribunais podem servir a uma função ideológica de atrair movimentos de mudança progressiva para uma instituição que é estruturalmente impedida de atender às suas necessidades, proporcionando apenas uma ilusão de mudança”²²¹, estratégia que seria bem-

²¹⁸ “Not only does litigation steer activists to an institution that is constrained from helping them, but also it siphons off crucial resources and talent, and runs the risk of weakening political efforts.” ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?*. Third Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2023, p. 565 (tradução nossa).

²¹⁹ “Without political support, court decisions will not produce social change. To valorize lawyers and courts encourages reformers to litigate for social change. But if political support is lacking, the effect of this vision is to limit change by deflecting claims for reform away from substantive political battles, where success is possible, to harmless legal ones where it is not.” ROSENBERG, Gerald N. *Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep Seated Social Conflict Through Litigation*. *Law and Inequality*. Vol. 24, 2006, pp. 31-46, p. 45 (Tradução Nossa).

²²⁰ “To focus on judicial holdings is to stick one's head in the sand of law books and judicial decisions and ignore the political world in which law operates.” *Ibidem*, p. 45 (tradução nossa).

²²¹ “Courts may serve an ideological function of luring movements for progressive change to an institution that is structurally constrained from serving their needs, providing only an illusion



sucedida, pois “quando os reformadores sociais sucumbem à ‘sedução do litígio’, eles se esquecem de que conflitos sociais profundamente arraigados não podem ser resolvidos por meio de um litígio”²²².

Conclui-se, portanto, que Gerard Rosenberg realiza uma objeção teórica à capacidade institucional do Judiciário de lidar com problemas complexos que demandem a implementação de políticas públicas. A objeção do autor decorre da análise empírica de casos paradigmáticos de litígios complexos, como a autorização do aborto legal, a igualdade racial e o casamento homoafetivo. O autor chega à conclusão de que o Judiciário não possui a capacidade institucional, isto é, a expertise ou meios necessários para implementar as transformações sociais que propõe em suas decisões ativistas sem o apoio dos demais poderes. Rosenberg sustenta que os incentivos indiretos seriam mais eficientes para promover a mudança social do que a implementação de uma jurisdição supervisora sobre as políticas públicas, adicionando que a sedução pelo litígio como método de resolução de problemáticas sociais seria, em verdade, uma armadilha apta a desviar os ativistas progressistas da esfera política, único local em que a mudança poderia, de fato, ser atingida.

1.4.Os julgados sobre o “Estado de Coisas Inconstitucional” como novos exemplos desse mesmo fenômeno

Até este ponto, foi realizado um panorama geral acerca da litigância estrutural que lida com problemas policêntricos e uma revisão das posições teóricas acerca desse fenômeno, repartindo-as entre aquelas que apontam vantagens da intervenção das Cortes para solução de problemas policêntricos, e aquelas que identificam desvantagens ou veem com reservas a eficácia desta intervenção. Antes de passar à análise dos casos julgados pela Corte Constitucional colombiana e pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, cumpre ainda esclarecer o surgimento do fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional, bem como sua inserção dentro da categoria de problemas policêntricos, litigância estrutural ou *public law litigation*, que, como se viu, são conceitos e definições que, em larga medida, visam classificar o mesmo fenômeno de atuação do Judiciário em tópicos de reforma social significativa que demanda, no mais das vezes, a reformulação e implementação de políticas públicas. A delimitação do Estado de Coisas Inconstitucional e a identificação dos problemas que levaram as Cortes a utilizar esta técnica decisória permitirá, ainda, identificar peculiaridades deste novo fenômeno dentro do gênero *public law litigation* e extrair conclusões importantes para avaliação do desempenho das Cortes.

of change.” ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?*. Third Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2023, p. 573 (tradução nossa).

²²² “When social reformers succumb to the ‘lure of litigation’ they forget that deep-seated social conflicts cannot be resolved through litigation.” ROSENBERG, Gerald N. *Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep Seated Social Conflict Through Litigation. Law and Inequality*. Vol. 24, 2006, pp. 31-46, p. 46 (tradução nossa).



Como já antecipava Fiss, “a reforma estrutural realmente reconhece o caráter burocrático do Estado moderno, adaptando as formas processuais tradicionais à nova realidade social, e nos próximos anos promete se tornar um modo central - talvez o central - de julgamento constitucional”²²³. E, de fato, dentro da perspectiva do caráter burocrático do Estado moderno e da dificuldade de sanar violações de direitos que decorrem da inefetividade de burocracias estatais consolidadas, reforçou-se o ideal de efetividade do processo e a máxima de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”²²⁴, que passaram a ser usadas como um meio de assegurar o governo dos juízes²²⁵, vindo este a desaguar na judicialização de políticas públicas e, por fim, no Estado de Coisas Inconstitucional. Nesse sentido, é possível identificar a crescente presença de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas no Judiciário brasileiro e, de forma geral, na América Latina²²⁶ e no mundo inteiro²²⁷, em um fenômeno no qual o órgão judiciário se aproxima de canal de visibilidade de discussões políticas e instrumento proporcionador de negociações institucionais e novos arranjos²²⁸.

Nesse sentido, destacou-se na literatura brasileira que, após a constituição de 1988, “nossos juízes pouco a pouco resolveram engajar-se, claramente, em tarefas tão complexas como aquelas mesmas que marcaram a *structural reform litigation* americana”²²⁹, enfatizando-se a proximidade dos novos conflitos com aqueles da experiência norte-americana no século passado, sobretudo diante da constatação de que, assim como ocorreu na *public law litigation*, “a forma de tutela típica do contencioso social desloca-se cada vez mais da reparação por danos passados para a intervenção direta na realidade presente e redefinição de condutas e ações futuras”²³⁰. Neste sentido, o conceito delimitado para o processo estrutural no século XXI não se distancia daquele que já era esboçado pelos autores que analisavam a litigância estrutural nos Estados Unidos:

²²³ “Structural reform truly acknowledges the bureaucratic character of the modern state, adapting traditional procedural forms to the new social reality, and in the years ahead promises to become a central - maybe the central - mode of constitutional adjudication.” FISS, Owen M. Foreword: The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, 1979, pp. 1-58, p. 2 (tradução nossa).

²²⁴ CHIOVENDA, Giussepe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2000, p. 67.

²²⁵ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o reexame. *Revista Forense*, v. 98, n. maio/jul 2002, pp. 47-72, 2002, p. 59.

²²⁶ BERGALLO, Paola. Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. *Yale Law School SELA (Seminario em Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, 2005; SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Ed.). *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

²²⁷ NEAL, Tate C.; TORBJÖRN, Vallinder. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University Press, 1995.

²²⁸ DE LIMA LOPES, José Reinaldo. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista USP*, n. 21, pp. 22-33, 1994.

²²⁹ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, p. 160.

²³⁰ *Ibidem*, p. 148.



O processo estrutural diferencia-se das formas regulares de lide. Ele não é bipolar com uma estrutura de duas partes, mas difuso e multicentrado. A Corte não toma uma decisão sobre a responsabilidade monetária a partir de fatos históricos, mas passa rapidamente da responsabilidade para uma medida cautelar orientada para o futuro. A Corte não deduz a ordem de reforma da instituição inelutavelmente da responsabilidade reconhecida ao réu, mas separa da declaração do direito do autor do remédio. A ação coletiva não é baseada no modelo tradicional de advocacia adversarial, mas se concentra no juiz²³¹.

O Estado de Coisas Inconstitucional, em específico, não se afasta dessa conjuntura. Por essa razão, Alexandre Vitorino Silva, ao examinar a litigância estrutural (gênero), identifica o Estado de Coisas Inconstitucional com uma espécie do mesmo fenômeno, ressaltando que o Estado de Coisas Inconstitucional permitiria à Corte “não só realizar escolhas materiais em situações de políticas públicas massivamente violadoras de direitos fundamentais, mas também supervisionar e aprovar ou rejeitar novas políticas públicas que abranjam burocracias altamente ineficientes e desorganizadas”²³². Ao realizar a análise do fenômeno, o autor identifica que este começou na Colômbia por “uma progressiva escalada de judicialização da política que principia pela expansão da *acción de tutela* e culmina com intervenções agressivas, de natureza supervisora, materializadas na declaração de um punhado de estados de coisas inconstitucionais, inaugurando a Era de litigância estrutural na Colômbia”^{233 234}.

O Estado de Coisas Inconstitucional, portanto, surgiu na Colômbia, a partir de 7 casos²³⁵, entre os anos de 1997 e 2004, em que a Corte Constitucional Colombiana reconheceu a existência de determinada situação violadora de direitos constitucionais com características específicas, como se verá abaixo. O

²³¹ “A structural-injunction lawsuit differs from traditional litigation. It is not bipolar with a two-party structure, but diffuse and multicentered. The court does not draw a decision about money liability from historical facts, but it moves quickly from liability to a future-oriented injunction remedy. The court does not deduce that injunction ineluctably from defendant’s liability, but it separates the plaintiffs’ right from the remedy. The class action is not based on the traditional model of adversary advocacy, but focuses on the judge.” RENDLEMAN, Doug. *Complex Litigation: Injunctions, Structural Remedies, and Contempt*. New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2010, p. 498 (tradução nossa).

²³² SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 51.

²³³ *Ibidem*, p. 136.

²³⁴ Cabe elucidar que a *acción de tutela* é o meio de controle concreto de constitucionalidade por definição na Colômbia e seu julgamento é realizado, em grau de reexame, pela Corte Constitucional. Além disso, o texto constitucional e a lei colombiana atribuem elevados graus de discricionariedade para a Corte no julgamento desta, havendo, inclusive, a previsão legal da manutenção de uma jurisdição revisora, conforme interpretação da própria Corte Constitucional do art. 86 da Constituição Colombiana e dos artigos 23 e 27 do Decreto 2591, diploma procedimental da ação da tutela.

²³⁵ O caso do pensionamento dos professores dos Municípios de Maria La Baja e Zambrano [SU 559]; o caso da ineficiência administrativa na apreciação dos pleitos de aposentadoria [SU 559]; o caso das penitenciárias colombianas [T-153]; o caso da ausência de concursos para a delegação notarial [SU-258]; o caso da situação dos defensores de direitos humanos [T-590]; o caso da mora no pagamento das pensões de trabalhadores aposentados [T-525]; e, por fim, o caso das pessoas deslocadas em razão de conflitos violentos armados [T-025].



primeiro caso em que a Corte Constitucional Colombiana afirmou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional e, portanto, criou a teoria, foi em 6 de novembro de 1997, na Sentença SU-559, em um caso sobre a pensão dos professores universitários dos Municípios de Maria La Baja e Zambrano. A Corte considerou que havia, na situação, violação ao direito à seguridade, à saúde e ao trabalho, advertindo às autoridades que o estado de coisas incompatível com as garantias constitucionais deveria ser corrigido em um prazo razoável. A peculiaridade do caso decorre do fato de que a Corte não se limitou apenas aos autores da demanda, mas decidiu contra a situação estrutural que gerava o problema, beneficiando até mesmo aqueles que não haviam ajuizado a demanda, atitude que também se justificou pelo prognóstico do sem-número de demandas que se seguiriam na hipótese em que não se decidisse de uma só vez em favor de todos os casos similares²³⁶.

Nesse sentido, a primeira característica da atuação da Corte no Estado de Coisas Inconstitucional refere-se justamente ao fato de que “o juiz constitucional não se limita a examinar os fatos da demanda e a resposta do réu de forma isolada, mas contextualiza o caso concreto inscrevendo-o em uma situação muito mais ampla e estrutural que é a causa profunda não só de uma lesão particular e concreta a alguns direitos da pessoa, mas que se reflete em casos semelhantes”²³⁷. Se destaca, no entanto, que neste primeiro caso não foi aplicada a técnica de retenção de jurisdição, comum nos casos de *public law litigation*. A técnica de retenção da jurisdição somente passou a ser aplicada com o avançar da técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional em julgados posteriores²³⁸. Assim, neste primeiro momento, o Estado de Coisas Inconstitucional alcançou efeitos diminutos, limitando-se apenas a “uma técnica de apelo ao administrador e ao legislador para que os compromissos constitucionais fossem cumpridos”²³⁹.

Em seguida, em 1998, a Corte Colombiana reconheceu pela segunda vez um Estado de Coisas Inconstitucional, desta vez em relação à ineficiência administrativa na apreciação dos pleitos de aposentadoria [T-068]. Neste caso, a Corte Colombiana reconheceu que a omissão administrativa persistente justificava a intervenção judicial através da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Essa segunda declaração assumiu caráter mais agressivo do que a primeira, uma vez que se adotou um prazo específico para cumprimento da

²³⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, p. 112.

²³⁷ “El juez constitucional no se limita a examinar los hechos de la demanda y la respuesta del accionado de manera aislada, sino que contextualiza el caso concreto inscribiéndolo em una situación de hecho mucho más amplia y estructural que es la cuasa profunda no sólo de una lesión particular y concreta a unos derechos inherentes a la persona, sino que se refleja em otros casos semejantes.” HERNANDEZ, Clara Inés Vargas. *La Garantía de la Dimensión Objetiva de los Derechos Fundamentales y Labor del Juez Constitucional Colombiano em sede de acción de tutela: el llamado estado de cosas inconstitucional*. *Revista de Estudios Constitucionales*, nº 1, 2003, pp. 203 – 228, p. 214.

²³⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Op. cit.*, p. 198.

²³⁹ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 151



decisão, bem como se estabeleceu o monitoramento da execução por terceiros (no caso, pelo Procurador Geral da Nação e pelo Controlador Geral da República)²⁴⁰.

O terceiro caso em que foi reconhecida a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional foi o Caso das Penitenciárias Colombianas [T-153], de 1998, caso selecionado para ser estudado com mais detalhes na Parte II deste trabalho. O Caso das Penitenciárias Colombianas é considerado um dos mais ousados casos de ativismo judicial na história recente das Cortes Constitucionais, dada a intervenção pujante e o amplo controle exercido pela Corte sobre os poderes políticos na gestão dos presídios colombianos. Foi também neste caso em que a Corte Colombiana esclareceu, de maneira mais cristalina, os requisitos para declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional. Seriam 4 os pressupostos para que a Corte declarasse a existência de um Estado de Coisas Inconstitucionais e pudesse adotar as medidas correspondentes:

Requisito	Definição
1) Número considerável de ações de tutela sobre o mesmo tópico na Corte Constitucional.	A presença repetitiva da questão na Corte Constitucional seria indicativo da generalidade do problema e da necessidade de uma decisão que extrapolasse as partes do processo.
2) Violações sistemáticas e estruturais de diversos direitos fundamentais	Deveria haver risco concreto aos direitos assegurados na Constituição. A violação é sistemática e estrutural sempre que envolve um sistema social e se perpetua de maneira repetitiva e semelhante em diversos casos.
3) Falha atribuível ao mal funcionamento do Estado como um todo	O Estado de Coisas Inconstitucional estaria presente apenas quando houvesse uma falha de coordenação de diversos braços do Estado na implementação de uma política pública relacionada à fruição de direitos fundamentais.
4) Solução dependente da ação combinada de um número considerável de ramos e órgãos do Estado	Por fim, dada a excepcionalidade e agressividade da medida, o Estado de Coisas Inconstitucional deveria ser declarado apenas diante da insuficiência dos demais remédios judiciais. Seria, portanto, uma medida subsidiária e legítima na medida em que não houvesse ação remedial única apta a solucionar o problema.

Enfatizou-se, na literatura, o objetivo da Corte de garantir o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, bem como a expansão dos efeitos da decisão, de forma a privilegiar não somente os autores da demanda, mas todos os indivíduos em situação semelhante e submetidos a mesma instituição ou prática estatal ineficiente e violadora de direitos:

²⁴⁰ A Corte “determinou que todos os pedidos fossem apreciados e a situação de desorganização administrativa no recebimento e processamento fosse resolvida em seis meses, além de ter ordenado ao Procurador-Geral da Nação e ao Controlador-Geral da República para que fiscalizassem o cumprimento da determinação.” *Ibidem*, p. 153.



Na ausência de proteção suficiente, a Corte busca iluminar o caminho da atuação estatal para garantir a materialização dos direitos fundamentais. Assim, descaracteriza-se o efeito interpartes da decisão já que a Corte aborda uma situação generalizada na qual os beneficiários das decisões adotadas no sistema não serão, necessariamente, os autores da ação de tutela, mas, muito além, pessoas que se encontrem sob o mesmo pressuposto fático²⁴¹.

Em seguida, a Corte Constitucional Colombiana declarou o Estado de Coisas Inconstitucional nas Sentenças SU-258, T-590 e T-525, em que constatou (I) a ausência de concursos públicos para o provimento das funções de notário, (II) a situação precária e de risco dos defensores de direitos humanos na Colômbia e (III) a mora no pagamento de trabalhadores aposentados, respectivamente. Nestes casos, porém, não houve avanços significativos ou mudanças na técnica, mantendo-se, a priori, adoção de sistemática semelhante à anteriormente desenvolvida. O caso da ausência de concursos para a delegação notarial recebeu muitas críticas por se considerar, de forma correta, que os requisitos a pouco enunciados como exigências para declaração de um Estado de Coisas Institucional, remédio gravoso e excepcional, não estavam preenchidos, pois, apesar da problemática na não realização de concursos, não estaria configurada a violação sistemática e estrutural de diversos direitos fundamentais.

De forma semelhante, no caso da situação dos defensores de direitos humanos a decisão se pautou no caso de um ativista e, apesar de a Corte expandir os efeitos da decisão visando garantir a proteção de todos os defensores de direitos humanos na Colômbia, não havia número considerável de ações sobre o tópico ou mesmo a necessidade de ação combinada de um número considerável de ramos e órgãos do Estado, sendo perceptível o objetivo da Corte de instrumentalizar o Estado de Coisas Inconstitucional como mecanismo capaz de “pautar, na agenda política colombiana, assuntos negligenciados que a Corte considerava prioritários para uma política constitucional de defesa dos direitos constitucionais, como a proteção de direitos dos defensores de direitos humanos”²⁴².

Em seguida, no caso da mora no pagamento das pensões de trabalhadores aposentados, viu-se uma situação de risco generalizado aos aposentados do departamento de Bolívar após um atraso geral no pagamento mensal das aposentadorias, o que ameaçava a sobrevivência dos indivíduos dependentes desta. Apesar da resolução do caso não apresentar complexidade estrutural propriamente dita, como a própria Corte reconheceu ao julgá-lo, a declaração do

²⁴¹ “En la ausencia de una protección efectiva, la Corte busca iluminar el camino de la actuación estatal para garantizar la cumplida materialización de los derechos fundamentales¹⁸³. Así, se desdibuja el efecto inter partes de la sentencia ya que la Corte aborda una situación generalizada en la cual los beneficiarios de las decisiones adoptadas no serán necesariamente los accionantes de tutela, sino además personas que se encuentren bajo el mismo supuesto de hecho.” MACHADO, Daniela Sanclemente; VILALLOBOS, Carlos José Lasprilla. *El Juiz de Tutela como Arquitecto Dei Estado Social de Derecho*. Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana, 2014, p. 71 (tradução nossa).

²⁴² SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 166.



Estado de Coisas Inconstitucional foi reconhecida como medida mais rápida para alocação de recursos e para salvaguardar as condições de subsistência dos autores da ação e de todos os que estivessem em situação análoga. Determinante no avançar da técnica, no entanto, foi a decisão seguinte, adotada na Sentencia T-025 de 2004, em que “a Corte Constitucional determinou as ordens estruturais mais ambiciosas de sua história e ingressou num domínio nunca adentrado por ela, tendo atuado como autêntica coautora de políticas públicas”²⁴³. Dada a relevância e especificidades do caso, este também será analisado na Parte II deste trabalho. Por fim, houve a adoção do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, em 2015, único caso até o momento em que o Supremo Tribunal Arbitral optou pela utilização desta técnica decisória, com inspiração declarada nas decisões anteriores da Corte Constitucional colombiana e em moldes muito semelhantes, como se verá na análise do caso.

Em construção extremamente similar à da Corte Colombiana e tendo em vista também a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, Alexandre Vitorino²⁴⁴ destaca que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucionais deve ser precedida por uma situação em que: I) há a violação de direitos de um enorme contingente de pessoas; II) há a responsabilidade de diversas autoridades governamentais consideradas implicadas na violação massiva e generalizada de direitos e pelas falhas sistêmicas²⁴⁵ na execução de políticas públicas; III) há necessidade de remédios estruturais, compreendidos como direcionamento judicial para tomada de decisões coordenadas visando proteger os titulares dos direitos fundamentais afetados; IV) não é possível uma solução à moda de lides clássicas, pois o seu efeito multiplicador teria potencial para afetar a efetividade da prestação jurisdicional e obstruir os canais judiciários. O autor acrescenta que a solução se daria por uma “macrossentença cujo escopo central é o estabelecimento de um diálogo institucional entre o Poder Judiciário, de um lado, e o Poder Executivo e Legislativo, de outro”²⁴⁶.

É possível estabelecer, portanto, uma relação direta entre o Estado de Coisas Inconstitucional e a litigância estrutural norte americana. Como ocorreu em relação à segregação e aos presídios nos Estados Unidos, a Corte colombiana extrapolou a defesa subjetiva de direitos, passando a tutelar igualmente situações de falhas de coordenação entre os poderes políticos na implementação de políticas públicas, problemas que, por sua natureza, demandam a adoção de remédios de natureza estrutural. Não há, portanto, diferença fundamental entre os fenômenos estudados. Nada obstante, deve-se perceber,

em contraste com o que sucedeu nos EUA, que o pretexto para a expansão do ativismo judicial, na Colômbia, não foi apenas a marginalização no processo político de representação [...] o que motivou explicitamente a Corte a expandir a sua jurisdição

²⁴³ *Ibidem*, p. 168.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 53.

²⁴⁵ A falha de coordenação, falha sistêmica ou falha estrutural é definida pelo autor como “um vício de interação dinâmica entre os poderes constituídos que afeta, estruturalmente, o(s) ciclo(s) de formação ou de execução de dada política pública.” *Ibidem*, p. 60.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 53.



constitucional foi a crise econômica e a marginalização de diversos setores da sociedade colombiana em relação à obtenção de certos bens considerados mínimos para uma concepção de cidadania marcada por noções de republicanismo cívico²⁴⁷.

Estabelecidos os marcos teóricos necessários e as características distintivas do Estado de Coisas Inconstitucional, parte-se para a análise dos casos selecionados, enquanto representativos desta nova modalidade do fenômeno da litigância estrutural. Após o estudo empírico, será possível estabelecer conclusões relevantes acerca dos limites, benefícios e potencialidades da atuação das Cortes através do Estado de Coisas Inconstitucional.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 142.



2. ANÁLISE DE CASOS: OS JULGADOS DA CORTE COLOMBIANA E A ADPF 347 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Parte II deste trabalho visa, portanto, a análise empírica de casos em que a Corte Constitucional colombiana e o Supremo Tribunal Federal brasileiro declararam a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional e adotaram as medidas correspondentes para superação da problemática. Como destacado, serão analisados 3 casos: em relação à Corte colombiana, serão analisadas a sentença T-153/1998, que tratou do sistema prisional colombiano, e a sentença T-025/2004, que abordou o caso das pessoas deslocadas em razão de conflitos, ao passo que, no cenário brasileiro, será analisada a ADPF-MC 347, primeira e única vez que o Estado de Coisas Inconstitucional foi aplicado no Brasil e, assim com na sentença T-153/1998, o problema enfrentado estava relacionado ao sistema prisional.

A escolha dos casos pautou-se nas particularidades de cada decisão e na existência de discussões doutrinárias sobre os julgamentos disponíveis para análise. A priori, partiu-se da decisão do STF que, sendo a única da jurisdição constitucional brasileira, despertou as dúvidas iniciais que serviram de ponto de partida para o desenvolvimento deste trabalho e pautou a escolha das demais decisões. Em relação aos 2 casos da Corte colombiana, escolhidos entre os 7 casos de aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional naquele país, a escolha pautou-se na qualidade argumentativa das decisões, na adequação das decisões aos pressupostos de aplicação da técnica desenvolvidos pela própria Corte e na intensidade da repercussão posterior ao caso.

Nesse sentido, o caso das penitenciárias colombianas [T-153], de 1998, foi selecionado por estar relacionado aos anos iniciais da utilização da técnica na Colômbia e por tratar do sistema prisional, tema recorrente em casos de reformas estruturais e que também foi tratado no surgimento do Estado de Coisas Inconstitucionais no Brasil. Já o caso das pessoas deslocadas em razão de conflitos foi escolhido por ser a última decisão da Corte com a utilização da técnica na Colômbia, o que permite avaliar o desenvolvimento e aperfeiçoamento do Estado de Coisas Inconstitucional desde sua criação. Além disso, ambas são consideradas como as decisões mais ativistas da Corte colombiana, o que permite uma análise mais crítica e apurada acerca dos instrumentos adotados, da legitimidade, da adequação, e da efetividade do Estado de Coisas Inconstitucional como técnica decisória para superação de falhas graves de coordenação entre os poderes políticos na implementação de políticas públicas, problemas que, por sua natureza, demandam a adoção de remédios de natureza estrutural.



2.1. Sentencia T-153/1998, de 28/4/1998: Sistema prisional colombiano

O caso do Sistema prisional colombiano surgiu das reclamações de diversos presidiários, que cumpriam pena nas Penitenciárias Nacionais Modelo de Bogotá e Bellavista de Medellín, em razão das condições desumanas do cumprimento das penas privativas de liberdade. Diante da situação, os presos alegaram que estavam em risco o direito à vida, à segurança individual, à saúde e à reabilitação prisional. As primeiras ações de tutela manejadas, no entanto, visavam não a reestruturação do sistema prisional como um todo, mas a transferência para unidades prisionais mais adequadas para o cumprimento das penas impostas²⁴⁸.

A Corte Constitucional colombiana, ao analisar a problemática, constatou o desvirtuamento da finalidade das penitenciárias, que deixaram de exercer o papel de recuperação e reabilitação dos presos, e a violação, pelo Estado colombiano, de diversos dispositivos da Constituição e de tratados internacionais em matéria de condições de reclusão²⁴⁹. A situação era de fato extrema, havendo a aparência “de que a Constituição como um todo deixara de imperar nos cárceres colombianos, e, se se permite aduzir, autorizando a criação de uma verdadeira zona de exceção na qual o Estado parece não exercer significativa autoridade constitucional”²⁵⁰.

O Estado de Coisas Inconstitucional foi reputado existente diante do quadro de massiva violação de direitos fundamentais e da falha de coordenação de diversos órgãos do Poder Público, acompanhada de políticas públicas deficientes e incapazes de superar o *status quo*. Ademais, a Corte colombiana foi expressa ao reconhecer a particularidade dos presos enquanto minoria insulada do processo político, utilizando, portanto, também um argumento procedimental da jurisdição constitucional, ao destacar seu papel enquanto defensora das minorias e do bom funcionamento da democracia representativa²⁵¹. Sob esta perspectiva, a Corte entendeu que a mera transferência dos autores da demanda seria medida insuficiente para resolver a situação constatada, optando, então, por expedir ordens específicas destinadas às autoridades no plano nacional,

²⁴⁸ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 154.

²⁴⁹ HERNANDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la Dimensión Objetiva de los Derechos Fundamentales y Labor del Juez Constitucional Colombiano em sede de acción de tutela: el llamado estado de cosas inconstitucional”. *Revista de Estudios Constitucionales*, nº 1, 2003, pp. 203 – 228, p. 218.

²⁵⁰ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 155.

²⁵¹ Neste sentido, John Hart Ely, adepto do conceito procedimental de jurisdição constitucional, afirma, ao interpretar a nota de rodapé nº 4 do caso *United States vs. Carolene Products Co.* (1938) que “O primeiro parágrafo é puro interpretacionismo: ele diz que a Corte deve aplicar as disposições ‘específicas’ da Constituição. [...] O segundo parágrafo afirma que é função da Corte manter a máquina do governo democrático funcionando como deveria, garantir que os canais da participação e da comunicação políticas permaneçam abertos. O terceiro parágrafo assevera que a Corte também deve se preocupar com o que a maioria faz com as minorias.” ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos; Revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2010, p. 101.



departamental e municipal, e instituir diversos órgãos de controle com competência para supervisionar o cumprimento da decisão²⁵².

2.1.1. Identificação e particularidades do problema

A Corte Colombiana identificou que “dada a falta de previsão e o descaso com a infraestrutura carcerária, a superlotação fez com que os presos não pudessem usufruir nem mesmo das condições mais básicas para uma vida digna na prisão. [...] De modo geral, pode-se concluir que a superlotação desvirtua completamente os propósitos do tratamento penitenciário”²⁵³. A Corte destacou estarem presentes condições extremas de violação da dignidade dos reclusos, com ameaças iminentes contra a vida e integridade pessoal dos presos, sendo evidente a violação sistemática da lei. Neste sentido, identificou que, “com efeito, a inação das autoridades faz com que os direitos dos reclusos sejam sistematicamente violados há décadas e, apesar de muitos pedidos e críticas ao sistema prisional, não se vislumbra qualquer política oficial para alterar a gravíssima situação prisional do país”²⁵⁴. Havia, no momento, uma violação flagrante de diversos direitos fundamentais dos presos nas penitenciárias colombianas: violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, à família, à saúde, ao trabalho e à presunção de inocência, por exemplo.

Em 13 de maio de 1997, a Sala Civil do Tribunal Superior do Distrito Judicial de Medellín negou a tutela interposta após manifestação do Diretor do cárcere do Distrito de Medellín e do INPEC (Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário) a respeito das condições das prisões na região. O Diretor reconheceu a superlotação e as condições degradantes da prisão, enfatizando, no entanto, que não poderia negar os presos que eram enviados à reclusão e, com a superlotação, tornava-se impossível manter as condições de cárcere conforme previsto em lei. Diante disto, “o diretor afirma ainda que a responsabilidade pela superlotação da prisão de Bellavista não é do INPEC, mas sim uma consequência do fato de a política criminal do país ser, na realidade, uma política penitenciária. [...] Nem a direção do estabelecimento nem a Direção Geral têm qualquer responsabilidade ‘porque é essencial reconhecer que não lhes foram dados os meios para expandir a sua capacidade para responder à demanda exigida pelos novos estatutos’”²⁵⁵.

²⁵² HERNANDEZ, Clara Inés Vargas. *Op. cit.*, p. 219.

²⁵³ “Dada la imprevisión y el desgreño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión. [...] De manera general se puede concluir que el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario.” Sentencia T-153/98 (tradução nossa).

²⁵⁴ “En efecto, la inacción de las autoridades ha significado la violación sistemática de los derechos de los reclusos, durante décadas, y a pesar de las muchas solicitudes y críticas elevadas con respecto al sistema penitenciario no se percibe ninguna política oficial para modificar de raíz la gravísima situación carcelaria del país.” Sentencia T-153/98 (tradução nossa).

²⁵⁵ “El director sostiene también que la responsabilidad por el hacinamiento en el interior de la cárcel de Bellavista no es del INPEC sino que es consecuencia de que la política criminal del



De maneira semelhante, o INPEC reconheceu a existência do problema, destacando que este estava presente não apenas nos presídios do Distrito Judicial de Medellín, mas por todo o país. O INPEC atribuiu a grave situação a uma série de fatores, como o aumento da criminalidade, a falta de recursos para implementar novas reformas de infraestrutura e o desinteresse de certas autoridades em solucionar o problema. Por fim, o Instituto enfatizou que “as dificuldades orçamentais e de planejamento, cuja solução não depende do INPEC, não permitem dar respostas imediatas ao problema penitenciário. [...] as soluções são da responsabilidade de várias autoridades nacionais e departamentais, porque só com a sua colaboração determinada é que podemos conseguir as mudanças a que os reclusos se referem”²⁵⁶.

A violação massiva e persistente de direitos humanos era, portanto, uma realidade reconhecida por todos aqueles que participavam do processo, inclusive pelas autoridades que deveriam atuar para sua superação, e foi confirmada pelas inspeções realizadas pela comissão judicial nos presídios onde estavam os detentos que ingressaram com as ações de tutela que geraram o caso perante a Corte. A questão principal passou a ser, portanto, estabelecer quais seriam as medidas necessárias para superação da conjuntura inconstitucional constatada e se a Corte poderia adotar esta modalidade de medida.

2.1.2. Medidas necessárias para superação da conjuntura inconstitucional estabelecida

As decisões contra a tutela da Sala Civil do Tribunal Superior do Distrito Judicial de Medellín e da Sala de Cassação Civil e Agrária da Corte Suprema de Justiça que precederam o julgamento perante a Corte Constitucional colombiana pautaram-se sobretudo na inaptidão da ação de tutela para prover os remédios necessários para superação do problema, que demandava investimento de importantes recursos e construção de obras custosas. A sala de cassação afirmou que

a tutela não é o mecanismo adequado para melhorar a situação do estabelecimento prisional, uma vez que através desta ação não é possível ordenar que sejam realizadas as construções necessárias para oferecer aos reclusos condições mínimas de vida. As referidas obras exigem despesas do erário público e estas só podem ser ordenadas na forma e nas condições previstas na Constituição [...]. Salaria que o juiz tutelar não pode tornar-se gestor orçamental ou executor do orçamento,

país sea en realidad una política penitenciaria. [...] no le asiste responsabilidad alguna a la dirección del establecimiento, ni a la Dirección General ‘porque es indispensable reconocer que ellas no han sido provistas de medios para ampliar su capacidad hasta la demanda exigida por los nuevos estatutos.’” Sentencia T-153/98 (tradução nossa).

²⁵⁶ “dificultades presupuestales y de planeación, cuya solución no depende del INPEC, impiden ofrecer respuestas inmediatas al problema carcelario. [...] las soluciones competen a diversas autoridades del orden nacional y departamental, pues sólo con el concurso decidido de ellas podremos lograr los cambios a que anheladamente se refieren los internos.” Sentencia T-153/98 (tradução nossa).



pois isso significaria a invasão de competências atribuídas às respectivas autoridades administrativas e um co-governo do poder judicial²⁵⁷.

A Corte Colombiana, apesar de decidir em sentido diverso das instâncias inferiores, identificou as mesmas necessidades que já haviam sido apontadas. Nesse sentido, a Corte reconheceu que a superlotação dos presídios e as falhas de infraestrutura eram os principais responsáveis pela situação degradante que os presidiários enfrentavam. Logo, a Corte concordou que a superação da situação violadora de direitos fundamentais dependia do desenvolvimento de uma política penitenciária e prisional de construção, substituição, adaptação, recuperação e melhoria da infraestrutura dos estabelecimentos prisionais, de acordo com parâmetros internacionais que garantissem a segurança, o habitat e o tratamento adequado dos reclusos. Em outras palavras, era necessária uma grande gama de ações coordenadas, envolvendo o desenvolvimento e posterior implementação de políticas públicas.

2.1.3. Decisão da Corte

Em sua decisão, além de analisar o histórico da crise nos presídios no país e reafirmar a indiscutível violação de direitos fundamentais pelas condições sub-humanas do cárcere, a Corte colombiana justifica a adoção de medidas com base na sua função contramajoritária e na necessidade de tomada de posição diante do Estado de Coisas Inconstitucional, caracterizado pela violação massiva de direitos fundamentais. Em relação ao papel contramajoritário, a Corte afirmou que

a racionalidade constitucional é diferente da racionalidade das maiorias. Os direitos fundamentais são precisamente uma limitação ao princípio das maiorias, com o objetivo de garantir os direitos das minorias e dos indivíduos. O juiz constitucional é obrigado a assumir o papel de porta-voz das minorias esquecidas, ou seja, os grupos que têm dificuldade de acesso aos órgãos políticos²⁵⁸.

Neste sentido, a Corte Colombiana reconheceu a dificuldade de acesso de determinados grupos aos órgãos políticos como circunstância relevante a ser

²⁵⁷ “la tutela no es el mecanismo apropiado para mejorar la situación del establecimiento carcelario, pues por medio de esta acción no se puede ordenar que se lleven a cabo las construcciones necesarias para ofrecer a los reclusos condiciones mínimas de vida. Las mencionadas obras demandan erogaciones del tesoro público y éstas solamente pueden ser ordenadas en la forma y bajo las condiciones señaladas en la Constitución [...]. Señala que el juez de tutela no puede convertirse en un ordenador o ejecutor del presupuesto, pues ello significaría la invasión de competencias atribuidas a las autoridades administrativas respectivas y un cogobierno de la rama judicial.” Sentencia T-153/98 (tradução nossa).

²⁵⁸ “La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos.” Sentencia T-153/98 (tradução nossa).



considerada na análise da legitimidade e necessidade da amplitude da intervenção judicial. Assim, como os presidiários constituem uma “minoría esquecida”, a Corte deveria, no momento de decidir, atentar-se às dificuldades que este grupo encontra para fazer valer seus direitos através dos canais de manifestação política. A Corte destacou que, no cenário carcerário, “a atitude do Estado perante estas situações é sempre reactiva, ou seja, só tem atuado neste domínio quando confrontado com circunstâncias explosivas, como a actual”²⁵⁹, não tendo o problema ocupado, até então, lugar de destaque na agenda política. A Corte reforçou que “a atitude dos responsáveis pelas políticas públicas em relação ao problema das prisões obedece à lógica do princípio da maioria, que rege os regimes democráticos”²⁶⁰, ou seja, os presos, pessoas marginalizadas pela sociedade e sem condições de exercer pressão, não teriam instrumentos necessários para se defender na esfera política, pleiteando pelo respeito aos seus direitos.

Além disso, a Corte afirmou estar configurada situação que justificava a utilização da figura do Estado de Coisas Inconstitucional, caracterizado como mecanismo

com o intuito resolver situações de violação de direitos fundamentais que tenham carácter geral - na medida em que afetam uma multiplicidade de pessoas - e cujas causas sejam de natureza estrutural - ou seja, que, em regra, não tenham origem exclusiva na autoridade demandada e, por isso, a sua solução exija a ação conjunta de várias entidades²⁶¹.

Como estava caracterizada a violação flagrante de uma série de direitos fundamentais dos presidiários no cárcere colombiano, a Corte considerou que o caso se ajustava perfeitamente à definição do Estado de Coisas Inconstitucional. A Corte enfatizou que a sociedade e o Estado, há muitos anos, cruzavam os braços para situação nos presídios, que era extremamente grave e não podia permanecer desatendida. Além disso, apesar da ação ter sido movida apenas contra o Ministro de Justiça e Direito colombiano e contra o INPEC, a Corte reconheceu que “a solução para os males que assolam o sistema penitenciário não está apenas nas mãos do INPEC ou do Ministério da Justiça. Por esta razão, o Tribunal deve exigir que os diferentes ramos e órgãos do Poder Público tomem as medidas adequadas para resolver este problema”²⁶².

²⁵⁹ “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.” Sentencia T-153/98 (tradução nossa).

²⁶⁰ “La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los regímenes democráticos.” Sentencia T-153/98 (tradução nossa).

²⁶¹ “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.” Sentencia T-153/98 (tradução nossa).

²⁶² “el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas



Diante disso, a Corte Colombiana notificou a existência do Estado de Coisas Inconstitucional a uma série de autoridades colombianas (Presidentes da República, Senado e Câmara, da Turma de Direito Penal da Corte Suprema de Justiça, das Turmas Administrativas e Jurisdicional Disciplinar do Conselho Superior da Judicatura, ao Procurador-Geral da Nação, aos Governadores, aos Prefeitos, aos Presidentes das Assembleias dos Departamentos e dos Conselhos Municipais), para que usassem suas faculdades para corrigir o Estado de Coisas que atentava contra a Constituição, e determinou que o INPEC apresentasse em até três meses um plano de reconstrução, reparação e reformulação das penitenciárias, o qual deveria ser implementado em até 4 anos. A Corte também ordenou que o Governo Nacional ampliasse a quantidade de recursos destinados para a política carcerária, ordenou que a Defensoria do Povo e a Procuradoria-Geral da Nação fiscalizassem a execução das reformas, determinou que o Presidente da República e o Ministro da Justiça adotassem as medidas necessárias para garantir os direitos fundamentais dos presos enquanto as reformas estruturais fossem realizadas, entre outras medidas.

À luz da obrigação constitucional do Estado de oferecer condições dignas de vida aos detentos, a Corte afirmou que “as despesas com as prisões - relacionadas com o dever correlativo de um processo equitativo e com o direito a uma proteção judicial eficaz - têm um carácter mais perentório até do que as despesas públicas sociais, que, como previsto no artigo 350 da Carta, têm prioridade sobre qualquer outra atribuição”²⁶³. Não apenas isso, mas endereçando expressamente a necessidade de equilíbrios orçamentários, a Corte reconheceu que a destinação de recursos públicos para melhorar a situação penitenciária acarretaria reduções de investimentos em outros domínios, mas que este “sacrifício” não seria desproporcional, pois temporário e relacionado a dívida da Nação com os presidiários dada a extensa e grave violação de direitos fundamentais deste grupo. A Corte afirmou ainda que o sacrifício seria exigível com base no dever de solidariedade social do cidadão, previsto no art. 95.2 da Constituição colombiana.

Para além das determinações a respeito de dinheiro e desenvolvimento de infraestrutura, a Corte reforçou a importância do princípio da presunção de inocência e a exigência de que a detenção preventiva se aplicasse apenas como medida extrema. A Corte também frisou a importância de se dar prioridade a penas alternativas à pena restritiva de liberdade. Houve, portanto, trecho relevante da sentença que foi direcionado aos próprios órgãos do Poder Judiciário. Reafirmando a gravidade da situação e sumarizando as ordens, a Corte destacou que “dada a gravidade das omissões imputáveis a diversas autoridades públicas, a Corte deve declarar a inconstitucionalidade da situação das prisões colombianas, descrita na presente sentença, e obrigar as autoridades

ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.” Sentencia T-153/98 (tradução nossa).

²⁶³ “El gasto en prisiones - relacionado con el deber correlativo al debido proceso y al derecho a la tutela judicial efectiva - tiene un carácter más perentorio incluso que el gasto público social, el cual, como lo dispone el artículo 350 de la Carta, tiene prioridad sobre cualquier otra asignación.” Sentencia T-153/98 (tradução nossa).



públicas a fazer uso imediato das suas competências constitucionais para corrigir a situação”²⁶⁴.

2.1.4. Repercussões e desfechos da decisão e das medidas adotadas

O Plano apresentado pelo INPEC, que consistia em um estudo de viabilidade e projeto de modernização, construção e reestruturação carcerária, se revelou, na avaliação posterior da doutrina e dos observadores nacionais e internacionais, “um enorme fracasso na alteração das condições factuais detectadas pela Corte como incompatíveis com a Lei Fundamental Colombiana”²⁶⁵. A análise dos problemas e falhas apontados na estruturação e posterior execução da decisão da Corte é relevante do ponto de vista teórico, pois permite esclarecer, com base na experiência prática, as dificuldades e limites que as Cortes Constitucionais enfrentam ao lidar com situações violadoras de normas Constitucionais cuja superação depende da implementação de políticas públicas. Apesar do capítulo 9 deste trabalho, ao qual remeto o leitor, ser destinado à análise abstrata destas limitações, cumpre analisar aqui as reflexões e críticas feitas com base no caso específico do sistema prisional colombiano, mesmo que algumas destas críticas sejam passíveis de generalização por consistirem em deficiências inerentes aos limites da capacidade institucional das Cortes Constitucionais, como se explorará adiante.

A priori, cumpre destacar que as limitações e o insucesso da decisão foram reconhecidos pela própria Corte Constitucional colombiana que, em decisões posteriores, atestou a continuidade do Estado de Coisas Inconstitucional nos presídios do país, bem como a insuficiência das medidas adotadas, apesar dos esforços dos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, na Sentença T-388 de 2013 a Corte afirmou que o sistema colombiano ainda se encontrava em situação irregular face a Lei Fundamental Colombiana e, na Sentença T-762 de 2015, a Corte reiterou que as falhas estruturais do sistema penitenciário não haviam sido superadas, tornando-se necessárias novas ações de coordenação entre os poderes e a busca por políticas públicas mais eficientes. Na sentença T-388 de 2013, a Corte colombiana afirmou que:

O sistema penitenciário e prisional colombiano encontra-se, uma vez mais, numa situação contrária à atual Constituição. Os estabelecimentos penitenciários e prisionais do país encontram-se numa situação de crise estrutural. Esta situação não se deve à falta de progressos ou de ações por parte das autoridades, uma vez que estas

²⁶⁴ “Ante la gravedad de las omisiones imputables a distintas autoridades públicas, la Corte debe declarar que el estado de cosas que se presenta en las prisiones colombianas, descrito en esta sentencia, es inconstitucional y exige de las autoridades públicas el uso inmediato de sus facultades constitucionales, con el fin de remediar esta situación.” Sentencia T-153/98 (tradução nossa).

²⁶⁵ SILVA, Alexandre Vitorino. *O Estado de Coisas Inconstitucional como Modalidade de Litigância Estrutural. Uma Alternativa Imperfeita para o Controle de Políticas Públicas no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 158.



levaram a cabo ações destinadas a resolver o estado de coisas inconstitucional salientado pela jurisprudência constitucional em 1998. De fato, foi em grande parte graças a essas ações de política pública que o Tribunal Constitucional entendeu que o estado de coisas vivido no final do século XX tinha sido ultrapassado. No entanto, a evidência factual, bem como a informação que é do conhecimento público, demonstra que, mais uma vez, o sistema prisional e penitenciário colombiano se encontra numa situação grosseiramente contrária à atual ordem constitucional, o que implica um desrespeito pela dignidade humana, princípio fundador de um Estado social de direito. Por outras palavras, o atual sistema prisional e penitenciário é incompatível com um Estado social e democrático de direito²⁶⁶.

Houve, portanto, uma frustração sobre os resultados da intervenção da Corte Constitucional colombiana e as críticas feitas à decisão e aos resultados da implementação dos comandos executivos foram diversas. Por um lado, um primeiro grupo de críticas apontava que os resultados desabonadores seriam consequência da pluralidade de ordens sem sistemática coerente de supervisão de cumprimento da sentença e com supervisão curta da própria Corte²⁶⁷. Neste sentido, a Corte teria pecado ao proferir ordens estruturais sem estabelecer procedimentos adequados de monitoramento durante a fase de implementação. O grande problema estaria, portanto, na ausência de uma jurisdição de supervisão. Ainda dentro deste primeiro grupo de críticas, alguns autores apontaram que o problema estaria na opção da Corte de não prescrever detalhes, deixando aos poderes políticos e aos órgãos administrativos a tarefa de dar conteúdo às políticas públicas necessárias²⁶⁸. Este primeiro grupo de críticas, portanto, acredita que o alegado insucesso da decisão estaria relacionado à margem de apreciação deixada aos poderes políticos e falta de supervisão posterior pela Corte.

Por outro lado, um segundo grupo de críticas reuniu argumentos no sentido de que a opção por um remédio gradual, que demandaria reforma e tempo, dada a maneira incremental pela qual os direitos fundamentais voltariam a ser assegurados nos presídios, seria a grande falha da decisão. Sustentando posição neste sentido, Libardo José Ariza sustenta que

²⁶⁶ “El sistema penitenciario y carcelario de Colombia se encuentra, nuevamente, en un estado de cosas que es contrario a la Constitución vigente. Los establecimientos penitenciarios y carcelarios en el País se encuentran en una situación de crisis estructural. No se trata de ausencia de avances o de acciones por parte de las autoridades, puesto que éstas han realizado acciones encaminadas a solventar el estado de cosas inconstitucional evidenciado por la jurisprudencia constitucional en 1998. De hecho, es en gran parte gracias a tales acciones de política pública que la Corte Constitucional entendió superado tal estado de cosas vivido al final del siglo XX. Sin embargo, la evidencia fáctica, así como la información que es de público conocimiento, evidencia que, nuevamente, el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente de manera grosera, que conlleva un desconocimiento de la dignidad humana, principio fundante de un estado social de derecho. En otras palabras, el sistema penitenciario y carcelario actual es incompatible con un estado social y democrático de derecho.” Sentencia T-388/13 (tradução nossa).

²⁶⁷ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 159.

²⁶⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Op. cit.*, p. 117.



Talvez a maior lacuna dessa decisão seja o fato de que ela não explica – ou mesmo discute – por que as pessoas atualmente presas devem arcar com o ônus de condições de vida desumanas, ou por que devem passar anos em ‘centros onde os direitos fundamentais são sistematicamente violados’ enquanto o sistema está sendo reformado, dados os esclarecimentos feitos sobre as implicações da aplicabilidade imediata dos direitos dos presos. É aqui que podemos observar a considerável lacuna entre a construção do caso e a definição dos remédios que levariam à proteção imediata dos direitos²⁶⁹.

De acordo com este posicionamento, o problema estaria na própria metodologia adotada para solução do problema (emissão de ordens estruturais para reforma do sistema prisional), não na execução deste (como a crítica anterior, que aponta os problemas ligados à estruturação do planejamento de superação e ao monitoramento na fase de implementação). De acordo com este ponto de vista, o Estado de Coisas Inconstitucional demandaria, caso desejasse lograr mais sucesso, “um posicionamento intervencionista ainda mais radical, ou para impor a transformação imediata das condições, em tempo brevíssimo, ou para assegurar a imediata libertação de presos detidos em condições incompatíveis com os direitos fundamentais garantidos pela Constituição”²⁷⁰.

A crítica conservadora, que constitui um terceiro grupo entre as avaliações negativas da decisão, apontou que “o Tribunal Constitucional teria cruzado a linha de reprovação e censura de comportamento institucionais do Poder Público para, em lugar disso, sem respeitar competências institucionais e a noção de especialização de funções, ordenar a criação de uma política punitivista substituta de acordo com seus standards de dignidade da pessoa humana”²⁷¹. Sob essa perspectiva, a decisão seria criticável e poderia ter sua falha atribuível à usurpação das competências dos demais poderes pela Corte Constitucional. Assim, ao optar pela decisão estrutural, a Corte Constitucional colombiana teria invadido competências constitucionais reservadas aos Poderes Executivo e Legislativo. O problema não seria apenas a atuação da Corte em searas externas à sua competência Constitucional (problema de legitimidade), mas igualmente o fato de que a Corte estaria a exercer papel determinante em matérias para as quais não é especializada, nem possui conhecimento suficiente para garantir resultados (problema da capacidade institucional).

²⁶⁹ “Perhaps the biggest gap in this ruling is the fact that it does not explain – or even discuss – why people currently imprisoned must bear the burden of inhumane living conditions, or why they should spend years in ‘centers where fundamental rights are systematically violated’ while the system is being reformed, given the clarifications made on the implications for the immediate enforceability of prisoners’ rights. It is here that we can observe the sizable gap between the construction of the case and the definition of the remedies that would lead to the immediate protection of rights.” ARIZA, Libardo José. *The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia*. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013, pp. 129 – 159, p. 151 (tradução nossa).

²⁷⁰ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 160.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 160.



2.2. Sentencia T-025/2004, de 22/1/2004: O caso das Pessoas Deslocadas em Razão de Conflitos Violentos Internos na Colômbia

A decisão da Corte Colombiana na *Sentencia T-025* possui como plano de fundo a crise humanitária decorrente dos diversos conflitos armados enfrentados na Colômbia desde a década de 1960. Entre os diversos afetados e prejudicados por esta situação, a realidade era especialmente crítica para as pessoas desalojadas de suas residências em razão da violência, grupo que, com o passar dos anos, passou a ser extremamente expressivo com o avançar da violência. O contingente de pessoas em situação de exílio que se tornaram “refugiados internos” no próprio país se aproximava dos 5,5 milhões na época da decisão da Corte²⁷². Os *desplazados* não usufruíam dos direitos mais básicos assegurados pela garantia da dignidade da pessoa humana, como o acesso à moradia, trabalho, educação, lazer ou saúde e viviam em situação de penúria, vagando pelo país em busca do seu próprio soerguimento.

2.2.1. Identificação e particularidades do problema

Observa-se de maneira cristalina pela complexidade do problema que a atuação da Corte precisaria ser ainda mais adaptada, caso houvesse pretensão de superar o Estado de Coisas Inconstitucional que se verificava. Ao declarar a existência do Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte examinava 108 pedidos de tutela formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados. Dada a especial situação de vulnerabilidade, “a Corte flexibilizou a legitimidade ativa para os pedidos de tutela, admitindo a interposição dos recursos diretamente por associações de defesa dos direitos das pessoas deslocadas, dispensando a atuação de advogados ou a interposição diretamente pelas pessoas prejudicadas”²⁷³. Tãmanha era a gravidade e condição inaceitável da ausência ou ineficiência da ajuda humanitária, que a Corte considerou necessário flexibilizar requisitos processuais para admissibilidade das ações de tutela.

2.2.2. Medidas necessárias para superação da conjuntura inconstitucional estabelecida

Cumprê destacar que, neste exemplo específico, não havia uma omissão plena ou posição de indiferença dos Poderes Políticos, como se observou no caso dos presídios. Havia atenção institucional dos Poderes Executivo e Legislativo e a agenda nacional estava, de fato, voltada para a solução do problema. As dificuldades para superar o problema dos *desplazados*, portanto, eram relacionadas à própria natureza da situação, que, sem dúvidas, demandava esforços múltiplos e a articulação de políticas públicas amplas e intensas. O

²⁷² *Ibidem*, p. 168.

²⁷³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Op. cit.*, p. 124.



importante de se notar é que não havia indiferença ou apatia dos Poderes Políticos, mas legítima dificuldade para encontrar caminhos efetivos que permitissem a superação do problema. Mesmo não havendo autêntico bloqueio institucional, a Corte considerou que estava diante de uma falha estrutural a legitimar a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional dada a existência de milhões de pessoas desamparadas e sem o gozo de seus direitos fundamentais. Estava em questão, portanto, “a abrangência das políticas públicas, considerada insuficiente para lidar com o problema aquilatado do deslocamento forçado, bem como a falha de coordenação no levantamento dos recursos necessários para o cumprimento dos compromissos constitucionais (e legais) já assumidos pelo Estado Colombiano”²⁷⁴.

A Corte enfatizou que o problema demandava a cooperação harmônica de diversas entidades nacionais e também dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Além disso, baseou a legitimidade de sua intervenção na dimensão prestacional dos direitos de um Estado Social de Direito:

Para corrigir esta situação, é necessário que as diferentes entidades nacionais e territoriais responsáveis pela assistência à população deslocada cumpram integralmente os seus deveres constitucionais e legais e adotem, num prazo razoável e no âmbito das suas competências, as medidas corretivas que garantam uma dotação orçamentária suficiente. [...] A Corte [...] faz apelo ao princípio constitucional da colaboração harmoniosa entre os diferentes ramos do poder, para garantir o cumprimento dos deveres de proteção efetiva dos direitos de todos os residentes no território nacional. Esta é a competência do juiz constitucional num Estado social de direito relativamente aos direitos que têm uma clara dimensão prestacional²⁷⁵.

2.2.3. Decisão da Corte

A Corte Constitucional elencou, novamente, as características essenciais para configuração do Estado de Coisas Inconstitucional: (I) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afete um número significativo de pessoas; (II) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento das suas obrigações de garantia dos direitos; (III) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação tutelar no procedimento de garantia do direito violado; (IV) a não edição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para prevenir a violação de direitos; (V) a existência

²⁷⁴ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 170.

²⁷⁵ “Con el fin de corregir esta situación, es necesario que las distintas entidades nacionales y territoriales encargadas de la atención de la población desplazada, cumplan a cabalidad con sus deberes constitucionales y legales y adopten, en un plazo razonable, y dentro de las órbitas de sus competencias, los correctivos que aseguren una suficiente apropiación presupuestal. [...] la Corte [...] está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional.” Sentencia T-025/2004 (tradução nossa).



de um problema social cuja solução implique a intervenção de várias entidades, requeira a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exija um nível de recursos que obrigue a um esforço orçamentário adicional significativo; (VI) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema recorressem à ação de tutela para obter a tutela dos seus direitos, tal fato resultaria em um maior congestionamento judicial.

Em relação à população internamente deslocada, os requisitos estavam presentes, destacando-se a gravidade da violação dos direitos destes indivíduos, que passaram a viver como refugiados dentro de seu próprio país após serem expulsos de suas moradias pelos conflitos armados, e o elevado número de indivíduos nesta condição. Por fim, também era necessário um programa de ação complexo e plurifocalizado para superação da situação inconstitucional, uma vez que a proteção dos direitos dos cidadãos deslocados dependia da criação e implementação de uma complexa gama de políticas públicas e da atuação conjunta e coordenada dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A Corte optou por estabelecer ordens complexas e simples. As ordens de execução complexa foram as relacionadas ao Estado de Coisas Inconstitucional e visavam os direitos da população deslocada de forma geral, sem importar se haviam ou não ingressado individualmente com a ação. Essas ordens possuíam, portanto, “o objetivo de que as entidades responsáveis pela assistência à população deslocada estabeleçam, num prazo razoável e no âmbito das suas competências, as medidas corretivas necessárias para ultrapassar os problemas de insuficiência de recursos e de precariedade da capacidade institucional de execução da política estatal de assistência à população deslocada”²⁷⁶. As ordens simples, por outro lado, visavam responder às petições concretas dos atores da ação de tutela objeto de julgamento.

A Corte Constitucional optou também por atribuir papel importante ao Conselho Nacional de Atenção à População Deslocada, órgão encarregado de formular a política e de garantir as dotações orçamentárias para os programas de atenção à população deslocada. Além de comunicar o Conselho sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte determinou que o Conselho teria competência para determinar a forma de superar a insuficiência de recursos e as deficiências de capacidade institucional e que deveria, em 6 meses após a sentença, concluir todas as ações necessárias destinadas a garantir que todas as pessoas deslocadas tivessem proteção mínima efetiva dos seus direitos. A Corte ordenou a correção imediata de todas as atuações negligentes, omissas e discriminatórias em desfavor da população deslocada e exigiu o desenvolvimento de novas políticas públicas e programas adequados para dar atenção ao fenômeno.

A Corte reforçou, no entanto, que já havia um arcabouço de políticas públicas e de programas governamentais que visavam a superação do problema, mas, ao descrevê-lo, constatou a necessidade de se avançar de maneira mais

²⁷⁶ “Como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplazada establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada.” Sentencia T-025/2004 (tradução nossa).



rápida em vistas do pleno gozo dos direitos fundamentais pela população deslocada. Nesse sentido,

A Corte observa que existe uma política pública sobre o deslocamento forçado. Uma multiplicidade de leis, decretos, documentos da CONPES, resoluções, circulares, acordos e diretivas presidenciais estabelecem uma resposta institucional destinada a abordar os problemas da população deslocada e regulam de forma concreta, tanto a atenção à população deslocada nas suas diferentes componentes, como as ações exigidas aos diferentes organismos e funcionários públicos²⁷⁷.

Apesar da existência de políticas públicas e programas governamentais destinados à superação do problema, a Corte, com base em uma análise de resultados pautada em dados acerca da cobertura de cada um dos componentes de atenção dos programas e o nível de satisfação da população deslocada, concluiu que “apesar de a política pública de atenção à população deslocada ter sido normativamente desenvolvida desde 1997, de acordo com os relatórios apresentados a este processo, os seus resultados não conseguiram contrariar a situação de violação dos direitos constitucionais da maioria da população deslocada”²⁷⁸. A Corte adicionou que “os maus resultados da resposta do Estado, segundo os quais não foi possível proteger de forma abrangente os direitos da população deslocada, podem ser explicados por dois problemas principais: (I) a precariedade da capacidade institucional para implementar a política e (II) a atribuição insuficiente de recursos”²⁷⁹. A Corte enfatizou que existia, em todos os níveis da política pública de atenção à população deslocada, problemas graves relacionados à capacidade institucional do Estado de proteger os direitos desta população.

Para avaliação das políticas em vigor, a Corte utilizou critérios que depois viriam a ser usados também para acompanhar os resultados da decisão: “(i) o desenho e o desenvolvimento regulamentar de políticas públicas destinadas a dar resposta ao deslocamento forçado; (ii) a implementação da política; e (iii) o acompanhamento e a avaliação da gestão efetuada na execução da política”²⁸⁰. A

²⁷⁷ “La Corte constata que la política pública sobre desplazamiento forzado existe. Una multiplicidad de leyes, decretos, documentos CONPES; resoluciones, circulares acuerdos y directivas presidenciales plasman una respuesta institucional encaminada a enfrentar la problemática de la población desplazada y regulan de manera concreta, tanto la atención a la población desplazada en sus diferentes componentes, como la actuación exigida a los distintos organismos y servidores públicos.” Sentencia T-025/2004 (tradução nossa).

²⁷⁸ “A pesar de que la política pública de atención a la población desplazada, ha sido desarrollada normativamente desde el año 1997, según los informes aportados a este proceso, sus resultados no han logrado contrarrestar la situación de vulneración de los derechos constitucionales de la mayoría de la población desplazada.” Sentencia T-025/2004 (tradução nossa).

²⁷⁹ “los bajos resultados de la respuesta estatal, según los cuales no ha sido posible proteger integralmente los derechos de la población desplazada, se pueden explicar de acuerdo a dos problemas principales. (i) La precariedad de la capacidad institucional para implementar la política, y (ii), la asignación insuficiente de recursos.” Sentencia T-025/2004 (tradução nossa).

²⁸⁰ “(i) el diseño y el desarrollo reglamentario de la política pública dirigida a responder al desplazamiento forzado; (ii) la implementación de la política, y (iii), el seguimiento y la



Corte determinou que era necessário um plano de ação atualizado e que permitisse a visualização integral da situação, além da criação de metas específicas e indicadores que permitissem reconhecer e avaliar se os fins estavam sendo cumpridos. Além disso, era necessário superar a falta de ações concretas das entidades comprometidas com o problema e estabelecer mecanismos de acompanhamento mais precisos, transparentes e efetivos do que os existentes no momento da decisão.

Apesar de reforçar a necessidade de ação e quais seriam os caminhos a seguir rumo a superação do Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte afirmou que “o juiz tutelar não pode resolver cada um desses problemas, que são de responsabilidade do Governo Nacional e das entidades territoriais, bem como do Congresso da República, dentro de suas respectivas esferas de competência. No entanto, isso não impede [...] que a Corte [...] identifique soluções para suprir essas deficiências estruturais que comprometem diversos entes e órgãos do Estado”²⁸¹. Neste sentido, com a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte decidiu “adotar as medidas judiciais adequadas, respeitando a competência e a especialização das autoridades responsáveis pela implementação das políticas correspondentes e pela execução da legislação pertinente”²⁸². Assim, por exemplo, a Corte determinou que o Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência verificasse “a magnitude desta discordância e conceber e aplicar um plano de ação para o ultrapassar, com especial prioridade para a ajuda humanitária”²⁸³, o que incluiria relatórios sobre a situação, estabelecimento de planos de ação e de metas, indicação dos recursos necessários e dos mecanismos de consecução destes recursos e planos alternativos caso a ideia original fracassasse.

Influenciada também em alguma medida pelo insucesso da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional na decisão do caso dos presídios na Colômbia, a Corte Constitucional colombiana adotou estratégia mais ousada no caso dos *desplazados*, optando pela instituição de uma jurisdição supervisora sobre o cumprimento da decisão do Estado de Coisas Inconstitucional²⁸⁴. A jurisdição supervisora seria realizada como base em três pilares: (I) a realização de

evaluación de la gestión realizada en la ejecución de la política.” Sentencia T-025/2004 (tradução nossa).

²⁸¹ “No puede el juez de tutela solucionar cada uno de estos problemas, lo cual corresponde tanto al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales, como al Congreso de la República, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. No obstante, lo anterior no impide que [...] la Corte [...] identifique remedios para superar estas falencias estructurales que comprometen diversas entidades y órganos del Estado.” Sentencia T-025/2004 (tradução nossa).

²⁸² “adoptará los remedios judiciales correspondientes respetando la órbita de competencia y el ejercicio de las autoridades responsables de implementar las políticas correspondientes y ejecutar las leyes pertinentes.” Sentencia T-025/2004 (tradução nossa).

²⁸³ “verifique la magnitud de esta discordancia y diseñe e implemente un plan de acción para superarla dando especial prioridad a la ayuda humanitaria.” Sentencia T-025/2004 (tradução nossa).

²⁸⁴ Cumpre destacar que a jurisdição supervisora da Corte Constitucional na Colômbia possui amparo legal. O art. 27 do decreto 2591/91, responsável por regulamentar a ação de tutela, prevê que a corte podera manter a sua competência até que seja completamente restabelecido o direito e eliminadas as causas de ameaça.



audiências públicas; (II) a Comissão de Verificação (membros da sociedade civil que opinam e informam sobre o cumprimento do julgado); e (III) os autos de seguimento (processos instaurados para avaliação da resposta das autoridades responsáveis). Além da supervisão, também se destaca a adesão da Corte às ordens flexíveis e adaptáveis, “que podem ser modificadas na fase de supervisão a critério da Corte, caso a performance de cumprimento no sentido da superação do estado de coisas inconstitucional tenha que ser alterada de acordo com a modificação das circunstâncias”²⁸⁵.

2.2.4. Repercussões e desfechos da decisão e das medidas adotadas

Apesar dos ótimos prognósticos, das novas técnicas e da intensidade da abordagem da Corte Constitucional, os resultados da decisão não foram tão satisfatórios como esperado e a situação de grande parte da população continuou precária. Em 2009, 5 anos após a decisão, o Ministro da Justiça e Interior, responsável pelo Programa Especial de Proteção da População Deslocada, chegou a afirmar que a decisão da Corte Constitucional não surtiu efeitos úteis e que pouquíssimas pessoas tiveram a vida melhorada depois do julgamento²⁸⁶. Em pesquisas nacionais realizadas em 2007, 2008 e 2010 para aferir o impacto socioeconômico da decisão, demonstrou-se o impacto restrito das medidas determinadas pela Corte Constitucional Colombiana. Dos 9 direitos (direitos à vida, à integridade física e psicológica, à unidade familiar, a um padrão de vida aceitável, à saúde, à proteção contra à discriminação, à educação básica, à ajuda humanitária e ao reassentamento) que a Corte Constitucional resolveu mapear por indicadores para a superação do estado de coisas inconstitucional, somente o direito à saúde teve melhoras significativas²⁸⁷.

Assim como no caso dos presídios, a Corte afirmou a persistência do Estado de Coisas Inconstitucional em decisão posterior, do ano de 2011. Em sua decisão no Auto 219/2011, no qual se acompanhava o cumprimento das medidas determinadas na Sentencia T-025/04, a Corte afirmou que

continua a avaliar a situação atual dos principais problemas enfrentados pela população deslocada no país, bem como os progressos, obstáculos e retrocessos surgidos na reformulação, ajustamento e implementação de cada um dos componentes da política pública de atendimento integral às vítimas de deslocamento forçado, a fim de adotar medidas corretivas e eficazes para avançar de forma acelerada na superação da situação de inconstitucionalidade no domínio do deslocamento forçado e no gozo efetivo dos direitos da população deslocada pela violência²⁸⁸.

²⁸⁵ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, pp. 173 – 174.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 175.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 176.

²⁸⁸ “Continúa evaluando el estado actual de las principales problemáticas que afronta la población desplazada en el país, así como los avances, obstáculos y retrocesos que han surgido en la reformulación, ajuste e implementación de cada uno de los componentes de la política pública en materia de atención integral a las víctimas del desplazamiento forzado, con el fin



Assim como em outros Autos de Seguimento, a Corte insistiu que o critério para declarar a superação do Estado de Coisas Inconstitucional não era a realização de um esforço com objetivo específico, a edição de novas políticas públicas, nem a criação de novas e melhores leis, mas apenas e tão somente a garantia efetiva dos direitos da população deslocada que permitiria atestar a superação do Estado de Coisas Inconstitucional. A Corte apontou que havia fortalecimento da capacidade institucional, esforços com o propósito de superação da problemática, reformulação de políticas públicas, superação de certos problemas, como ausência de registro, mas que o gozo efetivo de todos os direitos da população deslocada ainda não era assegurado, de forma que a Corte, novamente, precisou adotar ordens para garantir o avanço na superação do Estado de Coisas Inconstitucional, que persistia. A Corte concluiu, portanto, que

Apesar das conquistas alcançadas em alguns direitos, os números relativos ao gozo efetivo dos direitos e à eficácia dos ajustamentos feitos para ultrapassar as deficiências de capacidade institucional, de coordenação e de esforço orçamentário exigidos, apresentados pelo Governo Nacional, não conseguem demonstrar que tenham sido feitos progressos sistemáticos e globais no gozo efetivo de todos os direitos da população de vítimas de deslocamento forçado e na superação efetiva das condições que deram origem à declaração [do Estado de Coisas Inconstitucional]²⁸⁹.

Assim, sob a perspectiva dos impactos diretos e palpáveis da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, “a litigância estrutural na Colômbia tem revelado impactos frustrantes, que não demonstram um grande aumento de performance na execução de políticas públicas em razão da determinação de elaboração de planos específicos para o enfrentamento dos problemas detectados em cada estado de coisas inconstitucional proclamado”²⁹⁰. Em uma crítica ao procedimento adotado, ao qual atribui a deficiência dos resultados, Garavito afirma que “ainda que os casos tenham provocado uma reação exacerbada dos críticos das cortes, estudos empíricos de impacto têm mostrado que seus efeitos foram limitados devido ao intento contraditório dos tribunais de ditar ordens muito detalhadas e rígidas, por um lado, sem estabelecer mecanismos viáveis e eficazes de seguimento dos casos, por outro”²⁹¹.

de adoptar medidas correctivas y eficaces para avanzar de manera acelerada en la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado y en el goce efectivo de los derechos de la población desplazada por la violencia.” Auto 219/11 (tradução nossa).

²⁸⁹ “a pesar de los logros alcanzados en algunos derechos, las cifras en términos de goce efectivo de derechos y de efectividad de los ajustes realizados para superar las falencias de capacidad institucional, de coordinación y de esfuerzo presupuestal requerido presentados por el Gobierno Nacional no logran demostrar que se haya logrado un avance sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado y en la superación efectiva de las condiciones que dieron lugar a dicha declaratoria.” Auto 219/11 (tradução nossa).

²⁹⁰ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 177.

²⁹¹ “aunque los fallos provocaron una reacción airada de los críticos de las cortes, estudios empíricos de impacto han mostrado que sus efectos fueron limitados debido al intento contradictorio de las cortes de dictar órdenes muy detalladas y rígidas, por un lado, sin



Em outra perspectiva a ser considerada, alguns autores avaliam positivamente as decisões, considerando que elas “vêm gerando transformações sociais sobretudo porque modificam a percepção dos atores sociais sobre o conflito e também porque, promovendo uma sinergia democrática, forçam o debate público sobre o tema antes objeto de um bloqueio institucional”²⁹². Sob esta perspectiva, o sucesso ou insucesso da decisão da Corte deveria ser avaliado de maneira mais ampla, pois, além dos efeitos materiais, também deveria se incluir na análise os efeitos indiretos e simbólicos da decisão. Neste sentido, a própria promoção da deliberação pública e da busca coletiva de soluções para questões complexas seriam impactos positivos que relativizariam o “fracasso” da decisão pela ausência de resultados materiais mais expressivos.

Sobre este aspecto e este impacto das decisões da Corte Colombiana e em especial a decisão no caso da população de deslocados, César Rodríguez-Garavito e Diana Rodríguez-Franco²⁹³ avaliam que o caso contribui de maneira decisiva a visibilidade da questão e, em segundo lugar, enquadrando o problema como uma questão de direitos humanos. Assim, haveria, além do aspecto da visibilidade, o papel da decisão de definir o problema como um problema de direitos humanos e designar o processo legal como um mecanismo apropriado para superação do problema.

Em relação à visibilidade do problema, os autores, após avaliarem a cobertura midiática do tema antes e após a decisão, concluem que “tanto o trabalho de campo como a análise da imprensa sugerem que a decisão - e, sobretudo, o processo de acompanhamento - estão correlacionados com uma maior visibilidade da questão no discurso público”²⁹⁴. No que se refere à redefinição do problema pela Corte em termos de violação de direitos, os autores apontam que, “em termos mais precisos, a mudança simbólica impulsionada pela Corte transformou a percepção do deslocamento de um efeito secundário de um conflito armado em uma questão de violação dos direitos humanos”²⁹⁵, o que agrega maior legitimidade aos anseios por proteção e um status privilegiado a este grupo no momento de pleitear atenção às mazelas que enfrentam. Além disso, o efeito simbólico contribui para que o problema passasse a ser também prejudicial à imagem pública do governo colombiano, o que contribui para impulsionar esforços para superação da situação e mesmo “a cobertura da imprensa desde 2004 tem tendido a abordar a questão em termos do

establecer mecanismos viables y eficaces de seguimiento de sus fallos, por el otro.” GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: De Justicia, 2010, p. 36.

²⁹² SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 177.

²⁹³ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015.

²⁹⁴ “both fieldwork and press analysis suggest that the ruling - and, above all, the follow-up process - are correlated with greater visibility of the issue in the public discourse.” GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Op. cit.*, p. 134 (tradução nossa).

²⁹⁵ “In more precise terms, the symbolic shift driven by the Court has transformed the perception of displacement from a secondary effect of the armed conflict into an issue of human rights violations.” *Ibidem*, p. 136 (tradução nossa).



cumprimento pelo Governo das obrigações impostas pela Corte Constitucional”²⁹⁶.

Os autores concluem enfatizando que a Corte não apenas foi responsável pela intervenção na busca de uma solução para o problema, mas também desempenhou relevante função na própria definição deste problema. Assim, defendem que a Corte

ajudou a reenquadrar o fenômeno do deslocamento forçado, a aumentar a sua visibilidade e a transformá-lo numa questão de violação dos direitos humanos e de vítimas. Os meios de comunicação social, os organismos estatais, a sociedade em geral e os próprios deslocados passaram a encarar o deslocamento como uma violação dos direitos humanos, com suas vítimas fazendo jus a direitos específicos e atenção imediata, em vez de considerarem o deslocamento como um efeito colateral do conflito armado colombiano²⁹⁷.

2.3. ADPF 347: O Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro

No Brasil, a identificação do Estado de Coisas Inconstitucional se deu no julgamento, em 2015, da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, cujo requerente foi o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e teve como Relator o Ministro Marco Aurélio. Tanto na petição do partido como na decisão do STF houve menção expressa à experiência colombiana, na qual o STF se inspirou para decidir sobre o sistema prisional brasileiro na época.

Em suma, o PSOL protocolou em 26 de maio de 2015 uma arguição de descumprimento de preceito fundamental com pedido de concessão de medida cautelar, objetivando que fosse reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, e, em razão disso, determinada a adoção das providências listadas pelo partido. Tais medidas seriam consideradas adequadas a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal no tratamento da questão prisional no país. Isto é, o pedido específico do partido era que o STF, diante dos fatos narrados e das descrições realizadas na inicial, reconhecesse o Estado de Coisas Inconstitucional.

Apenas após e com base neste reconhecimento, o partido solicita a adoção de providências que possam sanar as lesões a preceitos fundamentais da

²⁹⁶ “Press coverage since 2004 has tended to address the issue in terms of government fulfillment of obligations imposed by the Constitutional Court.” *Ibidem*, p. 141 (tradução nossa).

²⁹⁷ “Helped to reframe the phenomenon of forced displacement, increase its visibility, and transform it into an issue of human rights violations and victims. The media, state agencies, society at large, and the displaced themselves have come to see displacement as a human rights violation, with victims entitled to specific rights and immediate attention, instead of considering it as a collateral effect of Colombia’s armed conflict.” *Ibidem*, p. 143 (tradução nossa).



Constituição. Em outras palavras, o partido entende a constatação do Estado de Coisas Inconstitucional como mecanismo apto a permitir que o Supremo adote medidas tendentes a superar a violação maciça de direitos fundamentais, sendo, portanto, o pedido principal o de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, pois este implica poder da Corte que tomou a decisão para adotar medidas que coordenem políticas públicas capazes de superar a situação violadora dos parâmetros constitucionais.

2.3.1. Identificação e particularidades do problema

De forma incisiva, o Partido inicia sua petição com uma comparação dos presídios brasileiros ao Inferno da Divina Comédia de Dante Alighieri, de forma a enfatizar as condições absurdas as quais os presos são submetidos ao adentrar no sistema prisional brasileiro, destacando a barbaridade e desumanidade do sistema. Como descrito na petição,

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos²⁹⁸.

O Partido acrescenta uma série de dados, pesquisas e decisões anteriores do STF em que foi reconhecida a situação calamitosa dos presídios brasileiros, todas indicando para a constante violação dos direitos fundamentais daqueles que foram condenados a penas privativas de liberdade no Brasil. De forma a sumarizar a situação inconstitucional que se afigura, o Partido lista os dispositivos constitucionais que o sistema prisional brasileiro francamente violaria

Este cenário é francamente incompatível com a Constituição de 88. Afinal, nossa Lei Fundamental consagra o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), veda as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e prevê a presunção de inocência (art. 5º, LVII). Estes e

²⁹⁸ Petição inicial ADPF Nº 347, p. 2.



inúmeros outros direitos fundamentais – como saúde, educação, Alimentação adequada e acesso à justiça – são gravemente afrontados pela vexaminosa realidade dos nossos cárceres. O quadro é também flagrantemente incompatível com diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ofendendo, ainda, a Lei de Execução Penal²⁹⁹.

Tendo em vista, portanto, a existência de normas jurídicas constitucionais que asseguram os direitos humanos dos presos brasileiros e a ausência de vontade política do Estado Brasileiro de transpor do papel para a realidade a promessa constitucional da dignidade humana do preso, o Partido sustenta ser necessário que o STF reconheça o Estado de Coisas Inconstitucional e intervenha na situação para sanar o problema. O partido frisa, neste cenário, o fato de que os presos não votam e constituem um grupo particularmente impopular na sociedade brasileira, o que desestimula a busca de soluções pelo sistema político e pela burocracia estatal. Para evitar a submissão dos direitos desse grupo minoritário aos juízos discricionários, às preferências ideológicas e cálculos de conveniência dos governantes, o Partido defende a intervenção da jurisdição constitucional brasileira.

O Partido destaca que a jurisdição constitucional deve enfrentar afrontas à Constituição “decorrentes de atos e omissões dos poderes públicos, especialmente quando se constate que estão em jogo os direitos mais básicos de uma minoria estigmatizada. É nestas hipóteses, de proteção à dignidade de grupos vulneráveis, que o exercício do papel contramajoritário do STF mais se legitima”³⁰⁰. O Partido baliza sua percepção em outras experiências do Direito Constitucional Comparado nas quais a jurisdição constitucional teve que atuar diante de graves falhas estruturais nas políticas públicas voltadas à proteção de direitos fundamentais. Entre os exemplos, destaca os Estados Unidos, a África do Sul, a Índia e, em especial, a Colômbia, país cuja Corte Constitucional construiu o Estado de Coisas Inconstitucional, como já apresentado.

É destacado na petição que

a Corte Colombiana se vale desta categoria quando reconhece a presença de uma violação maciça de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, cujo equacionamento dependa de um conjunto complexo e coordenado de medidas a serem adotados por diversas entidades. Nestas hipóteses, a Corte pode inclusive reter a sua jurisdição para monitorar, em procedimento público, o cumprimento das medidas que estabelecer³⁰¹.

Partindo do exemplo da Corte Constitucional colombiana, o Partido propõe que o STF reconheça e declare o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro para, então, impor a adoção de medidas voltadas à

²⁹⁹ Petição inicial ADPF N° 347, p. 5.

³⁰⁰ Petição inicial ADPF N° 347, p. 7.

³⁰¹ Petição inicial ADPF N° 347, p. 7.



promoção da melhoria das condições carcerárias do país e à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia. Em outras palavras, reconhecendo a presença de uma violação maciça de direitos fundamentais cujo equacionamento dependia de um conjunto complexo e coordenado de medidas a serem adotados por diversas entidades, o Partido sugeriu que o STF adotasse o mesmo caminho que a Corte Constitucional colombiana adotou quando enfrentou problemas de magnitude semelhante: o Estado de Coisas Inconstitucional.

O Partido define o Estado de Coisas Inconstitucionais como uma fecunda técnica decisória “voltada ao enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências de diversas autoridade e poderes estatais”³⁰². O Partido destaca que a técnica do Estado de Coisas Inconstitucional

permite à Corte Constitucional impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais, e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação. Considerando que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas³⁰³.

Além disso, o Partido defende que a medida excepcional se justifica pois estão presente as condições destacadas pela Corte Constitucional da Colômbia, isto é, estava-se diante de (I) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (II) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (III) a superação das violações de direitos pressupunha a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (IV) havia potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

O Partido reconhece as objeções que existem à atuação jurisdicional no caso do Estados de Coisa Inconstitucional, em especial a democrática, já que juízes não eleitos passam a interferir em políticas públicas que, a priori, são e devem ser formuladas pelos Poderes Legislativo e Executivo; e, em segundo lugar, a objeção de que não seria eficiente, pois os magistrados não possuiriam

³⁰² Petição inicial ADPF N° 347, p. 8.

³⁰³ Petição inicial ADPF N° 347, p. 8.



capacidade institucional necessária para resolver estes complexos problemas estruturais (policêntricos, na nomenclatura de Fuller). Como destacado, o objeto central da controvérsia no que se refere ao Estado de Coisas Inconstitucionais reside na discussão acerca da capacidade institucional das Cortes para lidar com problemas policêntricos e que demandam a implementação de políticas públicas.

Como sublinhou o partido na petição,

pode-se indagar se o Poder Judiciário tem condições de promover efetivos avanços na matéria, haja vista o seu déficit de expertise em temas multidisciplinares subjacentes às políticas públicas. E o equacionamento da questão prisional no Brasil pressupõe, de fato, a adoção de medidas complexas de diversos órgãos, que envolvem conhecimentos extrajurídicos que os juízes em regra não possuem. Diante disso, pode-se questionar se não seria preferível manter as políticas públicas prisionais sob a alçada exclusiva dos poderes Executivo e Legislativo, afastando a intervenção jurisdicional³⁰⁴.

Nada obstante a objeção, destaca o Partido que a lesão a direitos é inafastável da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) e que quando há um Estado de Coisas Inconstitucional, não se discute em abstrato a aptidão das diferentes instituições para realizar políticas públicas, mas diante da falência total das políticas públicas adotados, percebe-se que sem a intervenção da Corte Constitucional a violação massiva de direitos persistiria ou poderia inclusive se intensificar. Por fim, defende o Partido que são necessárias técnicas decisórias mais flexíveis, baseadas no diálogo e cooperação entre os diversos poderes estatais, para que seja possível sanar os problemas.

Superado os pontos preliminares, defende o PSOL que são necessárias despesas voltadas à criação de novas vagas prisionais, à melhoria das condições dos estabelecimentos existentes e dos serviços prestados atinentes aos direitos fundamentais dos presos, sobretudo para assegurar o mínimo existencial deles. Para o Partido, o que mais se destaca no caso é o abismo existente entre a norma e a realidade. De forma a arrematar a exposição do problema antes de apontar as medidas necessárias para superação da conjuntura inconstitucional estabelecida, o Partido lista, em 12 pontos, quais são as particularidades do problema.

De acordo com a petição, são problemas centrais que configuram o Estado de Coisas Inconstitucional e precisam serem enfrentados pelo STF: 1) a superlotação; 2) a situação dos presos provisórios; 3) a violação do direito de acesso à justiça dos presos; 4) as deficiências de infraestrutura, organização e pessoal dos presídios; 5) a falta de assistência material ao preso; 6) a falta de assistência à saúde do preso; 7) a falta de programas de incentivo e que assegurem a educação dos presos; 8) a violação do direito ao trabalho do preso; 9) a existência de tortura, sanções ilegítimas e uso da força no sistema prisional; 10) a situação degradante das mulheres encarceradas; 11) a situação de risco e estigma da população prisional LGBT; 12) o uso inadequado do Fundo Penitenciário Nacional. Diante do cenário, o Partido destaca que mudar é possível, explicando as medidas que acredita necessárias e que devem ser

³⁰⁴ Petição inicial ADPF Nº 347, p. 21.



impostas, pelo STF aos poderes públicos, para que o Estado de Coisas Inconstitucional seja superado.

2.3.2. Medidas necessárias para superação da conjuntura inconstitucional estabelecida

O Partido elenca 5 eixos centrais de medidas necessárias para superação da conjuntura inconstitucional estabelecida. Em primeiro lugar, destaca ser necessário a elaboração e implementação de planos pela União e Estados, sob monitoramento judicial. O Partido propõe que

considerando tanto déficit de expertise do Poder Judiciário para formulação de políticas públicas, como o próprio princípio democrático, convém atribuir primariamente aos governos da União Federal, do Distrito Federal e dos Estados a incumbência de elaborar cada um o seu plano, visando ao enfrentamento do problema prisional ora vivenciado. Tais planos devem estabelecer medidas objetivas, prever metas e prazos para a sua implementação, bem como reservar os recursos necessários para tanto, de modo a buscar o equacionamento de questões como a superlotação dos estabelecimentos prisionais, a precariedade das suas instalações, a carência e falta de treinamento adequado de pessoal nos presídios, o excesso do número de presos provisórios, a prática sistemática de violência contra os detentos, a falta de assistência material, de acesso à justiça, à saúde, à educação e ao trabalho dos presos, bem como as discriminações diretas e indiretas praticadas contra mulheres, minorias sexuais e outros grupos vulneráveis nas prisões.

160. É importante que esses planos, depois de discutidos no âmbito do processo constitucional, sejam submetidos à aprovação da Corte, de forma a vincular quem os formulou. Caso os planos não sejam apresentados, ou os seus termos sejam considerados inadequados ou insuficientes, caberá ao STF, evidentemente, impor as medidas substitutivas ou adicionais que considerar apropriadas para a superação do estado de coisas inconstitucional.

161. Aprovados os planos, não deve se encerrar aí a jurisdição do STF. Pelo contrário, é fundamental que ocorra, em seguida, o monitoramento da sua implementação, como se deu no caso dos desplazados, julgado pela Corte Constitucional colombiana, a fim de assegurar a efetividade das soluções propostas³⁰⁵.

Em suma, propõe que seja adotada uma técnica decisória mais flexível, baseada no diálogo e cooperação entre poderes. Em sequência, propõe mudanças relacionadas à audiência de custódia, sobretudo a imposição da realização de audiências de custódia a todo o Poder Judiciário brasileiro. Destaca-se que a medida já estava prevista na legislação brasileira e, via de regra, não dependia da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional para ser implementada. Em terceiro lugar, propõe a consideração do Estado de Coisas Inconstitucional na

³⁰⁵ Petição inicial ADPF Nº 347, pp. 53 – 54.



decisão sobre a prisão provisória, reiterando igualmente a necessidade de fundamentação das decisões que não aplicam medidas cautelares diversas da prisão. O partido pontua que a prisão provisória só deve ser admitida em hipóteses extremas nas quais a prisão de mostre indispensável e assegure benefícios à sociedade que se sobreponham as seríssimas restrições aos direitos do preso que ela enseja.

Além disso, defende, como quarto eixo, que o Estado de Coisas Inconstitucional seja levado em consideração na aplicação e execução da pena. Assim, sabendo da situação atual do sistema prisional brasileiro, deveriam os juízes dar preferência absoluta às sanções alternativas à prisão. Sugere inclusive a ideia de considerar as condições degradantes do cumprimento da pena para que o juiz possa reduzir a pena em fase de execução, justificando que a consideração da realidade prisional na aplicação e execução da pena se ajusta à teleologia da sanção penal, uma vez que a pena não pode ser vista apenas como castigo voltado a infligir sofrimento em quem cometeu um ilícito criminal. Em síntese, o Partido requer a concessão de medida cautelar para que o Supremo Tribunal Federal:

- a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.
- b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.
- c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.
- d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.
- e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.
- f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as



condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.

h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro³⁰⁶.

Já no que se refere ao pedido definitivo, o Arguente pede que seja julgada procedente a ADPF de modo a:

a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima.

c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos. (...)

d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas.

e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários

³⁰⁶ Petição inicial ADPF Nº 347, pp. 70 – 71.



para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas.

g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF.

h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro³⁰⁷.

É notável que os pedidos implicam ampla ingerência do Poder Judiciário na formulação, acompanhamento e avaliação de políticas públicas, sendo relevante o papel de liderança que o Supremo Tribunal Federal teria que assumir na tomada de decisão e direcionamento da ação conjunta dos Poderes e órgãos do Estado no saneamento das violações massivas de direitos.

2.4. Decisão da Corte

O Supremo Tribunal Federal decidiu de maneira positiva, considerando que era cabível a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental diante da situação degradante das penitenciárias no Brasil. Como constou na ementa:

CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA - VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - FALHAS ESTRUTURAIS - ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema

³⁰⁷ Petição inicial ADPF Nº 347, pp. 72 - 74.



penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”³⁰⁸.

Os pedidos de medida cautelar formulados na inicial foram parcialmente deferidos. Foi deferida a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Em relação à alínea “h”, foi deferida cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Por fim, foi deferida a proposta do Ministro Roberto Barroso de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, destacou que o aspecto principal da ADPF versava sobre o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, resultante de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, considerado o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país. Reconheceu que a ação implicava que o STF determinasse aos demais poderes a adoção de providências, de conteúdo e natureza diversos, para afastar lesões de preceitos fundamentais. Nada obstante, sublinhou que o tema das condições inconstitucionais dos presídios brasileiros estava na ordem do dia do Tribunal e a inação dos Poderes Políticos justificava a imissão do Judiciário na seara. Em suma, destacou que

trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar³⁰⁹.

Delimitada a situação que visava, o Ministro destacou que existiam violações sistemáticas de direitos fundamentais dos presos decorrentes do quadro revelado no sistema carcerário brasileiro, destacando os dados que constam na manifestação do PSOL e sobretudo a existência de celas superlotadas que ocasionavam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes e, por fim, degradação da pessoa humana. Reconheceu, então, a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro, sistema no qual ocorria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. Para o Ministro, a responsabilidade pelo estágio em que se

³⁰⁸ ADPF-MC N° 347, p. 3.

³⁰⁹ ADPF-MC N° 347, p. 21.



encontrava o sistema não poderia ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) da União, dos Estados e do Distrito Federal. Para o Ministro,

Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo³¹⁰.

Haveria, portanto, um defeito generalizado e estrutural de políticas públicas e nada estaria sendo feito pelos Poderes Executivo e Legislativo para transformar o quadro, isto é, apesar de constatadas as inconstitucionalidades, nenhum esforço ou proposta para modificar a realidade tinha sido feita. Em suma, “os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo”³¹¹. A ampla deficiência nas ações estatais estaria configuraria uma “falha estatal estrutural”, com políticas públicas incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidade. Concluiu que havia um mal funcionamento estrutural e histórico como fator da violação de direitos fundamentais. Assim, a solução para ganhar efetividade deveria ser portadora de mesma extensão que o problema, envolvendo a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

O Ministro Marco Aurélio qualifica o problema como um “litígio estrutural”,

no qual são necessárias outras políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas.

A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. A eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas (Judiciário). A solução requer ações orquestradas, a passagem do concerto (com C) institucional para o conserto (com S) do quadro inconstitucional³¹².

³¹⁰ ADPF-MC N° 347, p. 26.

³¹¹ ADPF-MC N° 347, p. 27.

³¹² ADPF-MC N° 347, p. 29.



Tendo reconhecido a situação e a necessidade de ação, o Ministro passou a analisar o papel que o STF deveria desempenhar para viabilizar o novo arranjo, mencionando o Estado de Coisas Inconstitucional e os elementos identificados pela Corte colombiana para permitir a atuação dos Tribunais nestes casos (os três pressupostos principais seriam, como destacado: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades – Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia no SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004).

Para o Ministro, as maiores dificuldades do tema se encontrariam justamente na intersecção entre o controle de constitucionalidade e a formulação de políticas públicas. Apesar desta ressalva, concluiu o Ministro de maneira positiva em relação à possibilidade de intervenção do Judiciário:

Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes.

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal³¹³.

Para o Ministro Relator, apenas o Supremo seria capaz de superar os bloqueios políticos e institucionais que estavam impedindo o avanço de soluções, defendendo que caberia ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Para o Ministro, o princípio democrático não levaria à abstenção do Judiciário pois a obstrução dos canais políticos e o somatório de inércias injustificadas teria como resposta apenas esta atuação do Tribunal. Destaca o Ministro que “a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático”³¹⁴.

Destacou que, no caso dos presos, os bloqueios ou desacordos políticos seriam potencializados pela sub-representação parlamentar (decorrente do impedimento dos condenados criminalmente votarem e serem votados) e pela impopularidade dos presos (que são uma minoria desprezada). Em razão destas

³¹³ ADPF-MC N° 347, p. 31.

³¹⁴ ADPF-MC N° 347, p. 32.



questões, os políticos não reivindicariam melhores condições para os presos, sobretudo em razão da pressão que a opinião pública exerce na estrutura democrático parlamentar. Estes bloqueios políticos apenas poderiam ser superados pela intervenção judicial, pois a rejeição popular faria com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrentasse um “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*), uma questão que o debate parlamentar não alcança pois os eleitos temem pelos custos políticos de enfrentar essa questão. Os agentes políticos, nestes casos moralmente controvertidos e impopulares, evitariam o choque com a opinião pública.

De acordo com o Ministro Marco Aurélio, “os poderes majoritários apostam no perfil contramajoritário das cortes constitucionais ou supremas: condenadas judicialmente a atuar, autoridades públicas se escudam no Estado de Direito e no consectário dever de observar ordens judiciais para implementar aquilo que teriam feito voluntariamente se não temessem custos políticos”³¹⁵. O Ministro pondera que não despreza a opinião pública, vez que as próprias decisões do Judiciário precisam da confiança popular para gozarem de legitimidade. Essa atenção, entretanto, não pode implicar desprezo às regras e princípios da Constituição Federal. Destaca, neste ponto, o insulamento político e social suficiente dos Ministros do STF para diferenciar anseios sociais legítimos da influência opressiva da opinião pública contra princípios e direitos fundamentais da ordem constitucional.

Diante disso, concluiu o Ministro que “a atitude certa é a de buscar soluções para a tragédia diária dos cárceres brasileiros, pouco importando a opinião majoritariamente contrária. (...) 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”³¹⁶. Ao questionamento relacionado à separação de poderes e à capacidade institucional superior do Legislativo, destaca o Ministro que as falhas estruturais e o vazio de políticas públicas eficientes demonstra incapacidade das instituições legislativas e administrativa e necessária intervenção judicial equilibrada. Pontua que o STF não irá substituir os outros poderes em suas tarefas próprias, pois o Tribunal se limitará a superar os bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções do problema. Na visão do Ministro, o STF

Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções.

Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal

³¹⁵ ADFP-MC N° 347, p. 34.

³¹⁶ ADFP-MC N° 347, p. 35.



permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. Como destaca a doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um “elaborador” de políticas públicas, e sim um “coordenador institucional”, produzindo um “efeito desbloqueador.”

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 cooperativo³¹⁷.

Em sequência, o Ministro Edson Fachin destacou concordar com o relator, divergindo apenas em relação a alguns dos pedidos. O Ministro enfatizou a grande quantidade de questões que são levadas ao STF e atestou uma dupla carência: “de um lado, da gestão pública em concretizar as promessas de 1988, sem aliar ao poder o seu respectivo dever, seus instrumentos reais e efetivos para concretizar realmente o País como sociedade livre, justa e digna; de outro lado, da arena do Parlamento, que cedeu a uma cultura democrática de boas promessas legislativas”³¹⁸. O Ministro destacou o risco de se ver o STF como um constituinte permanente, mas descartou ser este o caso na ADPF analisada, pois reconheceu a ausência de espaço para criação e implementação de políticas públicas favoráveis aos direitos dos encarcerados no Legislativo ou no Executivo. Neste cenário, em que a política democrática majoritária não realiza por inteiro o seu papel de efetivação de direitos, reconheceu como legítima a provocação da atuação do Poder Judiciário como última trincheira de guarda destes direitos mais básicos à sobrevivência digna.

O Ministro reiterou os requisitos para constatação do Estado de Coisas Inconstitucional e o estado assombroso do sistema prisional brasileiro, que fere de morte as perspectivas de um Estado efetivador de direitos fundamentais. O

³¹⁷ ADPF-MC N° 347, pp. 36 - 37.

³¹⁸ ADPF-MC N° 347, p. 49.



Estado brasileiro estava descumprindo reiteradamente sua responsabilidade de efetivamente resguardar a plenitude da dignidade dos condenados sob sua tutela. Concluiu que se estava diante de mau funcionamento estrutural e histórico do Estado que gerava violação massiva de direitos, e, portanto, diante do Estado de Coisas Inconstitucional. Concedendo a cautelar, enfatizou o papel desempenhado pela decisão:

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 mérito³¹⁹.

Em sequência, o Ministro Luís Roberto Barroso iniciou seu voto tentando realizar um “diálogo com a sociedade”, destacando a função do Tribunal e tentando justificar a decisão que se desenhava, sobretudo enfatizando o papel do Tribunal na defesa dos Direitos Fundamentais. É possível perceber a tentativa do Ministro de justificar a legitimidade da decisão do STF, antecipando eventuais resistências da sociedade. O Ministro argumentou inclusive tentando demonstrar os benefícios da decisão para além da proteção da minoria, justificando que a manutenção do *status quo* levaria a um fenômeno retroalimentador de criminalidade e da violência que infligia toda a sociedade. Em outras palavras, apesar de enfatizar a importância da decisão em razão da proteção dos direitos da minoria, o Ministro incorporou justificativas que enfatizavam a importância da decisão para a própria maioria (para a totalidade da sociedade) com o objetivo de agregar maior tolerância popular à decisão. Trouxe, ainda, um enfático pedido para que a decisão do STF assumisse papel de diálogo com a sociedade para que ela participasse na determinação da interferência legítima no sistema prisional brasileiro.

De acordo com o Ministro, haveria um conjunto de ações e omissões notórias que faziam com que se tivesse um estado generalizado de inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema. Seria, portanto, um conjunto de ações e de inações que levaria ao Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro. Quanto à legitimidade do Poder Judiciário para atuar na matéria, destacou o Ministro que

³¹⁹ ADPF-MC Nº 347, p. 19.



é notório o fato de que os presos são uma minoria invisível, uma minoria não representada politicamente, uma minoria incapaz de vocalizar, em qualquer foro relevante, as suas demandas, as suas necessidades. Como consequência, são pessoas que têm seus direitos fundamentais mais elementares vulnerados. Portanto, a essência da legitimação da atuação da jurisdição constitucional no mundo é precisamente a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo, os direitos fundamentais da minoria³²⁰.

Acrescentou o Ministro, por fim, a importância de tratar do pedido definitivo de que o Governo elaborasse e encaminhasse ao STF, em no máximo 3 meses, um plano nacional visando à superação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de uma janela de tempo de três anos. Neste sentido, determinou que o Governo Federal encaminhasse um diagnóstico do sistema prisional brasileiro e as propostas de soluções que cogitava.

O Ministro seguinte, o Ministro Teori Zavascki, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional e a importância de que a decisão do STF pudesse ser efetivamente cumprida. De acordo com o Ministro, “é muito importante que a medida liminar não fique, assim como a própria decisão definitiva num caso como este, apenas no plano simbólico, ou no plano retórico, ou no plano acadêmico”³²¹. A Ministra Rosa Weber também constatou a existência do Estado de Coisas Inconstitucional pela violação massiva de direitos fundamentais em razão de ações e omissões dos poderes públicos. Já o Ministro Luiz Fux enfatizou um aspecto específico do papel contemporâneo que as Cortes Constitucionais vêm desempenhando:

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. E me recordo, por exemplo, que na Índia, na África do Sul, na Colômbia, enfim, em todos esses países, as cortes supremas, elas, digamos assim, determinam a prática de uma política pública e acompanham e coordenam essas práticas³²².

Destacou, ainda, que compreendia ser o dever do STF assumir que suas decisões precisam ter um efeito pedagógico. Enfatizou que, em muitos casos, políticas públicas que possuem um preço social muito alto não são enfrentadas pelos órgãos políticos e são empurradas para o STF, que não tem compromisso com um eleitorado. Defendeu que “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

³²⁰ ADPF-MC N° 347, p. 73.

³²¹ ADPF-MC N° 347, p. 79.

³²² ADPF-MC N° 347, p. 113.



provocado”³²³. A Ministra Carmen Lúcia, acompanhando o voto do Ministro Marco Aurélio, destacou que a situação revelava um caso em que “é preciso haver uma grande transformação. Não sei como isso se faz, sei apenas que não há milagre a ser feito nessa área – e eu não faço milagre, faço Direito”³²⁴, reconhecendo a limitação a que a efetividade da decisão enfrentaria.

O Ministro Gilmar Mendes também enfatizou o impasse desenhado e a existência de uma situação de fato absolutamente incompatível com a situação jurídica e desejada pelo texto constitucional. Acrescentou, em comparação com o caso *Brown vs. Board of Education*, que não bastava expedir orientações, mas seria necessário que se fizesse um acompanhamento, sob pena do esforço ser pouco significativo, em síntese, “a decisão do juiz é um estímulo. Mas ela precisa de uma atitude de cooperação dos demais órgãos envolvidos na superação do estado de inconstitucionalidade”³²⁵. Em relação ao pedido de que o STF determinasse a adoção de políticas públicas significativas para atender os ditames da Constituição, destacou novamente a coordenação, pelo Judiciário, do processo de dessegregação racial após o caso *Brown vs. Board of Education* e o caso de 2011 em que a Suprema Corte determinou que o Estado da Califórnia elaborasse plano de redução da superpopulação dos presídios no Estado. Para o Ministro, a imposição da adoção de políticas públicas não seria medida heterodoxa na nossa tradição constitucional.

Já o Ministro Celso de Mello enfatizou a legitimidade do controle jurisdicional de omissões inconstitucionais do Poder Público, destacando ser lícito a adoção, pelo STF, “de 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”³²⁶. Constatou, ainda, as inaceitáveis condições degradantes às quais os detentos brasileiros eram submetidos, declarando ser o 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 descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República”³²⁷.

Destacou o papel contramajoritário a ser desempenhado pelo STF e a importância de defesa dos direitos dos grupos minoritários frente a inação dos Poderes Políticos. Enfatizou, como os demais ministros, a legitimidade do controle jurisdicional das políticas públicas e o dever de coibir as violações negativas das garantias constitucionais. Em seguida, o Ministro Ricardo Lewandowski considerou a intervenção do STF legítima pois o “estado insuportável se tornou permanente, tendo em conta ações e omissões das autoridades públicas responsáveis pelo Sistema Penitenciário Brasileiro”³²⁸.

³²³ ADPF-MC N° 347, p. 117.

³²⁴ ADPF-MC N° 347, p. 126.

³²⁵ ADPF-MC N° 347, p. 134.

³²⁶ ADPF-MC N° 347, p. 151.

³²⁷ ADPF-MC N° 347, p. 159.

³²⁸ ADPF-MC N° 347, p. 179.



Assim, o Tribunal chegou a decisão positiva no sentido de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, enfatizando, sobretudo, a importância da atuação do Judiciário na seara e a relevância da execução e acompanhamento em uma decisão que implicava o dever de implementação de políticas públicas.

2.4.1. Repercussões e desfechos da decisão e das medidas adotadas

O julgamento da cautelar em 2015, no entanto, não alcançou a efetividade almejada³²⁹, defendendo parte da doutrina que este não gerou nenhuma melhoria na situação³³⁰. Mesmo com o decurso de quase 1 década desde o julgamento da cautelar e, apesar da atenção inicial dada ao caso, houve um agravamento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, o que demonstra que a decisão de fato não produziu todos os efeitos esperados e desejados³³¹. Antes de analisar os efeitos do julgamento da medida cautelar de 2015, cumpre informar que o Supremo Tribunal Federal julgou definitivamente a questão apenas em 19/12/2023, tendo sido apostos embargos de declaração à decisão em 22/02/2024. A decisão definitiva não apresentou grandes mudanças em relação ao que já estava estabelecido na decisão da medida cautelar. Além disso, sendo uma decisão extremamente recente, a decisão definitiva ainda não permite análise em perspectiva de seus impactos, razão pela qual a análise neste trabalho se restringirá aos efeitos e a avaliação do impacto da decisão cautelar de 2015. Nada obstante, constata-se desde logo que o lapso temporal de 9 anos entre a cautelar e a decisão definitiva, com manutenção da problemática e agravamento da situação, demonstra o alcance limitado da decisão de 2015.

Em abordagem crítica sobre o alcance da decisão, Rebecca Groterhorst destaca que:

Apesar de vasta argumentação no sentido de que as autoridades públicas deveriam ser coordenadas para o alcance de metas e superação do ECI, a Suprema Corte brasileira não estabeleceu as principais linhas de procedimentos e fins amplos na parte resolutiva de sua decisão. Por fim, apesar do STF ter decidido conservar sua jurisdição para supervisão do seguimento, não estimulou o debate sobre alternativas para solucionar o problema estrutural identificado na sentença, qual seja, a falência do sistema carcerário brasileiro. [...]

Portanto, pode-se caracterizar a decisão do STF como uma decisão que contém direitos fortes, medidas judiciais moderadas e seguimento moderado a fraco (ou até mesmo nulo). A Corte não tem promovido

³²⁹ GROTERHORST, Rebecca. *Papel das Cortes Constitucionais na América Latina. Reflexões sobre impacto e implementação de decisões transformadoras*. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020, p. 135.

³³⁰ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADFP 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, v. 15, pp. 1 – 37, 2019, p. 17.

³³¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Op. cit.*, p. 340.



nenhum debate entre os interessados e nem mesmo um diálogo interinstitucional que permita avaliar o progresso da questão³³².

Sob essa perspectiva, a autora sustenta que, apesar da aparência inicial e proposta de que o STF atuasse como um verdadeiro coordenador institucional junto aos demais poderes com o intuito de proporcionar a superação do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, a participação do STF no processo foi muito mais passiva do que se esperava. Por conta desse comportamento totalmente passivo dentro do processo, “sem verdadeiramente coordenar e engajar as instituições estatais envolvidas na causa, e nem mesmo encorajar a participação da sociedade civil para o dinamismo do processo e diálogo em relação às alternativas para superação do ECI”³³³, a decisão teve seus efeitos amplamente limitados.

Em relação às audiências de custódia, em conformidade com a decisão em sede cautelar, o CNJ editou, em 15 de dezembro de 2015, três meses após a decisão do STF, a Resolução nº 213/2015, em que regulou as audiências de custódia em todo o país e concedeu prazo de 90 dias para que estas fossem implementadas em todas as jurisdições do país. O CNJ também criou ferramenta informatizada para monitoramento dos resultados e o IDDD (Instituto de Direito de Defesa), organização da sociedade civil que ficou realizou o levantamento e análise de dados para avaliação do projeto, já realizou dois relatórios, nos quais identificou melhora na qualidade das decisões judiciais, mas sem reflexos relevantes no desencarceramento e efetividade da justiça³³⁴.

Em relação à liberação de verbas do FUNPEN, consta no histórico processual que passados mais de 3 meses do acordão da medida cautelar, não havia ocorrido ainda a liberação de verbas, o que levou alguns Estados da Federação a se manifestarem novamente nos autos. Rebecca Groterhorst destaca que o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou, em 2019, uma auditoria para avaliar a regularidade e o desempenho dos repasses obrigatórios do FUNPEN aos Estados e ao Distrito Federal, constatando que os repasses obrigatórios aos Estados eram ineficientes, a partir da análise do baixo volume de execução das despesas³³⁵. O TCU afirmou ainda que “os repasses anuais obrigatórios do Funpen vêm apresentando considerável redução de valor, iniciando com um patamar de R\$ 1,21 bilhão em 2016 e passando a R\$ 590,6 milhões em 2017 e R\$ 63,1 milhões em 2018, estimando-se que equivalerão a aproximadamente R\$ 17,94 milhões a partir de 2020”³³⁶. O repasse limitado de recursos acarretou a frustração de métricas estabelecidas, como por exemplo a construção de novos presídios, já que “havia expectativa de conclusão de apenas cinco obras custeadas com recursos repassados em 2016 e 2017, enquanto que a previsão inicial era de

³³² GROTERHORST, Rebecca. *Op. cit.*, pp. 134 – 135.

³³³ *Ibidem*, p. 135.

³³⁴ SILVA, Vivian Peres da; CARVALHO, Carlos Eduardo Rahal R. de.; HILDEBRAND OI, Amanda. *Relatório Nacional O Fim da Liberdade. A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia*. São Paulo: Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2019.

³³⁵ GROTERHORST, Rebecca. *Op. cit.*, p. 140.

³³⁶ Relatório do Acordão 1.542/2019 do TCU, p. 15.



cinquenta e cinco empreendimentos”³³⁷. Além disso, existem denúncias de que o descontingenciamento do FUNPEN continuou ocorrendo, apesar de sua proibição por lei, em mais um ponto crítico à ausência de mecanismos de supervisão do cumprimento da decisão pelo STF³³⁸.

Outro ponto criticado na postura do STF refere-se a sua inação diante do descumprimento de certas ordens pelos Estados da Federação. Assim, por exemplo, em relação ao encaminhamento de informações sobre o sistema penitenciário, alguns estados enviaram informações genéricas, outros apenas informaram o descumprimento no repasse de verbas do FUNPEN e alguns poucos enviaram um diagnóstico completo do sistema prisional, sem que o Supremo reagisse diante da inércia de alguns Estados ou da incompletude das informações fornecidas por outros³³⁹. Assim, a principal crítica à atuação do STF foi no sentido de que, apesar dos instrumentos para preservar a competência ou garantir a autoridade de suas decisões³⁴⁰ e do fato de ter preservado a jurisdição, “as ordens solicitadas através da cautelar não contaram com um seguimento rigoroso por parte do STF, que se comporta de maneira totalmente indiferente quanto ao descumprimento de suas ordens no processo de seguimento”³⁴¹.

Sob essa perspectiva, somaram-se outras críticas direcionadas à própria crença de que o Supremo Tribunal Federal seria capaz de efetivar a decisão. Neste sentido, afirmou-se na literatura que as Cortes Constitucionais não seriam aptas a lidar com problemas de omissões fáticos-substanciais, “fonte material dos litígios estruturais e do estado de coisas inconstitucional, pois a técnica de decisão hábil a solucioná-los pressupõe a imposição de obrigações de fazer e de não fazer estranhas, em princípio, à conformação do controle abstrato nacional, além de uma jurisdição supervisora durante a execução das decisões provisórias e da tutela de mérito”³⁴². Seria dessa incapacidade que decorreriam a ausência de efeitos notáveis na política pública voltada à garantia de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, razão pela qual a questão da superlotação carcerária e o Estado de Coisas Inconstitucionais nos presídios continuaria vigente, sem visualização de uma resposta clara ou propositura de novos caminhos para contornar o problema.

Em conclusão diante da análise das repercussões do julgamento, Rebecca Groterhorst defende³⁴³ que a produção de resultados insatisfatórios e a persistência do Estado de Coisas Inconstitucional estariam relacionados em especial à ausência de diálogo institucional e interinstitucional na busca de uma solução para questão. Assim, a própria natureza da decisão em cautelar, monológica, do tipo comando e controle, seria equivocada, o que teria sido

³³⁷ Relatório do Acórdão 1.542/2019 do TCU, p. 56.

³³⁸ GROTERHORST, Rebecca. *Op. cit.*, p. 143.

³³⁹ *Ibidem*, p. 144.

³⁴⁰ MONTERROZA, Vanessa; LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. Estado de coisas inconstitucionais: estudo comparativo dos ordenamentos jurídicos do Brasil e da Colômbia e análise de sua aplicação frente ao princípio de separação de poderes. *Revista del Observatorio de Derechos Humanos*, Rostros y Rastros, n. 16, p. 67-93, jan. - jun. 2016, p. 76.

³⁴¹ GROTERHORST, Rebecca. *Op. cit.*, p. 149.

³⁴² SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 59.

³⁴³ GROTERHORST, Rebecca. *Op. cit.*, pp. 155 - 157.



agravado pela preservação da jurisdição e seguimento sem regras claras, o que constitui, na visão da autora, um monitoramento débil. Sob essa perspectiva, o fato de a decisão não ter logrado superar de forma substancial a inércia estatal na busca de uma solução para a crise do sistema penitenciário estaria atrelado especialmente a ausência de diálogo entre os três poderes, que permaneceram atuando de maneira autônoma e, muitas vezes, conflitante.



3. LIMITES E POTENCIALIDADES: A INSERÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NO CONTEXTO DE ELABORAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Na Parte I deste trabalho, foi realizada uma revisão teórica dos posicionamentos mais relevantes a respeito da intervenção das Cortes Constitucionais na implementação de políticas sociais, bem como se explicou a inserção do Estado de Coisas Inconstitucional como uma nova modalidade de litigância estrutural, com aspectos semelhantes aos casos em que se originou a discussão do fenômeno do *public law litigation*. Diante deste panorama, a Parte II do trabalho se debruçou sobre a análise de casos em que a Corte Constitucional da Colômbia e o Supremo Tribunal Federal brasileiro constataram a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, com a posterior avaliação das repercussões e desfechos da decisão e das medidas adotadas. Frente ao arcabouço teórico e empírico estabelecido, a Parte III deste trabalho tem por objetivo extrair conclusões relacionadas aos limites e potencialidades da atuação das Cortes Constitucionais no contexto da elaboração e acompanhamento de políticas públicas para superação de situações violadoras das garantias e direitos constitucionais.

Com esta finalidade e com objetivos de apresentar com clareza as conclusões que considero serem passíveis de extração do cotejo entre o arcabouço teórico da Parte I e a análise dos casos da Parte II, a Parte III é dividida em três capítulos: primeiro, enfatizo os benefícios potenciais da atuação das Cortes, apresentando os aspectos em que considero que há espaço para que as Cortes de fato contribuam com a elaboração de políticas públicas no contexto da litigância estrutural (capítulo 8). Em seguida, será realizado um contraponto, destacando-se onde se encontram os limites mais evidentes à atuação das Cortes (capítulo 9). Veja-se, não se trata, como realizado na Parte I deste trabalho, de contrapor duas visões diversas acerca da atuação das Cortes, mas, pelo contrário, de sustentar, com embasamento teórico e empírico desenvolvido nos capítulos anteriores desta tese, quais seriam as aptidões das Cortes e os limites para sua contribuição. Por fim, apresento aquela que se assemelha, a meu ver, como a melhor alternativa para o enquadramento da litigância estrutural de forma a respeitar a Separação de Poderes e as capacidades institucionais dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, qual seja, o diálogo interinstitucional.

3.1. Benefícios potenciais da atuação das Cortes

Como destaca Colin Diver, nos casos da litigância estrutural, e de forma muito evidente nos casos específicos de aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional, o juiz usa sua posição central no processo para exercer



influência além das fronteiras imediatas do caso colocado diante dele, aferindo e pesando o impacto de resultados atingidos em seu gabinete sobre a distribuição e influência no mundo exterior. O juiz assume o papel, em essência, de um gerenciador de poder político³⁴⁴. Neste sentido e concordando com a posição de Diver de que a função judicial neste tipo de caso seria a função de intermediação do poder político, funcionando o juiz como um *political powerbroker*³⁴⁵, defendendo que os principais benefícios que as Cortes podem aportar quando interferem para solução de problemas policêntricos, cuja superação depende da implementação de políticas públicas, estão relacionados ao destaque ao problema a partir do poder simbólico das decisões judiciais (capítulo 8.1), à superação de bloqueios institucionais e à inserção de interesses excluídos do debate na arena política (capítulo 8.2) e à articulação dos Poderes a partir do processo judicial (capítulo 8.3).

Essas três características estão fortemente relacionadas e não dependem de uma intervenção particularmente ampla e enfática das Cortes, podendo ser constatadas também em decisões que optaram pela adoção de remédios fracos, com atribuição de ampla margem de conformação aos Poderes Políticos. Assim, tem-se que a decisão judicial que versa sobre problemas policêntricos cuja superação depende da implementação de políticas públicas será de especial importância diante de sua capacidade de chamar a atenção para o problema, ampliando seu espaço na mídia e nos debates políticos. Essa intervenção terá ainda mais importância quando se constatar que o problema decorre ou sofre com bloqueios institucionais ou exclusão de interesses do debate político. Nestes casos, o poder simbólico das decisões judiciais e o aumento da atenção ao problema, ou, ainda, a imposição, pelas Cortes, de que os demais Poderes se manifestem sobre o assunto, demonstram a aptidão das Cortes para superar o bloqueio ou dar voz aos interesses antes silenciados. Por fim, outra relevante contribuição que as Cortes podem realizar ao enfrentar problemas desta espécie é na articulação dos demais Poderes, que, como se verá no capítulo 10, pode e deve ser potencializada, através do diálogo interinstitucional que pode ser iniciado com a decisão judicial.

3.1.1. O destaque ao problema a partir do poder simbólico das decisões judiciais

A existência de um problema policêntrico cuja superação demanda a implementação de políticas públicas revela, antes de mais nada, a existência de um problema complexo³⁴⁶. A complexidade decorre justamente das particularidades do problema por trás da demanda³⁴⁷ e da natureza das

³⁴⁴ DIVER, Colin S. The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. *Virginia Law Review*, Feb., 1979, Vol. 65, No. 1 (Feb., 1979), pp. 43-106, p. 43.

³⁴⁵ *Ibidem*, pp. 43-106.

³⁴⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2011, p. 59.

³⁴⁷ TUSSEAU, Guillaume. *Contentieux Constitutionnel Comparé – Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*. LGDJ, 2021, p. 839.



providências necessárias para superação da problemática (políticas públicas)³⁴⁸. Sob essa perspectiva, a compreensão exata da extensão do problema e de suas particularidades, além da quantidade de atenção dedicada a ele, são essenciais para que se possa, de fato, cogitar a criação de alternativas para superação da problemática. E a decisão judicial, como destacam os autores analisados e foi passível de visualização nos três casos analisados, cumpre importante papel ao colocar em evidência a necessidade de se abordar um problema que gera uma situação violadora das garantias constitucionais. Nesse sentido, Marcos Paulo Veríssimo destaca que o ajuizamento de uma ação judicial questionando uma política pública por si só gera impactos relevantes no que se refere à visibilidade do problema e sua abordagem pelos demais poderes:

Não é incomum que o simples fato de ser ajuizada uma ação judicial questionando uma dada política pública provoque, independentemente do resultado final da ação, efeitos importantes nas dinâmicas relacionadas a essa mesma política. Ou seja: ação judicial atrai atenção para as decisões coletivas, obriga os órgãos públicos a explicarem suas razões em termos de princípios aceitáveis de persecução do bem comum, projetam para a arena pública interesses que, de outra forma, teriam imensa dificuldade em articular-se no plano da representação política formal. Além de amplificar a voz desses interesses a um *custo relativamente baixo* (significativamente mais baixo que a atuação política via *lobby* legislativo ou governamental, por exemplo), a judicialização dos temas políticos *obriga* o poder público a dialogar com interesses que poderiam estar, em princípio, excluídos, pois a submissão de razões ao órgão judiciário é obrigatória e não facultativa. Questões de política pública que se projetam para a arena judicial conhecem, ademais, uma exposição na mídia presumivelmente superior em relação àquelas que não se judicializam, amplificando-se, dessa sorte, o aspecto de *prestação de contas*³⁴⁹.

Neste sentido, as decisões judiciais e, algumas vezes, a mera submissão de uma pretensão ao Poder Judiciário, possuem o poder simbólico de agregar importância e visibilidade ao assunto objeto da lide³⁵⁰. Neste sentido, a situação inconstitucional constatada em julgados que versem sobre um Estado de Coisas Inconstitucional passa a ser objeto de maior atenção desde o momento em que uma demanda a qualifica. E a atenção, seja dos demais Poderes Políticos, da mídia ou da sociedade civil em geral, tende a aumentar caso seja declarada a presença de um Estado de Coisas Inconstitucional e com a posterior fase de implementação da decisão. Além da vertente usual do problema vir a ser resolvido através de imposições da Corte ou da construção dialógica de planos de ação alternativos, a “visibilidade” do processo judicial ainda pode criar oportunidades para realização de movimentos estratégicos no cenário político³⁵¹,

³⁴⁸ NUNES, Leonardo Silva. A certificação nos processos coletivos. In: REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Coletivização e unidade do Direito*. Londrina: Thoth, vol. I, pp. 323 – 348, p. 328.

³⁴⁹ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, pp. 224 – 225 (grifos no original).

³⁵⁰ DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 197.

³⁵¹ DIVER, Colin S. *Op. cit.*, p. 65.



havendo a possibilidade de que a situação seja resolvida nas arenas normais da política após o impulso inicial proveniente da atuação judicial.

Ao descrever a posição favorável à atuação das Cortes para formulação de políticas públicas sociais, Gerard Rosenberg descreve que, “na visão da Corte Dinâmica, as Cortes têm efeitos indiretos importantes, educando os americanos e aumentando sua compreensão de seu dever constitucional”³⁵². Este impacto positivo da decisão judicial sobre problemas policêntricos também foi passível de verificação na análise de casos, sobretudo na análise realizada por Garavito e Franco sobre os impactos da decisão da Corte Constitucional colombiana sobre os deslocados em razão dos conflitos armados na Colômbia³⁵³. Assim, um outro impacto simbólico da decisão judicial é de conferir maior legitimidade aos indivíduos vítimas da situação inconstitucional, sobretudo pela difusão na sociedade da percepção destes enquanto vítimas de violações injustificadas de direitos fundamentais. A Corte teve, no caso do deslocamento forçado, importante função educativa da população colombiana e aumentou a compreensão geral do dever constitucional do Estado e dos cidadãos de colaborarem com a superação da situação. O aumento da visibilidade da causa teria, assim, aptidão para acionar e despertar o engajamento e o apoio de outras forças sociais e políticas que, sem a decisão judicial, permaneceriam alheias ao problema³⁵⁴.

Deve-se fazer a ressalva de que igual fenômeno não foi observado com intensidade semelhante no caso dos presídios, seja no Brasil, seja na Colômbia. Como alguns trabalhos destacam³⁵⁵, o estigma sobre a população carcerária costuma ser muito acentuado, de forma que a percepção deste grupo como indivíduos portadores de direitos é enfraquecida ou desconsiderada³⁵⁶ e, mesmo diante da atuação da Corte, não há correspondente movimento da sociedade civil ou dos Poderes Políticos em prol da defesa dos direitos destes indivíduos, verificando-se ainda certa resistência na promoção de avanços com vistas à superação do Estado de Coisas Inconstitucional³⁵⁷. Como será abordado abaixo, no capítulo 8.2, a decisão da Corte em cenários como este não perde a importância, mas, pelo contrário, desempenha papel ainda mais relevante, pois é possível identificar influência sobre a superação de bloqueios institucionais e a

³⁵² “In the Dynamic Court view, the courts have important indirect effects, educating Americans and heightening their understanding of their constitutional duty.” ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?*. Third Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2023, p. 32 (tradução nossa).

³⁵³ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015, p. 136.

³⁵⁴ CUMMINGS, Scoot L.; RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. *Fordham Urban Law Journal*, v. 36, n. 4, pp. 603–652, 2009, p. 610.

³⁵⁵ COLAÇO FILHO, Raimundo Evandro. O “Estado de Coisas Inconstitucional” e a judicialização da política pública no âmbito do sistema carcerário brasileiro: mitigação do princípio da separação de poderes?. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, v. 9, n. 2, pp. 179-199, 2017, p. 189.

³⁵⁶ WEAVER, Russel L. The Rise and Decline of Structural Remedies. *San Diego Law Review*, San Diego/California, v. 41, n. 4, p. 1.617-1.632, nov./dez. 2004, p. 1632.

³⁵⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Op. cit.*, p. 218.



inserção de interesses excluídos do debate, como é o caso dos interesses dos cidadãos em cumprimento de pena restritiva de liberdade, na arena política.

O papel de conscientização e de atribuição de relevância ao problema a partir da decisão judicial não parece ser questionado sequer por aqueles que criticam a atuação das Cortes na esfera das mudanças sociais. Assim, mesmo Rosenberg e Fuller entendem haver um aspecto de visibilidade atrelado às decisões judiciais, o que cria uma situação apta à promoção de mudanças efetivas, mesmo que não a partir da Corte, mas pelo efeito indireto de indução que suas decisões são capazes de gerar. De qualquer forma, pela via direta ou indireta, não se deve desconsiderar ou subestimar o impacto indireto e o valor simbólico das decisões judiciais, pois mesmo que em determinados casos a ação posterior responsável pela superação da problemática tenha sido adotada por outro agente, a ação deriva da atuação originária da Corte, sem a qual a sucessão de comportamentos relevantes para alteração da realidade social não teria começado.

Em todos os casos analisados, também foi constatada a visibilidade que as decisões das Cortes Constitucionais trouxeram para os problemas objeto do litígio, além, é claro, da intensificação do envolvimento dos Poderes Políticos e da sociedade civil com a temática. Mesmo que os resultados posteriores não tenham sido de especial relevância, não se descarta que, sem a decisão da Corte, o Estado de Coisas Inconstitucional constatado poderia ter se acentuado e a problemática teria permanecido afastada ou com menos atenção na esfera pública, o que inviabilizaria a discussão e a busca por alternativas para superação do problema. O primeiro aspecto benéfico potencial da intervenção das Cortes em problemas policêntricos, cuja solução depende da implementação de políticas públicas, é, portanto, a concessão de visibilidade à situação, dado o poder simbólico das decisões judiciais.

3.1.2. A superação de bloqueios institucionais e a inserção de interesses excluídos do debate na arena política

Muito relacionado ao poder simbólico das decisões judiciais, mas diverso o suficiente para justificar a abordagem em separado, outro importante componente benéfico da intervenção das Cortes nos problemas estruturais está relacionado aos bloqueios institucionais e à proteção de interesses excluídos do debate na arena política, razão pela qual parte da doutrina progressista considera esta espécie de litigância indispensável como estratégia de mudança social³⁵⁸. Partindo da premissa de que a atuação do judiciário em políticas públicas se origina “na recusa, na leniência ou na oferta insatisfatória de prestações primárias que deveriam ser disponibilizadas pelo poder público à população”³⁵⁹,

³⁵⁸ CUMMINGS, Scoot L.; RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. *Fordham Urban Law Journal*, v. 36, n. 4, pp. 603–652, 2009.

³⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2012, p. 74.



fato é que a decisão judicial é capaz e pode desempenhar importante papel na superação dos empecilhos à superação da situação inconstitucional³⁶⁰.

Em relação aos interesses excluídos do debate na arena política, visualiza-se com muita clareza que determinados grupos possuem maior dificuldade de representação e de influência nos rumos da política, razão pela qual podem ter seus interesses e direitos desconsiderados ou inviabilizados³⁶¹, hipótese em que a intervenção das Cortes constitucionais pode viabilizar o estabelecimento de formas mais democráticas de barganha política, que se perdem quando as instituições políticas majoritárias se tornam irresponsivas aos interesses de uma minoria vulnerável e marginalizada³⁶². É o caso, por exemplo, dos presidiários, que, como apontaram a Corte Constitucional colombiana e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, não possuíam capacidade de influenciar na arena política e tinham seus direitos negligenciados. Neste sentido, minorias ou grupos com participação política restrita muitas vezes não conseguem pautar seus direitos e interesses de forma satisfatória no cenário político, hipótese em que as Cortes Constitucionais podem desempenhar relevante função, obrigando os Poderes Políticos a se manifestarem a respeito e a considerarem situações e pessoas que, pela dinâmica majoritária do processo político, não seriam ouvidas sem incentivo ou imposição.

Neste sentido, ao avaliar a litigância estrutural é possível afirmar que “o potencial desse tipo de contencioso consiste, portanto, em lançar ao debate público interesses que de outra forma não atingiram os processos formais de barganha política, além de ‘chacoalhar o governo’, colocando-o em ação”³⁶³. Como também já afirmado, esta função se assemelha em muito à concepção procedimental da justiça constitucional, que justifica a intervenção do Judiciário nos casos em que não for assegurada a participação efetiva dos cidadãos no processo democrático, por exemplo. Há, portanto, uma importante função desempenhada pela Corte quando se verifica a presença de violação massiva de direitos de grupos minoritários, pois as Cortes podem forçar as esferas do poder público a responderem aos interesses de grupos previamente excluídos do debate público³⁶⁴.

Ainda sob essa perspectiva, Maldonado aponta o papel das Cortes Constitucionais do Sul Global no reconhecimento da justiciabilidade dos direitos sociais e dos direitos econômicos em contextos de escassez econômica, destacando o papel das Cortes em favor das minorias esquecidas, rompendo bloqueios institucionais existentes no planejamento e execução de políticas públicas substantivas e permitindo que se buscasse a superação do estado anormal de coisas incompatível com a Constituição³⁶⁵. Merece destaque aqui a

³⁶⁰ NEAL, Tate C.; TORBJÖRN, Vallinder. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University Press, 1995, p. 32.

³⁶¹ DRAGO, Guillaume. *Contentieux constitutionnel français*. 5. ed. Paris: Editora PUF, 2020, pp. 132 - 133.

³⁶² SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. *Op. cit.*, p. 1067.

³⁶³ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, p. 227.

³⁶⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. *Op. cit.*, p. 1056.

³⁶⁵ BONILLA, Daniel Maldonado. *Constitutionalism of the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 23.



menção aos bloqueios institucionais, os quais geralmente estão presentes quando direitos de minorias são negligenciados, mas também podem ocorrer em situações nas quais, apesar da intenção dos Poderes Políticos de superar uma determinada situação problemática, um mau funcionamento na arena política impede que soluções sejam articuladas e implementadas.

Bloqueios institucionais podem ser definidos, de maneira genérica, como “obstruções políticas e ou econômicas que podem comprometer o Estado Democrático de Direito”³⁶⁶ ou “fenômeno de obstrução, impedimento e paralisia política, econômica, social e jurídica enfraquecedor do sistema político do Estado Democrático de Direito, promovendo impactos à qualidade democrática e consequentemente à sociedade em geral”³⁶⁷. Quando se trata especificamente de bloqueios institucionais no sistema político que geram a afronta de direitos fundamentais, o conceito de bloqueio institucional pode ser delimitado como o impedimento ou obstáculo relacionado a “circunstância que se terá normalmente associada à inércia ou inadequação do agir legislativo ou administrativo”³⁶⁸. Este bloqueio aconteceria, por exemplo, diante de pontos cegos ou ausência de comando expresso no sentido de elaboração de leis; ausência de percepção da necessidade em si da intervenção legislativa; juízo de ponderação empreendido pelos Poderes Políticos em relação ao ônus da inércia, quando o não decidir fosse uma opção estratégica diante dos ônus políticos relacionados a determinados temas controversos e, de forma mais geral, a omissão³⁶⁹.

Nestes casos, a Corte “serve como um catalisador, e não um usurpador, do processo legislativo”³⁷⁰, pois a partir de sua provocação, resolve-se ou atenuase o bloqueio institucional existente, permitindo que os Poderes Políticos possam atuar. No caso do deslocamento forçado na Colômbia, este efeito foi percebido, uma vez que os Poderes Políticos já se empenhavam para resolver o problema, mas por falhas de coordenação ainda não avançavam de maneira satisfatória, constando-se a existência de um bloqueio institucional. A atuação da Corte nestes casos facilita que o bloqueio possa ser identificado e superado. Tem se ainda a vantagem da posição das Cortes no sistema político, uma vez que “o isolamento judicial de muitas pressões permite que os tribunais ajam quando algumas elites

³⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Bloqueios Institucionais do Sistema Político. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Lições de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 184 – 199, p. 185.

³⁶⁷ FONSECA, Karla Ulman da. *Bloqueio institucional do sistema político: impactos à qualidade da democracia*. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2023, pp. 62 – 63.

³⁶⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio. Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção de uma Resposta Adequada. In: BOLONHA, Carlos; BONIZATTO, Luigi; MAIA, Fabiana. *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, pp. 331 – 354, 2016, p. 337.

³⁶⁹ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong form versus weakform judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 2007, pp. 391 – 418.

³⁷⁰ “Serves as a catalyst, not a usurper, of the legislative process.” SAX, Joseph L. *Defending the Environment: A Strategy for Citizen Action*. New York: Knopf, 1971, p. 157.



políticas desejam, mas são impedidas pela inércia burocrática e institucional”³⁷¹. Sob esta perspectiva, Garavito e Franco enfatizam que existem

casos frequentes em que as burocracias e os sistemas políticos das democracias contemporâneas entram em situação de estancamento estrutural que frustram a realização dos direitos constitucionais. Nessas situações de bloqueio institucional – que provocam profundas deficiências, ou, ainda, a inexistência de políticas públicas para atender problemas sociais urgentes –, afirmamos que as cortes são a instância adequada para desobstruir o funcionamento do Estado e promover a proteção dos direitos³⁷².

A segunda situação na qual se vislumbra o impacto positivo da intervenção das Cortes em problemas policêntricos cuja superação demanda a implementação de políticas públicas é, portanto, diante da existência de interesses excluídos da arena política, quando a Corte pode forçar os Poderes Políticos a se manifestarem sobre um tópico que até então estes ignoravam, ou quando há um bloqueio institucional, compreendido como obstrução ou paralisia de qualquer natureza que impede o bom funcionamento dos Poderes Políticos e, conseqüentemente, impede a elaboração e a implementação de políticas públicas adequadas, quando a atuação da Corte pode funcionar como catalisador, removendo ou atenuando os obstáculos à atuação dos Poderes Políticos que, a partir disso, poderão se engajar de maneira satisfatória na superação da problemática.

3.1.3. A articulação dos Poderes Políticos e da sociedade civil a partir do processo judicial

Por fim, as Cortes ainda podem desempenhar um papel relevante na criação e implementação de políticas públicas para superação de problemas policêntricos quando a decisão judicial servir de mecanismo apto à articulação dos Poderes Políticos e da sociedade civil, isto é, quando, a partir da decisão judicial, for possível a criação de um movimento dialógico e cooperativo, que envolva não apenas as partes em juízo, mas também os Poderes Políticos e a sociedade civil, visando a superação da problemática inconstitucional

³⁷¹ “Judicial isolation from many pressures allows courts to act when some political elites wish to but are stymied by bureaucratic and institutional inertia.” ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?*. Third Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2023, p. 21 (tradução nossa).

³⁷² “casos frecuentes en los que las burocracias y los sistemas políticos de las democracias contemporâneas entran en situaciones de estancamiento estructural que frustran la realización de los derechos constitucionales. En esas circunstancias de ‘bloqueio’ institucional –que derivan en profundas deficiencias o, incluso, en la inexistencia de políticas públicas para atender problemas sociales urgentes–, afirmamos que las cortes son la instancia adecuada para desestancar el funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos.” (Tradução nossa). GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: De Justicia, 2010, p. 17.



identificada. Como se verá abaixo, no capítulo 10 deste trabalho, o diálogo interinstitucional é a alternativa mais relevante para que se possa extrair os melhores resultados da intervenção judicial nos problemas policêntricos, uma vez que permite o aproveitamento das capacidades institucionais dos demais Poderes e envolve todos aqueles dos quais a mudança depende no processo progressivo de superação da situação inconstitucional.

No Brasil, alguns mecanismos favoreceram essa abordagem, como, por exemplo, “a admissão de *amici curiae* e da realização de audiências públicas para oitiva de expertos sobre a matéria a ser julgada nos processos de julgamento de controle abstrato de constitucionalidade (expressamente positivadas com a Lei 9.868/99) [que] operou como um mecanismo adicional de incremento do volume de informações sobre as consequências a serem enfrentadas por força do julgamento meritório”³⁷³. Sobre a edição em 1999 das leis atinentes à arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei n. 9.882/1999) e às ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade (Lei n. 9.868/1999), Veríssimo destaca que foram adicionadas mudanças relevantes no modelo adotado, sobretudo porque:

(a) é franqueada à sociedade civil a oportunidade de *participar* nesses processos objetivos (sem *partes* em sentido substancial), o que redundará na adoção de mecanismos de admissão de *amici curiae*, inspirados em mecanismos semelhantes aos utilizados nos Estados Unidos, (b) são previstos mecanismos destinados a amplificar o debate e informar o Supremo Tribunal Federal acerca de matéria técnica importante para o julgamento, tais como audiências públicas, requisição de informações, elaboração de parecer técnicos ou testemunho de pessoas “com experiência e autoridade na matéria”³⁷⁴.

Além de auxiliar na compreensão das consequências, os mecanismos favorecem a intervenção e o engajamento da sociedade civil na compreensão do problema e no planejamento de alternativas viáveis para sua superação. Há, portanto, uma relevante expectativa de que as Cortes explorem sua capacidade de promover o diálogo entre instituições e o povo³⁷⁵, como opção mais eficaz na busca de soluções para situações em que se constate a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, por exemplo.

A percepção acerca deste efeito benéfico da atuação das Cortes já constava de estudos anteriores da litigância estrutural, sobretudo diante da constatação de que os efeitos da desestabilização ultrapassam as instituições que atingem e alcançam outras instituições, ultrapassando também as razões específicas que justificarem a intervenção e alcançando um mecanismo auto reforçado de reavaliação e correção³⁷⁶, o qual possui alta aptidão para produção de resultados. As Cortes Constitucionais, portanto, podem intervir de maneira benéfica para

³⁷³ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, pp. 35 - 36.

³⁷⁴ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, p. 157.

³⁷⁵ GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a, v. 16, p. 79-111, 2017, p. 106.

³⁷⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. *Op. cit.*, p. 1080.



solução de problemas cuja superação demanda a implementação de políticas públicas também na medida em que proporcionam o diálogo interinstitucional e a construção cooperativa de soluções para o problema, com envolvimento dos Poderes Políticos e da sociedade civil.

A produção deste efeito positivo da decisão da Corte depende, no entanto, da natureza do provimento a ser adotado, uma vez que nem toda decisão será apta a proporcionar o diálogo interinstitucional. Dada a importância deste tópico e o alinhamento desta tese ao posicionamento segundo o qual os resultados positivos da intervenção judicial na seara das políticas públicas depende da atuação cooperativa dos Poderes Políticos e da sociedade civil, o tema será analisado com mais vagar no capítulo 10 deste trabalho, enquanto proposta de modalidade de intervenção das Cortes nos problemas policêntricos e ajustes ao Estado de Coisas Inconstitucional para enquadramento e aperfeiçoamento da técnica.

3.2. Limitações inerentes à capacidade institucional das Cortes Constitucionais

Nada obstante a conclusão no sentido de que as Cortes são capazes de contribuir no contexto de elaboração e acompanhamento de políticas públicas, sobretudo com o destaque ao problema a partir do poder simbólico das decisões judiciais, com a superação de bloqueios institucionais, com a inserção de interesses excluídos do debate na arena política e com a promoção da articulação dos Poderes Políticos e da sociedade civil, é necessário reconhecer que existem limitações relevantes à atuação da Cortes, que precisam ser compreendidas caso se queira proporcionar uma intervenção mais efetiva e funcional.

As principais limitações estão relacionadas à teoria das capacidades institucionais, compreendida como “a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria”³⁷⁷. Neste sentido, as três limitações mais relevantes que concludo existirem a partir da análise da literatura e do estudo dos casos selecionados são: a natureza particular das políticas públicas e a necessidade de cooperação voluntária dos demais poderes e da sociedade (capítulo 9.1), a escassez de instrumentos essenciais à formulação de políticas públicas (capítulo 9.2) e o problema de legitimidade democrática das Cortes (capítulo 9.3), considerada a legitimidade também como elemento relevante para a efetividade da decisão e não apenas justificativa para sua existência.

Antes, porém, de abordar as limitações mais relevantes à atuação das Cortes no contexto de elaboração e acompanhamento de políticas públicas, cumpre destacar certas limitações aventadas, sobretudo pelos autores analisados no capítulo 3 deste trabalho, que foram superadas ou contornadas pelo avançar da dogmática e pelo desenvolvimento do desenho institucional das Cortes e

³⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (*Syn*) *thesis*, v. 5, n. 1, pp. 23-32, 2012, p. 30.



também aquelas que, apesar de merecedoras de atenção, desviam do foco desta tese e referem-se a aspectos outros que não a capacidade institucional das Cortes.

Em primeiro lugar, cumpre destacar a relevante crítica acerca da incapacidade das Cortes Constitucionais de escolherem suas agendas e, portanto, o problema relacionado ao gargalo de entrada no Poder Judiciário³⁷⁸. O problema de ingresso e seleção das controvérsias que serão resolvidas pelas Cortes Constitucionais ou pelas Cortes de Justiça de forma mais ampla versa mais sobre uma questão de acesso à justiça³⁷⁹ do que sobre o problema da capacidade institucional das Cortes. De fato, existem gargalos que deixam questões relevantes de fora da apreciação do judiciário³⁸⁰, mas este não é o foco da análise neste trabalho, o objetivo e questão central desta tese é saber se as controvérsias sobre problemas policêntricos que chegam ao Judiciário podem ser resolvidas por este e como potencializar a qualidade desta resolução. Não se ignora, portanto, o problema relacionado aos interesses e direitos que não chegam a ser apreciados pelas Cortes, mas esta complexidade não será analisada neste trabalho por fugir ao seu escopo e extrapolar os limites da análise aqui empreendida.

Um segundo tipo de limitação, no entanto, não será acolhida pela percepção de que “abundam casos em que, *afastando-se dos parâmetros tradicionais de ação*, as cortes de justiça têm conseguido dar solução razoavelmente satisfatória a conflitos policêntricos”³⁸¹. Alinho-me, neste sentido, à tese de que a crítica instrumental feita à atuação do Poder Judiciário na esfera das políticas públicas toma por base um desenho historicamente circunscrito, mas não necessário, do aparato instrumental próprio às cortes de justiça³⁸². E a alteração deste aparato, sobretudo na Corte Constitucional da Colômbia e no Supremo Tribunal Federal, permite afirmar que as mencionadas limitações foram superadas. Refiro-me especificamente à ideia de adstrição da sentença ao pedido e da compreensão da coisa julgada como óbice à adaptabilidade das decisões judiciais, dois aspectos que impediriam, quase que de forma absoluta, uma contribuição da Corte no tema da elaboração e acompanhamento das políticas públicas.

Especificamente no que se refere à adstrição da sentença ao pedido, é possível perceber que, apesar da persistência de determinados limites, a doutrina processual já compreende de forma pacífica a possibilidade de a Corte extrapolar o pedido³⁸³, defendendo-se a possibilidade de, respeitado o contraditório, permitir que a Corte determine remédios diversos dos solicitados, pois “deve-se

³⁷⁸ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, n. 101, pp. 55-66, 2014, p. 58.

³⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

³⁸⁰ DA SILVA, José Afonso. Acesso à justiça e cidadania. *Revista de direito administrativo*, v. 216, pp. 9-23, 1999, p. 17.

³⁸¹ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, p. 94 (grifos no original).

³⁸² *Ibidem*, p. 77.

³⁸³ SANTOS, Karen Borges; LEMOS, Walter Augusto da Silva; LEMOS, Vinícius. O processo estrutural como instrumento adequado para a tutela de direitos fundamentais e a necessidade de ressignificação do processo civil. *Revista Jurídica*, v. 506, 2019, p. 9.



tolerar maior amplitude para a atividade judicial, o que implicará, muitas vezes, extrapolar os limites do pedido expressamente posto pelo autor da demanda”³⁸⁴.

Assim, a partir da ideia de que o processo “deve ser estruturado de acordo com as necessidades do direito material, além de ter que ser compreendido, pelo juiz, como instrumento capaz de dar proteção às situações carentes de tutela”³⁸⁵, admite-se maior liberdade do julgador na configuração dos remédios adequados à superação da crise jurídica constatada na demanda, desde que respeitados o contraditório e o direito de manifestação das partes. Nos casos em que foi declarada a existência de um Estado de Coisas Inconstitucionais, por exemplo, os pedidos das partes visavam, em específico, a adoção de medidas adequadas à superação da violação massiva de direitos, sem poder precisar, desde o início da demanda, quais seriam todas as medidas adequadas para tanto, não tendo essa circunstância impedido a apreciação do pedido por ser genérico ou vago. Esta limitação, portanto, não prevalece.

É importante concluir no mesmo sentido em relação à coisa julgada, pois esta não consiste em óbice à adaptabilidade das decisões em processos estruturais. A própria teoria geral da Coisa Julgada responderia à essa questão, pois a coisa julgada em relações continuadas, como é o caso dos problemas estruturais, está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que o conteúdo da decisão deve permanecer intangível apenas na medida em que a situação de fato e de direito permaneçam as mesmas³⁸⁶ e, caso contrário, deve-se concluir pela “alterabilidade dos termos da interpretação ou versão executiva inicial da sentença”³⁸⁷. Em análise específica sobre os processos estruturais, Arenhart, Osna e Jobim concluem que:

A complexidade do caso deve impor a interpretação da coisa julgada neste ambiente de modo diverso, respeitando as nuances do problema e, portanto, autorizando a flexibilidade necessária para que um erro – justificável, diante dessa natureza complexa, prospectiva e cíclica do problema – não se eternize.

Assim, devem-se considerar como ‘modificações no estado de fato ou de direito’, no contexto do art. 505, inc. I, do CPC, ao menos para os processos estruturais, quaisquer circunstâncias que exijam ou o

³⁸⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225, pp. 389–410, 2013.

³⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª. Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 21. Ainda segundo Marinoni, o direito constitucional à tutela efetiva incide sobre o julgador como valor, de forma que o juiz “deve perguntar sobre as necessidades do direito material, vale dizer, sobre a tutela do direito que deve ser outorgada pelo processo, para então buscar na norma processual a técnica processual idônea à sua efetiva prestação, outorgando-lhe a máxima efetividade. Essa interpretação judicial, orientada ao cumprimento do dever de prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva, somente encontra limites no direito de defesa” (pp. 22-23).

³⁸⁶ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 276.

³⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, Tomo V, p. 147.



aperfeiçoamento, ou o detalhamento ou a mudança de curso da primeira decisão tomada³⁸⁸.

Sob esta perspectiva, a partir da retenção da jurisdição, entendida como “quando o juiz, apesar de decidir uma questão ou homologar um acordo, mantém jurisdição para decidir novamente sobre ela, no futuro, à luz de novos fatos”³⁸⁹, seria possível que o juiz, dentro do direito brasileiro, inserisse “em sua decisão, com base no art. 493 do CPC, a determinação de que a decisão está sendo tomada de acordo com os fatos alegados e comprovados nos autos até aquele momento, mas que o juízo retém jurisdição para decidir fatos novos ou para rever suas decisões anteriores, à luz de novos fatos, ao longo do cumprimento de sentença”³⁹⁰. Também é necessário destacar a possibilidade de adoção de “provimentos em cascata, de modo que após uma primeira decisão – normalmente de conteúdo aberto e caráter aberto – seguem-se outras decisões que especificarão o comportamento a ser adotado ou resolverão problemas pontuais surgidos na implementação da decisão-base”³⁹¹.

Existe, portanto, a concepção geral de que a adaptação posterior à decisão inicial não é vedada³⁹², sendo consentânea com a teoria geral do processo e os mecanismos à disposição das Cortes. Fato é que, “deparadas com novos desafios, as instituições não se negam a enfrentá-los, mas o fazem tentando encaixar sua estrutura nas ferramentas de trabalho de que dispõe. À medida em que essas ferramentas produzem resultados erráticos e indesejados, tentam-se forjar novas ferramentas”³⁹³, e as novas ferramentas forjadas no contexto de envolvimento do Poder Judiciário com problemas policêntricos permite afirmar que algumas das críticas inicialmente opostas à incapacidade institucional das Cortes para lidar com a elaboração e implementação de políticas públicas não prevalecem mais, tendo esta realidade sido superada com o desenvolvimento de um novo arsenal teórico e instrumental à disposição dos juízes, que gozam de maior margem de liberdade no momento de decidir. Analisadas as críticas extraídas da análise teórica do capítulo 3 que, em cotejo com a análise de casos da Parte II deste trabalho, não prevalecem mais, passasse a análise dos limites mais relevantes à intervenção das Cortes.

³⁸⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2011, p. 246.

³⁸⁹ VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática* – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 462.

³⁹⁰ VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática* – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 463.

³⁹¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2011, p. 244.

³⁹² PASQUALOTTO, Victória Franco. O processo civil entre litígios tradicionais e litígios multipolares complexos: a resposta do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 1161 – 1220.

³⁹³ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, p. 111.



3.2.1. A natureza particular das políticas públicas e a necessidade de cooperação dos demais Poderes e da sociedade

Em primeiro lugar, uma grande limitação à atuação das Cortes decorre da natureza particular das políticas públicas e da necessidade de cooperação voluntária dos demais Poderes e da sociedade para que a decisão possa, de fato, surtir efeitos positivos. Em relação à natureza das políticas públicas, deve-se reconhecer que a formulação de políticas públicas envolve múltiplos ciclos simultâneos que envolvem diversas propostas e estatutos em variados níveis de governo, consistindo em um processo especialmente intrincado e abrange de decisões de ordem técnica e de compromissos de ordem política³⁹⁴, de onde seria possível extrair a limitação natural que o Judiciário e as Cortes Constitucionais sofreriam com base nas diferenciações funcionais³⁹⁵. É dessa particularidade que se conclui que “o processo de maturação de uma política pública é também mais longo do que se imagina e, por isso mesmo, difícil de alterar de forma abrupta, como sói acontecer em litígios de natureza estrutural solucionados de maneira imprópria”³⁹⁶.

Ainda, os órgãos do Poder Executivo, diante da indeterminação normativa e da adoção de princípios genéricos pelos textos constitucionais, teriam discricionariedade para desenvolver suas políticas, sobretudo dentro do contexto do *Welfare State*. Diante do maior grau de liberdade outorgado ao Executivo, pela legislação do Estado Social, para a formulação concreta de políticas públicas que possam vir a atingir, ulteriormente, os objetivos normativos estabelecidos de forma principiológica por essa mesma legislação³⁹⁷, as Cortes teriam parâmetros pouco claros para a avaliação e escolha de políticas públicas alternativas, as quais não seriam passíveis de extração do texto legal ou da dicção constitucional. De forma ainda mais preocupante, o processo teria o déficit da falta de um momento processual adequado para discutir o perfil das técnicas de implementação a serem utilizadas³⁹⁸, com dificuldade para se analisar e propor políticas substitutivas adequadas.

Ademais, as políticas públicas possuem relevante impacto orçamentário e sua gestão está intimamente ligada à eleição de prioridades e manejo de recursos escassos, o que torna imprescindível uma visão global das finalidades públicas, da qual as Cortes Constitucionais não usufruem, razão pela qual os excessos da litigância estrutural põe em risco a alocação racional dos escassos recursos

³⁹⁴ SABATIER, Paul A. *Theories of the Policy Process*. Davis: Westview Press, 2007, p. 3.

³⁹⁵ NAGEL, Robert F. Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies. *Stanford Law Review*, 1988-1978, pp. 661 - 724, p. 663.

³⁹⁶ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 63.

³⁹⁷ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, p. 28.

³⁹⁸ VIOLIN, Jordão. *Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, 2019, p. 102.



públicos³⁹⁹. Há, ainda, o risco de mapeamento precário das patologias da política pública atacada quando se percebe que “somente grupos de interesse articulados ou pessoas abastadas conseguem judicializar uma pretensão de controle de políticas públicas com o amparo de profissionais preparados”⁴⁰⁰. Por fim, pela aplicação capilarizada e impacto fragmentado da política pública, o Executivo estaria em uma posição mais adequada do que as Cortes Constitucionais, não habituadas e não capacitadas ao exercício da atividade administrativa, para compreender se uma decisão específica, aparentemente sustentada pelo texto legal, seria passível de implementação na realidade ou se, pelo contrário, seria absurda⁴⁰¹.

Justamente por sua natureza particular e implementação dependente do engajamento de diversos atores políticos, outro limite à atuação das Cortes Constitucionais é relacionado à necessidade de cooperação dos demais Poderes Políticos e da sociedade, como destacado por Gerald Rosenberg e também percebido na análise de casos, em que os problemas relacionados aos presídios, que contavam com menor intenção da sociedade civil e dos Poderes Políticos em colaborar, enfrentaram maiores dificuldades para produção de efeitos. Como analisado no capítulo 3, Gerald Rosenberg sustenta que a possibilidade de produzir resultados processuais significativos depende da disposição da sociedade e dos Poderes Políticos em efetivar os comandos judiciais. O autor chega à conclusão de que o Judiciário não possui a capacidade institucional, isto é, a expertise ou meios necessários para implementar as transformações sociais que propõe em suas decisões ativistas sem o apoio dos demais poderes.

O cotejo da análise do autor com o estudo dos casos de declaração da existência de um Estado de Coisas Inconstitucionais permitiu constatar a dificuldade das Cortes de promover mudança efetiva conforme houver maior resistência da sociedade e dos demais Poderes Políticos em atuar sobre determinados assuntos, como a proteção dos direitos fundamentais dos presidiários. Uma visão crítica destaca, ainda, que a Corte, além de pouco poder realizar quando contrária às majorias, raramente decide em contraposição a estas, possuindo, no mais das vezes, uma decisão alinhada às posições majoritárias⁴⁰² e, portanto, não seria capaz de antecipar ou proporcionar, por si, avanços sociais ou o aperfeiçoamento de políticas públicas. Apesar de não concordar integralmente com essa posição, parece estar demonstrado que a dificuldade de sucesso da decisão aumenta de acordo com a resistência da sociedade e dos demais Poderes aos comandos contidos e ao objetivo delimitado. Além disso, a disposição dos demais Poderes em colaborar é diretamente proporcional à efetividade da decisão, sendo, portanto, a colaboração dos demais

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro*, N.º 63, 2008, p. 321.

⁴⁰⁰ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 265.

⁴⁰¹ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, pp. 885 – 951, p. 950.

⁴⁰² FASSASSI, Idris. *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis – Étude critique de l’argument contre-majoritaire*. Dalloz, 2017, p. 528.



Poderes condição chave para o aumento da eficiência e do sucesso da litigância estrutural.

Assim, “quando um Tribunal de sobreposição de direitos julga de acordo com parâmetros culturais da sociedade à época da decisão, esta, por si só, tende a se efetivar, sendo que, caso a sociedade não esteja preparada para a nova orientação, ou deverá existir a possibilidade de o próprio Tribunal criar condições de efetividade da sua decisão por meio de medidas estruturantes, ou ela, possivelmente, não encontrará a almejada concretização no plano fático”⁴⁰³. Não há, portanto, uma limitação absoluta, mas, nos casos em que existir essa resistência, a Corte deverá estar consciente da necessidade de engajar os demais Poderes e a sociedade civil na resolução do problema, hipótese na qual os incentivos identificados por Rosenberg assemelham-se de grande utilidade.

Há, portanto, uma limitação relevante a ser avaliada quando se pretende defender a capacidade institucional das Cortes no contexto de elaboração e implementação de políticas públicas, uma vez que muitas características das políticas públicas tornam sua compreensão e gestão pelo Poder Judiciário complexas, além de possuírem implementação necessariamente dependente da colaboração dos Poderes Políticos e da sociedade civil, colaboração esta que, apesar de passível de indução, não pode ser integralmente imposta, dependendo, portanto, do convencimento e engajamento voluntário destes.

3.2.2. A escassez de instrumentos essenciais à formulação de políticas públicas

Um segundo entrave à intervenção bem-sucedida das Cortes Constitucionais na elaboração e implementação de políticas públicas refere-se à carência de instrumentos essenciais à formulação de políticas públicas, confirmando-se, em certa medida, as premissas de que os juízes não têm treinamento adequado, não dispõem de dados suficientes e não conseguem mensurar o impacto capilarizado das políticas públicas, pois o aparelhamento insuficiente do órgão judiciário dificultaria o acesso a informações importantes para a tomada de decisões com efeitos coletivos⁴⁰⁴ e, “não raro, embora decida sobre a criação de novas políticas públicas, a jurisdição nem mesmo tem a sua disposição de informações vitais para avaliar o impacto de decisões alocativas mais abrangentes”⁴⁰⁵, razão pela qual “os problemas heurísticos que impedem que o juiz se dê conta de determinados aspectos do problema, no momento de estabelecer o comando contido na sentença, também podem fazer com que este se amolde inadequadamente à realidade, dificultando cada vez mais a obtenção dos resultados desejados”⁴⁰⁶.

⁴⁰³ JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes na Jurisdição Constitucional: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. 3 ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 285.

⁴⁰⁴ DE LIMA LOPES, José Reinaldo. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronto a instituição. *Revista USP*, n. 21, pp. 22-33, 1994, pp. 31 -33.

⁴⁰⁵ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁰⁶ VITORELLI, Edilson. *Op. cit.*, p. 452.



Sobre o problema informacional, é fato que “os juízes não costumam estar em uma posição de informação suficiente seja para avaliar o impacto global das escolhas políticas, seja na posição de firmar posições de compromisso como as que são exigidas de quem exerce a representação popular”⁴⁰⁷, além de não possuírem capacidade de acompanhar adequadamente a “alteração de uma realidade multifacetada, que envolve interesses superpostos e auto excludentes, não facilmente identificáveis, titularizados por atores que sofrem o impacto do litígio em diferentes graus, os quais não são proporcionais à sua mobilização para atuar”⁴⁰⁸. Mais do que isto, os juízes não possuem informações de ordem global para elencar prioridades, o que se mostra um problema de ainda maior gravidade quando se tem em conta que a gestão de políticas públicas encontra, inevitavelmente, o limite orçamentário como maior gargalo. Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva avalia o que classifica de “ativismo judicial despreparado” como a possibilidade de as Cortes, em desatenção ao aspecto global e interrelacionado das políticas públicas, desestruturarem ou deteriorarem a situação ao tomarem decisões sem a visão global do problema ou sem a consideração de outros problemas correlatos:

Diversos exemplos das consequências do que eu chamaria de ‘ativismo judicial despreparado’ podem ser encontrados na atividade de diversos tribunais brasileiros. Por exemplo, ao distribuir tratamentos médicos de forma individual (i.e., sem considerar as políticas governamentais na área), os juízes podem estar prejudicando outras políticas públicas na área de saúde (ou em outras áreas), mesmo que eles consigam ‘resolver’ alguns casos isolados. Isso porque, em um cenário de recursos escassos, o dinheiro tem que ser necessariamente retirado de outros programas para atender as decisões judiciais⁴⁰⁹.

Nesse sentido se insere também a crítica de Richard Posner que, pautado na teoria da análise econômica do direito, afirma que os direitos sociais não deveriam ser positivados, dado que estariam além da capacidade institucional do Judiciário de implementação. De acordo com Posner:

Direitos constitucionais positivos deveriam também ser reconhecidos, como o direito à educação ou o direito a um nível razoável de proteção policial ou contra incêndio, por meio de interpretações alargadas de preceitos constitucionais como as do devido processo legal e da igual proteção das leis? Provavelmente não, porque direitos constitucionais (positivos) envolvem muito mais custos informacionais judiciais do que as liberdades negativas. A implementação de direitos sociais requer expensas governamentais em detrimento de outros programas governamentais; e a ponderação de diferentes pretensões do fisco federal excede a capacidade de informação do Judiciário⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 62.

⁴⁰⁸ VITORELLI, Edilson. *Op. cit.*, p. 451.

⁴⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas. In: Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmento. *Direitos Sociais: Fundamentação, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 587-599.

⁴¹⁰ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Chicago: Wolters Kluwer, 2011, pp. 873-874.



Apesar de não concordar com a impossibilidade de positivação dos direitos constitucionais positivos, é necessário reconhecer que “o Poder Judiciário padece de um déficit de capacidade institucional porque não detém informações suficientes para tomar decisões que terão um impacto transcendente que irá muito além do tema decidido”⁴¹¹, razão pela qual a litigância estrutural, caso pretenda aumentar sua eficácia, precisa desenvolver mecanismos que superem ou minorem o déficit informacional das Cortes Constitucionais, o que, como se verá no capítulo 10 deste trabalho, pode ser obtido a partir de uma interação dialógica com os Poderes Políticos.

Além da falta de informações, as Cortes ainda enfrentam dificuldade decorrente da complexidade inata às políticas públicas e à tarefa administrativa. “As políticas públicas, isto é, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, são um problema de direito público, em sentido lato”⁴¹², dependem de “um processo complexo de escolha de meios para o alcance de objetivos estatais socialmente relevantes, ou, ainda, consistiria numa ação governamental processualmente estruturada”⁴¹³. Assim, mesmo com informações à sua disposição, a elaboração de políticas públicas ainda depende de um complexo processo de avaliação e eleição de prioridades com o qual o Judiciário não está habituado.

Por isso, “diz-se que os decretos abertos e detalhados em casos estruturais envolvem os tribunais na execução de tarefas administrativas e de supervisão com as quais eles têm pouca familiaridade e para as quais têm poucas qualificações”⁴¹⁴, uma vez que a atuação administrativa é “complexa demais e o Judiciário não tem preparo, conhecimento ou ferramentas adequadas para realizar uma intervenção sobre uma estrutura burocrática”⁴¹⁵. A posição aqui sustentada é a de que, de fato, existem particularidades do processo de elaboração e implementação de políticas públicas que dificultam uma intervenção positiva das Cortes Constitucionais, sendo muito provável que a definição específica de uma política pública substitutiva com a falta desta informações e habilidades dificilmente gerará resultados eficientes, uma vez que terá dificuldade em antecipar os resultados da intervenção e poderá, ainda, desequilibrar outras políticas públicas relacionados ao mesmo espectro ou a outros ramos de atuação estatal, uma vez que todos se conectam, mesmo que indiretamente, pela sua dependência do mesmo orçamento geral do Estado.

⁴¹¹ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 212.

⁴¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Jan/Mar 1997, p. 91.

⁴¹³ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 201.

⁴¹⁴ “The opened and detailed decrees in institutional cases are said to involve courts in performing administrative and supervisory tasks with which they have few qualifications.” EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen. The Ordinary and The Extraordinary in Institutional Litigation. *Harvard Law Review*, 1979-1980, pp. 465-517, p. 473 (tradução nossa).

⁴¹⁵ VITORELLI, Edilson. *Op. cit.*, p. 124.



3.2.3. O problema de legitimidade democrática das Cortes

Como último obstáculo à efetividade da intervenção das Cortes, deve-se destacar o problema da legitimidade democrática das Cortes. Como destacado no início deste trabalho, o objetivo não é abordar a temática da legitimidade (quem deve decidir sobre determinado tema e por quê?), mas sim o tema da capacidade (partindo da premissa de que as Cortes Constitucionais abordam e tentam resolver problemas policêntricos cuja superação depende da implementação de políticas públicas, é possível afirmar que elas possuem aptidão suficiente para produzir resultados satisfatórios?). Nada obstante, para que as finalidades públicas sejam atendidas “são necessários bons modelos jurídicos que não dispensem o aspecto da legitimidade das decisões e dos processos que levam à produção desta”⁴¹⁶, sendo a legitimidade um aspecto também relevante para a eficácia das decisões, que tendem a ser implementadas com menos resistências quando são reputadas pelos seus destinatários como legítimas.

Sob essa perspectiva, destaca parte da doutrina que “a ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias”⁴¹⁷. Essa hipertrofia e avanço sobre temas antes considerados de competência reservada dos Poderes Políticos dificulta o processo de implementação das decisões, uma vez que a percepção de que as decisões das Cortes Constitucionais neste âmbito não são legítimas tende a gerar reações e resistência às medidas propostas⁴¹⁸.

O problema da legitimidade, por sua complexidade e especificidade, não pode ser tratado de maneira satisfatória neste trabalho, merecendo, no entanto, menção neste trecho, pela compreensão de que, em certa medida, legitimidade e capacidade estão imbricadas, uma vez que as decisões tendem a encontrar implementação mais fácil quando percebidas pela sociedade e pelos demais atores estatais como legítimas. É nesta medida que o problema da legitimidade democrática das Cortes também apresenta um empecilho à efetividade da intervenção do Judiciário nas políticas públicas, pois a pecha de ilegítima potencializa a resistência e a oposição à implementação das decisões da Corte. Este problema, no entanto, também é passível de atenuação quando as esferas majoritárias são convidadas a participar de maneira mais ativa no processo de reformulação das políticas públicas deficientes.

⁴¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36.

⁴¹⁷ VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*. Ano 3, n.º 12, pp. 55-75, p. 60.

⁴¹⁸ KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7, pp. 192-196, p. 193.



3.3. Diálogo interinstitucional: a potencialidade do diálogo entre instituições na construção de soluções para problemas estruturais que dependem da implementação de políticas públicas

Tendo em vista o abordado até aqui e, sobretudo, os benefícios e limites da atuação das Cortes, abordados nos capítulos 8 e 9, acima, conclui-se que o diálogo interinstitucional se apresenta como a melhor opção para o aperfeiçoamento do Estado de Coisas Inconstitucional enquanto espécie de litigância estrutural que aborda problemas policêntricos cuja superação demanda a implementação de políticas públicas. Tal conclusão, como será detalhado a seguir, decorre do que foi analisado até aqui. Além da literatura analisada na Parte I deste trabalho e dos casos estudados na Parte II, o estudo comparado dos limites e das potencialidades da atuação das Cortes revelam que o diálogo interinstitucional é capaz de potencializar e intensificar os benefícios da intervenção da Corte, ao mesmo tempo em que supera ou, ao menos, minimiza as limitações inerentes às Cortes, proporcionando resultados mais adequados para os problemas policêntricos.

Assim, viu-se que as três principais habilidades que se pode extrair da intervenção das Cortes estão relacionadas, grosso modo, à atuação da Corte como catalisador do processo político, em espécie de pontapé inicial do processo de elaboração e implementação de políticas públicas, pelo destaque ao problema, pela superação de bloqueios institucionais e pela articulação dos demais Poderes Políticos e da sociedade civil. Além disso, viu-se que a ausência de um modelo legítimo de remédios incrementa o potencial de abuso de poder judicial e contribui para a percepção da impropriedade da intervenção nos casos de direito público⁴¹⁹, a qual também possui deficiências atreladas às particularidades das políticas públicas e limitações da Corte, as quais podem ser superadas pela participação ativa dos Poderes Políticos que, com suas aptidões próprias, reduzem os problemas apontados pela crítica à atuação das Cortes. Neste sentido, o *input* dos poderes políticos após provocação da Corte pode evitar a criação de políticas públicas erráticas. Mencionado *input* e superação das limitações pode ser proporcionado pelo diálogo interinstitucional. Por esta razão, o último capítulo da tese dedica-se à análise da teoria do diálogo interinstitucional (capítulo 10.1) e, aplicando-a ao caso dos litígios estruturais, ao estudo das características necessárias da decisão da Corte para que esta proporcione o diálogo interinstitucional (capítulo 10.2) e, por fim, ao esclarecimento das consequências positivas do diálogo interinstitucional para a litigância estrutural (capítulo 10.3).

⁴¹⁹ STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. *The Georgetown Law Journal*. Vol. 79, 1990-1991, pp. 1355-1446, p. 1359.



3.3.1. *A teoria do diálogo interinstitucional*

A teoria do diálogo interinstitucional se insere dentro da disputa teórica entre aqueles que defendem que as Cortes seriam as instituições mais bem posicionadas para determinar o sentido da Constituição e aqueles que, pelo contrário, defendem ser o Parlamento a instituição mais bem posicionada para realizar o controle de constitucionalidade. A teoria do diálogo interinstitucional possui uma proposta que valoriza a interação entre as instituições e o valor epistemológico do debate, aceitando a falibilidade de ambas as instituições e reconhecendo as vantagens que podem surgir de uma interlocução comprometida entre Cortes e Parlamentos. Em suma, as “teorias do diálogo tentam escapar da armadilha da última palavra e defendem uma atitude teórica que rompa essa camisa-de-força. Propõem-se como uma ‘terceira via’, um meio-termo”⁴²⁰. Sob essa perspectiva, supera-se a ideia de uma última palavra absoluta e definitiva dada por uma instituição específica e se considera a possibilidade de Cortes e Parlamentos, desde que engajados no debate e se valendo de bons argumentos, colaborarem na construção do sentido da Constituição, isto é, defende que “a interação deliberativa entre os poderes tem um potencial epistêmico, ou seja, maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo”⁴²¹.

Em outras palavras, a teoria tenta “desenhar um diálogo que maximize a capacidade da democracia de produzir respostas melhores em direito fundamentais ou, em outras palavras, de levar o potencial epistêmico da deliberação inter-institucional a sério, sem desconsiderar a necessidade do estado de direito por decisões estáveis, ainda que provisórias”⁴²². Em suma, a novidade que advém da teoria se traduz na

tentativa de superação da consideração de que um órgão tem a última palavra em matéria de interpretação constitucional e controle de constitucionalidade, e da assunção de que todos os poderes do Estado, por estarem igualmente adstritos a observar, efetivar e defender a constituição, são seus legítimos intérpretes e, por isto, devem interagir na busca das melhores soluções constitucionais.⁴²³

A passagem para esta ideia se funda, sobretudo, na aceitação de que as instituições em questão são, ambas, falíveis, e que a interação entre os poderes tem um potencial epistêmico. Demonstra-se, portanto, que “a perspectiva de que existe uma instituição que ficará com a última palavra nessas matérias, perspectiva que mascara a crença de que esta instituição é menos infalível que as

⁴²⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, 2008, p. 98.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 190.

⁴²² *Ibidem*, p. 18.

⁴²³ ALARCON, Sylvio. Controle de constitucionalidade, democracia deliberativa e diálogo constitucional: uma aproximação a partir do princípio da separação de poderes. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 17, n. 26, 2014, p. 7.



demais, e que tem o direito de errar por último”⁴²⁴, não deve ser aceita passivamente. No lugar desta idealização, assume-se uma perspectiva mais verossímil, segundo a qual “a minimização do erro não decorre tanto de uma instituição ou de outra, mas de sua interação deliberativa e da busca pelas melhores razões públicas, tanto por parlamentos quanto por cortes. Assim, pode-se potencializar a capacidade epistêmica da democracia sem negar a falibilidade das instituições”⁴²⁵.

Em específico sobre o engajamento e participação das Cortes na elaboração e na implementação de políticas públicas, mencionada ideia se alinha à concepção de que “a chamada teoria das capacidades institucionais propõe a verificação empírica das capacidades das diferentes esferas de governo para tomar uma decisão, não uma aporia, teórica e abstrata, sobre o fato de juízes não serem devidamente instruídos ou terem tempo disponível para tomar a decisão”⁴²⁶. Assim, “a principal consequência desse pressuposto é a impossibilidade de se afirmar, de forma categórica, que determinados assuntos devem ser sempre tratados por certas instituições porque elas reúnem necessariamente as melhores condições para formular respostas apropriadas para eles”⁴²⁷, valorizando-se, em seu lugar, a deliberação e o diálogo entre as instituições como forma adequada para promoção das melhores soluções. Parte-se, portanto, da ideia de que “todas as instituições podem errar. Como consequência desse axioma, convém que os arranjos constitucionais delineados para o exercício do poder contem com essa inexorável possibilidade de falhas institucionais e com mecanismos para que os desvios sejam corrigidos sem demora”⁴²⁸.

Sobre a falibilidade das instituições, fato é que Cortes e Parlamentos estão sujeitos ao erro e nenhum procedimento ou desenho institucional poderá garantir que todas as decisões serão corretas ou eficientes. Em relação às políticas públicas, da mesma forma, não se pode antecipar a incapacidade do Judiciário ou a superioridade daquelas que são desenvolvidas pelo Legislativo. Nada obstante, ambas as instituições permanecem com suas particularidades que, se por um lado implicam em fraquezas no exercício da função de controle de constitucionalidade ou, quando se trata dos problemas policêntricos, na elaboração e na implementação de políticas públicas, por outro lado também podem significar vantagens comparativas. Ou seja, cada instituição, os Parlamentos, com os representantes eleitos do povo, cujos membros gozam de responsabilidade política e estão habituados aos debates legislativos e à atividade legislativa, e as Cortes, pelo seu distanciamento da política ordinária e maior aprofundamento em argumentos de princípio, possuem características positivas

⁴²⁴ ALARCON, Sylvio. *Op. cit.*, p. 6.

⁴²⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, p. 165.

⁴²⁶ VITORELLI, Edilson. *Op. cit.*, p. 141.

⁴²⁷ ARGUELE, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, pp. 6 - 50, 2011, p. 22.

⁴²⁸ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 20.



que permitem defender o seu papel no controle de constitucionalidade da legislação e, de forma correlata, também na resolução de problemas policêntricos.

Assim como apontado em relação à colaboração da Corte para superação de bloqueios institucionais e para inserção de interesses minoritários na agenda política, as teorias do diálogo interinstitucional identificam “a corte como um contrapeso à política majoritária e, mais do que isso, como instituição com a oportunidade de inserir um argumento moral na agenda”⁴²⁹, desacelerando a política majoritária e possibilitando uma eventual interlocução institucional. Além disso, pode-se defender que “a revisão judicial contribui (...) para combater a inércia, a omissão e a indiferença legislativa, a reduzir o afastamento e a dissonância entre representante e representado”⁴³⁰.

Por outro lado, também existem particularidades no Parlamento, decorrentes da regra da maioria, da representação e da responsabilidade política que ele encarna, que as Cortes não possuem. Assim, o Parlamento aporta qualidades e uma perspectiva que a Corte não possui. Sobretudo no tópico das políticas públicas, o desenho institucional do Parlamento e sua habitualidade com o trato destas questões, além da visão geral que possui a partir da consideração do orçamento como um todo, o colocam em posição especial para avaliação de viabilidade e compatibilidade das políticas públicas. Combinar ambas as instituições em um debate de qualidade pode favorecer a obtenção de soluções que se valorizam com as características positivas das Cortes e dos Parlamentos. Em suma, “a luta política está fadada a continuar, e novos atos desafiarão a supremacia de uma ou de outra instituição. Significa que, em alguma medida, a extensa lista de argumentos favoráveis e contrários a cortes e parlamentos podem coexistir”⁴³¹. Ou seja, o modelo proposto:

promove a soma de capacidades institucionais diversas e igualmente relevantes. Assim, o modelo dos diálogos apresenta relevante vantagem comparativa em relação aos modelos de supremacia para a construção de soluções melhores para problemas constitucionais complexos, confirmando as credenciais consequencialistas e epistêmicas que fundamentam a doutrina dos diálogos constitucionais à luz do Estado Democrático de Direito⁴³².

Assim, diz-se que

um único órgão não deve ter ‘a palavra final’ em matéria de controle de constitucionalidade e de interpretação constitucional, que devem ser feitos a partir de um contínuo diálogo entre as instituições políticas, construindo-se assim soluções constitucionais cujos contornos seriam mais consensuais e plurilaterais, porque englobantes das preferências de várias instituições, e menos impositivas e unilaterais, porque não

⁴²⁹ MENDES, Conrado Hübner *Op. cit.*, p. 5.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 144.

⁴³¹ MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, p. 187.

⁴³² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 365.



resultam da mera imposição de interpretações de um órgão aos outros. Valorizar-se-ia, com isso, o aspecto deliberativo do processo político⁴³³.

Neste mesmo sentido, quando a Corte Constitucional constata a existência de uma situação de violação massiva de direitos fundamentais, cuja superação depende da elaboração e implementação de políticas públicas, a Corte não prejudica a viabilidade democrática⁴³⁴, mas “a revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo propulsor de melhores deliberações. (...) A corte pode ser um catalisador deliberativo”⁴³⁵. Concordando com essa perspectiva e com as teorias do diálogo interinstitucional, a proposta é que o “cumprimento das obrigações provenientes destas novas modalidades de litigiosidade [litigância estrutural], deve assumir um papel processual dialógico e participativo de modo a promover um cumprimento planejado, com o chamamento de todos os envolvidos”⁴³⁶. Como supra analisado, “ao optar por uma interpretação, a corte desperta a discussão. Este é o resultado inevitável de uma decisão constitucional controversa, e a corte tem condições de conduzi-lo e influenciá-lo, de esfriá-lo e esquentá-lo”⁴³⁷.

Sobretudo quando se está diante de uma decisão que versa sobre um problema policêntrico e que envolve a elaboração e implementação de políticas públicas, a Corte deve valer-se dessa possibilidade para fomentar o engajamento dos demais Poderes e da sociedade civil para superação do problema, não se isolar ou tentar, de forma individual e impositiva, resolver a situação. Neste sentido, as Cortes não devem se isolar no momento do julgamento de uma decisão com impacto em todo o sistema⁴³⁸, sendo necessário que optem pelo diálogo⁴³⁹ com os demais Poderes políticos e com aqueles que serão afetados pelo processo, a partir da adoção de técnicas de cooperação judiciária⁴⁴⁰, através da qual é possível a obtenção de decisões com maior aptidão para produção de

⁴³³ ALARCON, Sylvio. *Op. cit.*, p. 1.

⁴³⁴ SANDLER, Ross; SCHOENBROD, David. *Democracy By Decree*. New Haven: Yale University Press, 2003, p. 204.

⁴³⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, p. 214.

⁴³⁶ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. In: *Revista de Processo*, v. 38, n. 224, out., 2013, pp. 142 – 150, pp. 142 – 143.

⁴³⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, p. 137.

⁴³⁸ JOBIM, Marco Félix. *Op. cit.*, p. 281.

⁴³⁹ SARAIVA, Carolina Barros. Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 239 – 274.

⁴⁴⁰ LAMÊGO, Gustavo Cavalcanti. Técnicas de cooperação judiciária nacional aplicadas a processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 491 – 518; e PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; HILL, Flávia Pereira. Medidas estruturantes nas ferramentas de cooperação jurídica internacional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 559 – 603.



resultados satisfatórios⁴⁴¹. O caminho do diálogo interinstitucional, no entanto, depende da adoção, pela Corte, de uma decisão com características específicas, aptas a proporcionar o diálogo com os outros Poderes.

3.3.2. As características necessárias da decisão da Corte para que esta proporcione o diálogo interinstitucional

A opção pelo diálogo interinstitucional ou, ao menos, pela tentativa de engajar ou contar com a colaboração dos Poderes políticos não é novidade absoluta. Já nos primeiros escritos sobre o tema, se constatava que “o juiz não conseguirá preencher a lacuna sem uma compreensão detalhada das questões em jogo [...]. Para evitar esses problemas, os juízes têm recorrido cada vez mais à ajuda externa - mestres, amici, especialistas, painéis, comitês consultivos”⁴⁴². Além disso, como Sabel e Simon apontaram⁴⁴³, em muitos casos as Cortes perceberam não possuir a profundidade e amplitude de controle suficientes para formular e implementar de maneira adequada os instrumentos de tutela aptos à superação dos problemas identificados na *public law litigation*, razão pela qual as Cortes deveriam optar pelo exercício da função de facilitar o processo de deliberação e negociação entre os interessados, ao invés de comandos impositivos.

Sob esta perspectiva e tendo em vista a análise de casos relevantes na temática, conclui-se que “o modelo de execução-sanção tem se mostrado altamente ineficiente e ilegítimo para a superação da crise satisfativa em processos civis de interesse público, o que recomenda o estímulo à denominada execução negociada, execução complexa cooperativa, ou execução participativa de interesse público”⁴⁴⁴, deve-se, em outras palavras, valorizar o desenvolvimento de um processo civil estrutural menos coercitivo e mais negocial, voltado ao combate de falhas de coordenação entre poderes⁴⁴⁵, uma vez que o caminho de reavaliação e mutabilidade da decisão, permeada pelo diálogo com os demais Poderes políticos e com a sociedade, qualifica um remédio fraco de intervenção com maior aptidão para produzir resultados eficientes⁴⁴⁶.

A efetividade e maior qualidade das decisões fruto do diálogo é reforçada pela constatação de que a cooperação dos demais Poderes e da sociedade, como

⁴⁴¹ FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. A liquidação da sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 191 - 210.

⁴⁴² “The judge will be unable to fill the gap without a detailed understanding of the issues at stake [...]. To avoid these problems, judges have increasingly resorted to outside help - masters, amici, experts, panels, advisory committees.” CHAYES, Abram. *Op. cit.*, pp. 1300 - 1301 (tradução nossa).

⁴⁴³ SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. *Op. cit.*, pp. 1053-1055.

⁴⁴⁴ RODRIGUES; Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marcos Félix (org.). *Processos estruturais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 779-814.

⁴⁴⁵ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, 2018.

⁴⁴⁶ TUSHNET, Mark. A response to David Landau. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 57 - 66.



destacou Rosenberg, é essencial na execução da decisão que se propõe a promover uma reforma social, sendo que a participação ativa destes (sociedade e demais Poderes Políticos) desde o início do processo e durante a fase de elaboração das novas políticas públicas facilita o posterior processo de implementação, pois tende a ser vista como mais legítima e, sem dúvidas, mais adaptada à realidade, pois fruto da contribuição de mais atores políticos e sociais relevantes, muitos dos quais dotados de informações que a Corte não teria acesso ou aptidão para gerenciar. Nesse sentido, é imprescindível que se valorize “uma interação interinstitucional, dando abertura aos demais poderes, para que de uma maneira conjunta viabilizem o dimensionamento do problema e a construção de potenciais soluções”⁴⁴⁷.

Contudo, a existência de “um ambiente dialogado, no qual há uma ‘decisão tentada’ que objetiva a implementação de certa política, seguida por um período em que se avalia o sucesso ou o fracasso daquela tentativa, seguida então por um novo estágio de reavaliação e eventual transformação da política que antes se tentou implementar”⁴⁴⁸ não é automática, pois depende da aptidão da decisão da Corte em produzir o engajamento dos demais Poderes e da sociedade e, sobretudo, da disposição e da intenção da Corte de proporcionar e se engajar no diálogo interinstitucional. Por esta razão, parte da doutrina sugere, como método a evitar a impossibilidade de censura popular ou de controle pelos outros poderes, a adoção de “remédios fracos, de natureza puramente declaratória, sem impacto substitutivo das competências constitucionais dos poderes representativos”⁴⁴⁹ ou, mesmo com a atuação mais do que meramente declaratória da Corte, que “as ordens devem ser pautadas por um princípio de intervenção mínima, a fim de que deixem para solução consensual tudo aquilo que puder ser solucionado por consenso. O juiz deve ser um agente que desobstrui os caminhos para a solução, mais do que ser o seu produtor”⁴⁵⁰.

Alinho-me a proposta de intervenção mínima, por compreender ser esta a com maior aptidão para promoção do diálogo interinstitucional e aquela que permite a superação de bloqueios institucionais e a inserção de interesses e direitos excluídos do debate na arena política. Como defende Mark Tushnet⁴⁵¹ ao analisar o controle de constitucionalidade e os direitos no *Welfare State*, remédios fracos podem ser mais eficazes na superação de resistências políticas e enfrentar menos oposição da sociedade e dos demais Poderes no momento de execução e implementação, característica essencial quando se pensa nos problemas policêntricos, cujo processo de execução tende a ser longo e em larga medida dependente da cooperação prolongada e comprometida dos demais Poderes e da sociedade civil. O autor destaca que os remédios fracos podem assumir diferentes formas: a mera declaração ou, ainda, “uma exigência de que os agentes do

⁴⁴⁷ FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Tese (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 130.

⁴⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Op. cit.*, p. 244.

⁴⁴⁹ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 216.

⁴⁵⁰ VITORELLI, Edilson. *Op. cit.*, p. 539.

⁴⁵¹ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2009.



governo desenvolvam planos que prometam eliminar a violação constitucional em um período de tempo razoavelmente curto, mas não especificado”⁴⁵².

Em aplicação da técnica para os litígios estruturais, “em vez de orientar ações específicas, as decisões definem objetivos e métodos de controle da realização”⁴⁵³. Em outras palavras, “ao invés de ditarem comportamentos e desenharem política específicas, as decisões fornecem os *standards* segundo os quais as políticas deverão, *autônoma e negociadamente*, ser produzidas”⁴⁵⁴. São, portanto, medidas de intervenção mais sutis, que não tem impacto substitutivo dos Poderes Políticos. Existe, ainda, a preocupação relacionada ao risco de patrulhamento eterno de um poder por outro, com submissão da Legislativo e do Executivo ao Judiciário. Uma das sugestões acerca deste problema seria obrigado os juízes a articular uma estratégia explícita e realista para terminar a sua jurisdição⁴⁵⁵. A alternativa apresenta certa dificuldade de implementação, pois, como destacado, a execução tende a ser prolongada e o processo constante de reavaliação e redirecionamento dificilmente pode ter sua duração previamente determinada.

Outra alternativa, que considero mais vantajosa e viável, refere-se à indicação de experts ou painel de notáveis (*special masters*) para o acompanhamento da medida⁴⁵⁶, além da criação de um corpo formado por representantes dos Poderes e da sociedade civil e separado da Corte para avaliação dos avanços e acompanhamento da implementação das medidas. Mencionado corpo separado da Corte, cujos membros podem ser selecionados conjuntamente pela Corte e pelas Partes, pode contar com representantes da sociedade civil, dos demais Poderes Políticos e da própria Corte. Sob essa perspectiva, “autonomizar instrumentos de acompanhamento das reformas institucionais pode constituir em importante ferramenta para que o processo judicial possa ser concluído, mantendo-se tranquila a certeza de que os problemas inicialmente enfrentados não voltarão a ocorrer”⁴⁵⁷.

Assim, a possibilidade do juízo se valer de infraestruturas de apoio para auxiliar na execução das medidas não deve ser desconsiderada⁴⁵⁸, uma vez que tais entidades “poderiam absorver elementos afetos à condução, à análise ou à própria consolidação de aspectos necessários para a efetivação da decisão estrutural”⁴⁵⁹, o que reduziria a carga do Judiciário na fase executiva e ainda permitiria agregar competências relacionadas à gestão e implementação de

⁴⁵² “a requirement that government officials develop plans that hold out some promise of eliminating the constitutional violation within a reasonably short but unspecified time period.” *Ibidem*, p. 248.

⁴⁵³ “Instead of directing specific action, the decrees elaborate goals and methods of monitoring achievement.” SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Op. cit.*, p. 1026 (tradução nossa).

⁴⁵⁴ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.*, p. 228.

⁴⁵⁵ SANDLER, Ross; SCHOENBROD, David. *Op. cit.*, p. 197.

⁴⁵⁶ STURM, Susan. *Op. cit.*, p. 1371.

⁴⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Op. cit.*, p. 252.

⁴⁵⁸ CABRAL, Antonio do Passo. ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para resolução de conflitos coletivos: as claim resolution facilities e sua aplicação no Brasil. *Revista de Processo*, v. 287. São Paulo: Ed. RT, 2019, pp. 445 – 483.

⁴⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Op. cit.*, p. 294.



políticas públicas. Além do mais, referidas estruturas contam com relevante plasticidade, podendo ser organizadas de modo mais adequado de acordo com as finalidades a serem desempenhadas⁴⁶⁰.

Diante destas características, conclui-se que “a missão do processo estrutural é [deve ser] superar o bloqueio institucional e reconduzir o problema de violação massiva de direitos fundamentais para o ambiente ótimo de discussão, que é o da política”⁴⁶¹, sendo a desobstrução dos canais de discussão política e de elaboração de políticas públicas a principal contribuição que as Cortes Constitucionais podem aportar na resolução de problemas policêntricos cuja superação demanda a implementação de políticas públicas. Analisando a ADPF 347, Alexandre Vitorino conclui que o ambiente judicial não é a melhor alternativa institucional para o controle de políticas públicas e omissões fáctico-substanciais, razão pela qual o Estado de Coisas Inconstitucional e as *structural injunctions* não poderiam ser simplesmente importadas para o Brasil sem as devidas adaptações. O autor fixa, por fim, o conceito de bloqueio institucional como central para legitimar qualquer ação dialógica iniciada pelo Poder Judiciário, propondo que, em respeito às capacidades institucionais dos demais poderes, o diálogo institucional induzido pelos juízes aconteça sempre de forma subsidiária, por meio de remédios preponderantemente declaratórios e, quando possível, transitórios, posição a qual me alinho⁴⁶².

Cumprido esclarecer, portanto, que o papel das Cortes Constitucionais seria mais de indução e de fomento à atuação dos demais Poderes Políticos do que de substituição e imposição de medidas coercitivas. Defendo que a execução prolongada e a necessidade de comprometimento legítimo e duradouro dos demais Poderes e da sociedade civil para superação de problemas policêntricos que demandam a implementação de políticas públicas diminui a efetividade dos remédios fortes, pois a superação do problema e o sucesso da decisão depende, em grande medida, do engajamento voluntário e compromissado de outros agentes institucionais, o qual pode ser obtido de maneira muito mais eficaz com a adoção de remédios fracos e dialogados. Alinho-me, neste contexto, com a ideia defendida por Vanice Regina Lírio do Valle, segundo a qual:

O papel reservado ao Judiciário nesse contexto é o de indução à superação do tão referido bloqueio institucional. Significa dizer que deve ser rejeitada qualquer ação substitutiva das instâncias ordinárias de deliberação, seja porque faltaria ao Judiciário a aptidão institucional para engendrar essas soluções práticas, seja porque a substituição pura e simples não concorre para o resgate da normalidade institucional contaminada pela obstrução que se intenta superar. De novo, o resultado almejado pela proclamação do estado de coisas

⁴⁶⁰ MCGOVERN, Francis. The What and Why of Claim Resolution Facilities. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 5, April 2005, pp. 1361 – 1390, p. 1362.

⁴⁶¹ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 287.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 288.



inconstitucional é inaugurar um exercício de colaboração entre os poderes — e a substituição autorizativa será a antítese da ideia⁴⁶³.

Em analogia com o papel do Poder Judiciário no processo de falência ou insolvência empresarial, Sabel e Simon descrevem como deve funcionar a atuação das Cortes no chamado experimentalismo⁴⁶⁴, que se assemelha ao defendido neste trabalho com base na teoria do diálogo interinstitucional e dos remédios fracos de controle de constitucionalidade.

Assim como no caso da falência e da insolvência empresarial, nos litígios estruturais o papel das Cortes seria o de resolver problemas de coordenação entre várias partes interessadas, pois se deixadas para agir individualmente, as partes interessadas se comportariam de forma destrutiva coletivamente. No âmbito empresarial, a atuação do Judiciário visa evitar que aqueles que estão no controle da empresa desperdicem seus ativos com receio de perdê-los, da mesma forma que tem o objetivo de evitar uma corrida de credores com o intuito de pegar tudo aquilo que está à disposição, ambas atitudes que levariam à uma distribuição arbitrária e capaz de destruir qualquer valor de continuidade da empresa. Em suma, o Tribunal atua para facilitar a coordenação das partes interessadas e organiza o processo de forma a permitir que os interessados expressem suas reivindicações e organizem uma distribuição justa. O processo permite ainda a substituição ou a supervisão da administração por ou em nome dos interessados. Na resolução de problemas policêntricos, portanto, a Corte deveria coordenar as partes interessadas, evitando a atuação coletiva destrutiva e organizando de forma adequada os interesses das partes afetadas.

Antes de enfatizar as consequências positivas do diálogo interinstitucional para a litigância estrutural, é importante frisar, esquematicamente, quais seriam as características fundamentais da decisão capaz de gerar o diálogo interinstitucional:

Os litígios estruturais representativos do ativismo dialógico possuem três características: a) tendem a ditar ordens mais abertas que as do ativismo clássico; as sentenças da jurisprudência dialógica podem abrir

⁴⁶³ VALLE, Vanice Regina Lírio. Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção de uma Resposta Adequada. In: BOLONHA, Carlos; BONIZATTO, Luigi; MAIA, Fabiana. *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, pp. 331 – 354, 2016, p. 351.

⁴⁶⁴ “There is some analogy here to the role of the bankruptcy court or the equitable receiver in business insolvency. Part of the role of the court is to resolve coordination problems among the various stakeholders in the enterprise. Left to act as individuals, the stakeholders would behave in collectively destructive ways. Those in control of the organization would squander its assets rapidly in the expectation of being displaced. Anticipating this, each outside stakeholder would scramble to grab what she could before everything was gone. The resulting distribution would be arbitrary and would destroy any going-concern value of the enterprise. The court’s intervention facilitates stakeholder coordination. The court organizes a process in which the stakeholders scale back their claims to permit fair distribution and, if the enterprise has ongoing value, its continuation. When the enterprise is viable, this process makes it possible to attract new investment. The process also allows for replacement or supervision of management by or on behalf of the stakeholders.” SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Op. cit.*, p. 1066.



um processo de discussão de alternativas de políticas públicas para solucionar o problema estrutural; b) a implementação das medidas dá-se por mecanismos de acompanhamento periódico e público; ao manter a sua competência sobre o caso após a sentença, as cortes podem prolatar novas decisões à luz dos avanços e retrocessos do processo, além de orientar a discussão dos atores sociais envolvidos em audiências públicas e deliberativas; c) o ativismo dialógico tende a envolver um número mais amplo de atores sociais no processo de deliberação de políticas públicas a serem elaboradas e implementadas⁴⁶⁵.

3.3.3. Consequências positivas do diálogo interinstitucional para a litigância estrutural

Diante da perspectiva adotada, portanto, o efeito imediato do Estado de Coisas Inconstitucional seria o de “iniciar um diálogo institucional (supervisionado pelo Judiciário) de médio ou longo prazo vocacionado à reforma, parcial ou integral, de políticas públicas que sejam reputadas altamente ineficientes e lesivas à concepção de Constituição como ordem objetiva de direitos fundamentais”⁴⁶⁶. Há avaliações na literatura norte americana que indicam para elevação da qualidade dos resultados quando da adoção de remédios fracos e dialógicos. Nesse sentido, as decisões passaram a ter resultados mais satisfatórios quando os juízes, ao invés de imporem um sistema de eleição específica de providências e vincular as autoridades administrativas, passaram a criar ordens de cumprimento com compartilhamento de responsabilidade com as autoridades eleitas, as quais gozavam de liberdade para realizar experimentalismos institucionais, no âmbito de sua esfera de discricionariedade⁴⁶⁷.

Uma primeira consequência positiva da adoção do diálogo interinstitucional pelas Cortes ao enfrentarem problemas policêntricos é que, após terem realizado o importante papel de inserir na agenda política um tema que antes era objeto de bloqueio institucional, elas possuem maiores chances de angariarem a cooperação dos demais poderes, elemento essencial na solução do problema. Neste sentido, a opção pela construção dialógica de uma solução possui maior aptidão para despertar o engajamento dos demais Poderes que, apesar de provocados a se manifestar e a agir, terão participação na conformação das políticas públicas alternativas, razão pela qual tenderão a aceitar e se envolver com mais afinco na consecução do quanto decidido. Em suma, sendo a superação do funcionamento disfuncional e violador de direitos da burocracia afetada dependente, essencialmente, da colaboração do Poder Público por suas autoridades e corpo técnico, deve-se optar pela modalidade que desperta

⁴⁶⁵ GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a, v. 16, pp. 79-111, 2017, p. 107.

⁴⁶⁶ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 178.

⁴⁶⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. *Op. cit.*, p. 1016.



maiores chances de participação engajada, comprometida e duradoura destes, a que ocorre por intermédio do diálogo interinstitucional.

Além deste primeiro aspecto, é possível destacar que o diálogo interinstitucional permite que a Corte Constitucional atenuar os seus problemas relacionados à falta de capacidade institucional para lidar com as políticas públicas, pois, através da participação dos Poderes Políticos, o instrumental relevante para formulação de políticas públicas também estará à disposição da Corte. Afirma-se, portanto, que “desde que o juiz se munda de assessoria técnica competente, permita o diálogo adequado entre os sujeitos processuais e os demais agentes que possam contribuir para a compreensão da controvérsia e esteja disposto a aprender, nada indica que não poderá se tornar capaz de decidir bem um processo estrutural”⁴⁶⁸. De forma ainda mais evidente, os funcionários técnicos do executivo e Legislativo desempenharão papel relevante na superação da problemática, pois poderão suprir o déficit informacional e técnico dos juízes e, portanto, solucionar a incapacidade institucional das Cortes para a formulação de políticas públicas eficientes.

Por fim, deve-se apontar ainda que essa vertente mais amena do Estado de Coisas Inconstitucional, em que não ocorre “a usurpação de funções constitucionais de outros poderes, seria consentânea com a nossa tradição constitucional e respeitaria as esferas em que a especialização funcional e maior capacidade técnica desses os torna, de um prisma da teoria institucional, mais aptos para a tomada de decisões políticas, com impacto alocativo”⁴⁶⁹. Neste sentido, a não usurpação das funções dos outros poderes aumenta a legitimidade das mudanças e dos impactos propostos, pois um sistema aberto e participativo de jurisdição constitucional não desestabiliza as instituições sócio-políticas democráticas⁴⁷⁰. A preferência pelo diálogo interinstitucional, portanto, aporta a importante vantagem de reduzir as deficiências e as críticas relacionadas à legitimidade, pois envolve os Poderes Políticos na reformulação das políticas públicas deficitárias, sem que ocorra a substituição destes pelos juízes.

A posição que sustento, portanto, é no sentido de que o diálogo interinstitucional é uma alternativa viável para proporcionar o envolvimento benéfico das Cortes Constitucionais na solução de problemas policêntricos que demandam a implementação de políticas públicas. Ao realizar uma análise dos argumentos da literatura, combinados com os elementos da análise empírica dos julgados de Estado de Coisas Inconstitucional da Corte Constitucional da Colômbia e do Supremo Tribunal Federal brasileiro, constatou-se que o Poder central das Cortes estava relacionado à sua capacidade de enfatizar o problema, chamando atenção para sua importância, além de superar bloqueios institucionais e proporcionar a articulação entre os Poderes Políticos e a sociedade civil. Por outro lado, as principais dificuldades enfrentadas, que

⁴⁶⁸ VITORELLI, Edilson. *Op. cit.*, p. 128.

⁴⁶⁹ SILVA, Alexandre Vitorino. *Op. cit.*, p. 229.

⁴⁷⁰ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *O pêndulo da democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos, uma via pluralista para a construção social do sentido da constituição*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004, p. 106.



serviram de justificativa para os resultados insatisfatórios em algumas intervenções, são a necessidade de cooperação de outros atores estatais, a falta de instrumentos específicos para a formulação de políticas públicas e a falta de legitimidade democrática da Corte. Em referido contexto, a diálogo interinstitucional surge como alternativa ideal para extrair os benefícios relevantes da litigância estrutural, minorando ou mesmo eliminando as principais causas de fracasso das tentativas pretéritas de intervenção das Cortes nesta temática.

Assim, a intervenção da Corte, através do diálogo interinstitucional, passa a ser especialmente dimensionada para atrair atenção ao problema e proporcionar o debate interinstitucional, sendo, desta forma, estruturada de maneira a potencializar o efeito simbólico da decisão, capaz de superar os bloqueios institucionais existentes e articular os demais Poderes com o intuito de superação da problemática. Ademais, as dificuldades relatadas pela literatura e verificadas na análise de casos são eliminadas ou, ao menos, minimizadas na medida em que a Corte opta por uma abordagem dialógica. Neste sentido, a inserção dos demais Poderes no processo decisório, que passa a ser dialogado, facilita a obtenção da necessária cooperação destes para o sucesso da decisão. Ademais, a participação dos Poderes Políticos e da sociedade civil supre a escassez de instrumentos essenciais à formulação de políticas públicas de que sofre a Corte. Não menos importante, a participação de relevantes atores políticos e sociais aumenta a legitimidade da decisão, sem que haja poder em demasia da Corte na determinação das políticas públicas, aspecto que, além de contribuir para superação do problema da legitimidade, favorece também a efetividade da decisão, que possui mais chances de ser concretizada, quanto mais legítima for.



Conclusão

A intervenção do Poder Judiciário e, em especial, das Cortes Constitucionais em matérias que se relacionam com a implementação de políticas públicas não é novidade e, apesar de ter sofrido intensificação nos últimos anos e ganhado novas figuras, como é o caso do Estado de Coisas Inconstitucional, remonta ao século passado. O fenômeno, apesar de complexo e multilateral, tem sido abordado essencialmente pela perspectiva da legitimidade, deixando-se de lado, ou ao menos com menor atenção, a perspectiva da capacidade institucional das Cortes Constitucionais para solucionar problemas que dependem da implementação de políticas públicas, razão pela qual este trabalho voltou seu olhar para a aptidão das Cortes de promover mudanças sociais a partir de decisões que lidam com a elaboração e implementação de políticas públicas.

Como analisado na Parte I deste trabalho, o Estado de Coisas Inconstitucional pode ser considerado uma espécie de litígio estrutural, cuja classificação e natureza remontam às decisões da Suprema Corte Norte Americana no século passado, em especial a decisão *Brown vs. Board of Education*. Ao decidir que o sistema de educação segregado não era constitucionalmente legítimo, a Corte teve que se engajar em um amplo processo de redesenho institucional e de edição de novas políticas públicas para que a decisão declaratória inicial não restasse letra morta. A dificuldade da intervenção e os percalços enfrentados na efetivação do conteúdo decisório levaram à propagação de rica literatura a respeito do tema. Desde o princípio, foram relatados como principais desafios a resistência dos Poderes Políticos em implementar as determinações da Corte, a necessidade de uma aplicação capilarizada e adaptável dos comandos e, por fim, a carência de instrumental específico que sofria a Corte, não habituada e, para alguns autores, não capacitada para abordar o tema das políticas públicas.

Nada obstante a disputa acerca dos elementos determinantes para o (in)sucesso da decisão e da importância da decisão para efetivação da dessegregação, não se pode desconsiderar o impacto o gerado pela intervenção da Suprema Corte dos Estado Unidos na matéria. Assim como nas decisões relacionadas aos presídios do Estado do Arkansas, a manifestação da Corte desencadeou uma série de reações e uma série de novos arranjos que, indubitavelmente, contribuíram para alteração do *status quo*. Causal ou não, determinante ou não para produção da alteração da realidade, antecipando ou não uma mudança social que aconteceria, a decisão da Corte a respeito do tema funcionou como combustível e propulsor dos eventos seguintes que culminaram na superação do sistema escolar segregado.

A Corte, evidentemente, não laborou só no assunto, nem poderia, individualmente, ter concretizado a mudança integral do sistema escolar norte americano. Apesar dessa constatação inicial, não se descarta o papel relevante da decisão no processo de debate sobre a questão, nem seu caráter propulsor para as medidas legislativas e executivas que, ao lado do quanto empenhado pelo Judiciário, foram relevantes para superação do *status quo ante*. Deve-se, então,



rejeitar a crítica meramente legalista, que abstrai a Suprema Corte do sistema político e cultural no qual ela opera, mas, ao mesmo tempo, não se deve desprezar o papel que a decisão da Suprema Corte desempenhou, sobretudo diante da consideração de que sem o incentivo ou impulso inicial da decisão, muitos anos a mais poderiam ter sido necessários para que efetivamente se avançasse rumo a dessegregação.

Da mesma forma, existem, já na experiência precedente, sobretudo no caso das penitenciárias do Arkansas, considerações relevantes da Corte acerca da possibilidade de promover uma solução dialógica e a preferência por evitar medidas imediatas e específicas, as quais, se em descompasso com o quanto possível a ser realizado pelos Poderes Políticos diante das limitações fáticas e orçamentárias, seriam infrutíferas. Desde logo, portanto, discutiu-se qual seria a natureza apropriada dos remédios a serem adotados em situações nas quais a Corte identificasse uma inconstitucionalidade cuja superação poderia ocorrer apenas mediante a elaboração e implementação de políticas públicas visando a reestruturação de uma burocracia estatal. Como se verificou, portanto, já na Parte I deste trabalho, o sucesso das demandas estruturais estava fortemente relacionado à habilidade da Corte de lidar com fatores extrajurídicos e de convencer os demais Poderes Políticos e a sociedade civil a adotarem uma postura cooperativa.

O transplante das avaliações e das reflexões realizadas a respeito da litigância estrutural para o contexto do Estado de Coisas Inconstitucional operou-se a partir da percepção de que ambas as figuras lidam como problemas policêntricos, classificados neste trabalho como aqueles em que há violação repetida e acentuada de direitos fundamentais de um grupo relevante de indivíduos decorrente do mau funcionamento de uma burocracia estatal na implementação de políticas públicas ou na aplicação de uma política pública insuficiente ou orientada por parâmetros inconstitucionais. Assim como no caso da *public law litigation*, nos julgados de declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional, a existência de um problema policêntrico demandou uma solução de especial complexidade, pois a problemática só poderia ser remediada com a reestruturação de uma série de estruturas, funções estatais e da política pública pertinente para proteção e realização dos direitos tutelados.

Ao analisar, ainda na Parte I deste trabalho, as avaliações positivas da intervenção das Cortes na temática das políticas públicas, sobretudo a partir da perspectiva dos autores Owen Fiss, Abram Chayes, Charles Sabel e Willian Simon, constatou-se a percepção da inevitabilidade da litigância estrutural dado surgimento de uma sociedade dominada pela operação de organizações de grande escala e a relevância concedida às funções de inserção no debate público de interesses subrepresentados e de reestruturação das dinâmicas de força previamente existentes entre os interessados, além da possibilidade de superação de bloqueios institucionais. Os autores, sem desconsiderar as dificuldades enfrentadas pelas Cortes, apontam para alternativas suficientes para sanar os problemas, como a possibilidade de fornecer o conhecimento necessário para elaboração e implementação de políticas públicas através de peritos ou de



estruturas auxiliares, como *special masters*, ou através do incentivo à construção de uma solução dialogada.

Neste sentido, despertaram especial atenção e vieram a ser reforçadas pelo estudo empírico de casos, as ideias de Sabel e Simon sobre o experimentalismo, além da posição, sustentada também neste trabalho, de que a atuação das Cortes é menos invasiva quando se limita a constatar a anormalidade na política pública e atribui o reajuste aos agentes políticos ou, envolvendo-se no reajuste, o realiza de maneira dialógica. Assim como os autores, considero que a construção das soluções para os problemas policêntricos na forma de um diálogo contínuo e bastante hesitante com outros elementos políticos tende a gerar resultados mais satisfatórios. Como será apresentado em sequência, a conclusão deste trabalho em muito se assemelha à conclusão dos autores, uma vez que experimentalismo possui muitos traços daquilo que veio a ser concretizado pela teoria do diálogo interinstitucional.

Em contrapartida às avaliações positivas, destacou-se uma visão negativa da capacidade institucional das Cortes a partir das ideias de Leon Fuller, Gerard Rosenberg e Donald Horowitz.

Para Fuller, as Cortes atuam a partir de um modelo de participação pautado na apresentação de provas e argumentos racionais, com viés retrospectivo, e a composição de conflitos por um juiz não seria uma fórmula própria para ordenamento social em áreas que dependem de colaboração espontânea de diversas instituições humanas, sobretudo diante da constatação de que muitas informações necessárias para elaboração de políticas públicas dependeriam de *inputs* especializados e variados, que somente poderiam ser adquiridos através de um processo complexo de franquia de participação a um número bastante disperso de pessoas. Como se viu posteriormente, sobretudo no capítulo 9, grande parte destas críticas está circunscrita a um desenho institucional que não existe mais, sendo comum, hoje, que o Judiciário se valha de um processo mais amplo e mais colaborativo. Ademais, a necessidade de informações especializadas não é negada nem mesmo por aqueles que defendem a litigância estrutural, existindo caminhos possíveis para superar este problema.

Em relação a críticas de Rosenberg, viu-se que o autor visualiza os Tribunais como agentes intrinsecamente inefetivos de mudança social. Além disso, defende que as poucas mudanças obtidas e atribuídas ao Poder Judiciário seriam decorrência do contexto legal e social e, na verdade, atribuíveis ao Congresso, à mobilização popular e aos incentivos externos ao cumprimento da decisão judicial. Nada obstante essa advertência inicial do autor, constata-se que este não é capaz de negar a possibilidade de que a mobilização popular e as ações do Congresso, posteriores à decisão da Corte, tenham fundamento nesta. Assim, apesar de negar a reforma social significativa baseada na autoridade do Tribunal, Rosenberg não refuta os poderes de persuasão, legitimidade e capacidade de dar destaque à questão do Tribunal. Ao contrário do autor, considero que as medidas, atribuíveis a outros atores, mas que remontam à influência e papel de persuasão da decisão inicial da Corte a respeito do tema, devem ser também elementos considerados para favorecer a avaliação positiva do papel



desempenhado pelas Cortes Constitucionais na solução de problemas policêntricos.

A tentativa de distinção do autor e o intuito de reduzir a importância dos efeitos de persuasão, legitimidade e capacidade de dar destaque à questão do Tribunal não convencem. De fato, nenhuma mudança social pode ser proporcionada de forma unilateral e nem mesmo os defensores da litigância estrutural defendem isto ou a capacidade das Cortes, por atuação individual, de transformarem sua decisão declaratória de inconstitucionalidade em realidade. Neste sentido, também as decisões e ações do Congresso e do Executivo não podem ser compreendidas como de efetividade unilateral. A título de exemplo, os avanços legislativos que proporcionaram o fim da segregação apenas se tornaram realidade, em grande medida, pelo *enforcement* realizado pelo Judiciário. Assim, a edição da lei pelo Legislativo, por si só, não resolveu o problema, mas apenas a aplicação dos novos dispositivos legais pelo Executivo, em conjunto com a sanção do Judiciário aos casos de desvio, que permitiu a transformação do comando normativo em realidade. Não há, portanto, contribuição puramente individual e unilateral. Não se tira o mérito do Legislativo e do Executivo, nem a importância da atuação destes para as reformas sociais relevantes, mas afirmar estes elementos não pressupõe negar o envolvimento e contribuição da Corte na temática, que, a meu ver, é inegável.

Acrescenta-se, ainda, que a terceira limitação das Cortes descrita por Rosenberg (incapacidade do judiciário de desenvolver políticas adequadas e implementá-las), que mereceu maior atenção pela relação íntima com a crítica da capacidade institucional, repete argumentos relacionados ao fato de as Cortes não possuírem decisões autoexecutáveis, já que demandam a ação posterior dos demais Poderes e do povo para serem concretizadas. A Corte seria, portanto, dependente do apoio dos outros ramos e dos atores da elite, que precisariam apoiar e agir para implementar a decisão. Como mencionado, este aspecto não é falso, mas merece ser visto com cautela, pois, a priori, mesmo as decisões do Executivo e do Legislativo dependem de apoio social e dos demais Poderes para serem efetivadas. É fato que a intervenção das Cortes na seara das políticas públicas desperta maior resistência, uma vez que envolve uma crítica severa de ilegitimidade democrática, mas, como defendido neste trabalho, este problema pode ser contornado através da adoção de remédios fracos e da elaboração de medidas pautadas na interação dialógica entre os Poderes.

Ainda em relação às críticas, é importante destacar que os apontamentos realizados por Horowitz sobre a exigência de especialização técnica para o desenho de políticas públicas, a qual os juízes não possuiriam, são aceitos como verdadeiros por este trabalho. A ausência de especialização, no entanto, não deve impedir o engajamento da Corte, mas reforça a necessidade de que esta convoque os demais Poderes Políticos e a sociedade civil para participar da elaboração das políticas públicas substitutivas, enquanto medida apta para suprir as deficiências técnicas constatadas. As principais e mais importantes críticas à intervenção das Cortes nos problemas policêntricos cuja superação demanda a implementação de políticas públicas são, portanto, respondidas quando se adota o modelo do diálogo interinstitucional, pois este tem aptidão para sanar a deficiência técnica



e proporcionar o engajamento dos demais Poderes Políticos e sociedade civil, facilitando sua cooperação voluntária posterior.

Em seguida, a análise dos casos, realizada na Parte II do trabalho, reforçou as percepções inicialmente extraídas das discussões teóricas abordadas na Parte I. Nos três casos analisados (Sentencia T-153/1998, que tratou do sistema prisional colombiano; Sentencia T-025/2004, que abordou o caso das pessoas deslocadas em razão de conflitos; e ADPF-MC 347, sobre o sistema prisional brasileiro), percebeu-se o potencial simbólico das decisões judiciais na temática, bem como a potencialidade de se estabelecer um diálogo interinstitucional, oportunidade que não foi tão bem aproveitada nestas situações.

No caso da Sentencia T-153/1998, foi possível identificar o papel relevante da Corte no esclarecimento da responsabilidade de várias autoridades nacionais e departamentais, além da necessidade de colaboração determinada destas para obtenção das mudanças pretendidas. Além disso, a revelação de que o problema, apesar de grave, não ocupava destaque na agenda política, contribui também para afirmação no sentido de que a Corte desempenhou importante papel ao chamar atenção para o tópico. Em relação ao resultado insatisfatório das medidas, esta avaliação deve ser vista com reserva. Há, de fato, a permanência de um Estado contrário às normas constitucionais, no entanto, assim como reconheceu a Corte, importantes benefícios foram conquistados, bem como avanços relevantes para proteção dos direitos dos detentos. O longo processo e a demora para superação efetiva do Estado de Coisas Inconstitucional não deve obscurecer os avanços obtidos. Além disso, tendo em vista que antes da decisão a situação não era um assunto, sua conversão em tópico de debate e atenção pública, por si só, representa importante passo rumo a superação da problemática.

Em relação às razões pelas quais a decisão não obteve maior sucesso, alinho-me ao primeiro e ao terceiro grupo de críticas avaliadas no capítulo 5.4, isto é, considero que a decisão não teve melhores resultados pois, de um lado, emitiu uma pluralidade de ordens sem sistemática coerente de supervisão do cumprimento de sentença e, de outro lado, concentrou muitas especificações e ordens na própria Corte, sem respeitar as competências institucionais e a noção de especialização de funções. Neste sentido, defendo que, pelas razões já descritas e abaixo reafirmadas, o resultado teria sido mais satisfatório caso a Corte tivesse optado pelo diálogo interinstitucional com os demais Poderes e com a sociedade civil já no momento do redesenho das políticas públicas e, além disso, tivesse optado por um sistema de supervisão e acompanhamento, mesmo que externo.

No caso da Sentencia T-025/2004, constatou-se uma situação particular em que não havia uma omissão plena ou posição de indiferença dos Poderes Políticos, como se observou no caso dos presídios, mas, apesar da atenção institucional dos Poderes Executivo e Legislativo, as dificuldades para superar o problema dos *desplazados* eram relacionadas à própria natureza da situação, que, sem dúvidas, demandava esforços múltiplos e a articulação de políticas públicas amplas e intensas. Neste sentido, a demanda à Corte Constitucional demonstrou,



novamente, a aptidão desta para dar início a um processo coordenado de interação interinstitucional visando a superação de problemas policêntricos.

Tem-se como proveitoso da experiência o papel relevante que desempenhou o Conselho Nacional de Atenção à População Deslocada. O acompanhamento realizado pelo órgão permitiu a criação de melhores índices para avaliação dos avanços, bem como descentralizou a tarefa de acompanhamento e avaliação das medidas adotadas. É de se criticar, no entanto, o prazo irrealista estabelecido pela Corte para que, em 6 meses, fossem concluídas todas as ações necessárias destinadas a garantir que todas as pessoas deslocadas tivessem proteção mínima efetiva dos seus direitos. Existia, de fato, necessidade de adoção de medidas emergenciais, visando a proteção dos direitos fundamentais do grupo, no entanto, pressupor que um problema de décadas e que afetava milhões seria passível de resolução em 6 meses não era verossímil, perdendo a decisão em credibilidade e realidade.

Nada obstante, foi extremamente valiosa a contribuição da Corte no que se refere aos efeitos indiretos e simbólicos da decisão. Apesar dos efeitos materiais da decisão não terem atingido os resultados esperados (apesar de não serem irrisórios), é importante que se valorize os efeitos indiretos e simbólicos da decisão, que, ao reconhecer os deslocados como minoria em situação grave, favoreceu a atenção a estes, seja do governo, seja da população, o que favorece os caminhos formais e informais, pela sociedade civil, de superação do problema. Novamente, identifico os excessos da Corte e a postura mais impositiva do que dialógica, além dos prazos irrealistas, como grandes vilões da efetividade da decisão e do seu potencial transformador.

A decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 apresentou raciocínio e problemas semelhantes ao que se verificou nas decisões da Corte colombiana. O grupo vítima da violação, presidiários, revela mais uma vez a relevância da atuação diante de grupos minoritários e impopulares, o que desestimula a busca de soluções pelo sistema político e pela burocracia estatal. A decisão contou com relevantes reflexões sobre a capacidade institucional das Cortes e sobre o papel do Estado de Coisas Inconstitucional e o STF reconheceu que, apesar de não ser o mais apto abstratamente para abordar a questão, a falência total das políticas em vigor justificava sua intervenção, desde que pautada em técnicas decisórias mais flexíveis, baseadas no diálogo e cooperação entre os diversos poderes estatais, além do estabelecimento de um sistema de acompanhamento da implementação, para que fosse possível sanar os problemas.

O racional da decisão parecia, portanto, extremamente promissor, com a propositura de um papel mais ameno da Corte, de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e as novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Houve, portanto, ênfase no papel que o Tribunal deveria desempenhar na superação dos bloqueios políticos e institucionais, sem afastar os Poderes Políticos dos processos de formulação e implementação das políticas públicas. A decisão, no então, ficou no mero plano simbólico e retórico, em grande parte por conta da proposta de estímulo do debate sobre as alternativas não ter se concretizado, nem o acompanhamento posterior da decisão. O grande



problema, portanto, foi a falta de verdadeira coordenação das instituições estatais envolvidas na causa e de encorajamento à participação da sociedade civil para o dinamismo do processo e diálogo. Destaca-se, em especial, a indiferença do STF diante da não apresentação de informações pelas partes, além do decurso de quase 1 década desde a medida cautelar até que se julgasse em definitivo o mérito da causa. A proposta promissora, portanto, não se transformou em ação do Tribunal.

Aqui é importante enfatizar que a tese defendida, apesar de propor um papel mais modesto das Cortes na resolução de problemas policêntricos que dependem da implementação de políticas públicas, não dispensa a atuação destas, nem exonera as Cortes de importante papel diante da constatação de um Estado de Coisas Inconstitucional. Assim, cabe à Corte Constitucional, constatada a situação de fato violadora de direitos fundamentais cuja correção depende da implementação de políticas públicas, assegurar a superação dos bloqueios institucionais e garantir o início da interação dialógica entre os Poderes, com a construção de mecanismos de adequados para acompanhamento da implementação. Concordar que a teoria do diálogo interinstitucional é mais profícua significa aceitar que as Cortes não são capazes de sozinhas superar os problemas policêntricos, mas não descarta a importância e a necessidade da intervenção destas para o desenho de propostas, sendo indispensável que a Corte, tendo ciência de suas capacidades e de suas responsabilidades, as exerça de forma a garantir o início e a permanência do processo cooperativo entre os Poderes e a sociedade civil.

Em síntese, a atuação da Corte não é suficiente, mas não deixa de ser necessária, sobretudo quando se vislumbra a existência de um bloqueio institucional ou de um direito de um grupo minoritário excluído da agenda política. E foi neste sentido que conclui, diante da análise da literatura e do estudo de casos, que a partir das capacidades e limites da atuação das Cortes, deve-se optar pelo diálogo interinstitucional como mecanismo apto a otimizar os resultados da intervenção das Cortes em problemas policêntricos cuja superação depende da implementação de políticas públicas.

A capacidade institucional, como desenvolvido no decorrer do trabalho, é aquilo que determinado órgão, Poder ou instituição pode (está capacitado a) realizar de maneira satisfatória, ou seja, são as funções que determinada instituição, dentro do complexo arranjo institucional existente, possui aptidão para desempenhar com qualidade. Ao analisar os elementos pertinentes sobre a resolução de problemas policêntricos pelas Cortes Constitucionais e a tentativa de promoção da efetividade de suas decisões que dependem da implementação de políticas públicas, defendo que as Cortes apresentam capacidade para o desempenho de importantes funções associadas à superação dos problemas policêntricos, mas não todas, razão pela qual sustento a tese de que a abordagem judicial deve favorecer o diálogo interinstitucional, pois, através da interação com os demais poderes, as capacidades destes podem suprir as deficiências inicialmente enfrentadas pelas Cortes.

A Corte, portanto, possui especial capacidade para dar destaque ao problema a partir do poder simbólico das decisões judiciais, superar bloqueios



institucionais e inserir interesses excluídos do debate na arena política, além de articular os Poderes a partir do processo. Apesar de desempenhar essas funções, que são importantes para elaboração e implementação de políticas públicas, de maneira satisfatória, as Cortes sofrem limitações relevantes para outras atividades também indispensáveis no contexto de elaboração de políticas públicas, sobretudo porque estas dependem da cooperação de muitos agentes, exigem conhecimento específico e instrumental típico dos Poderes Legislativo e Executivo e tem a facilidade de implementação diretamente relacionada à sua avaliação como legítimas. O diálogo interinstitucional é alternativa capaz de enfatizar as funções que a Corte é capaz de desempenhar satisfatoriamente, valendo-se da participação dos demais Poderes Políticos e da sociedade civil para a realização das outras funções essenciais para elaboração e implementação das políticas públicas que não seriam realizadas de maneira eficiente pela Corte.

Nesse sentido, defendo que o juiz deve ser um agente que desobstrui os caminhos para a solução, mais do que o produtor desta solução, sendo a desobstrução dos canais de discussão política e de elaboração de políticas públicas a principal contribuição que as Cortes Constitucionais podem aportar na resolução de problemas policêntricos cuja superação demanda a implementação de políticas públicas. Valem, neste sentido, os apontamentos realizados por Sabel e Simon acerca do experimentalismo, abordagem que prioriza a negociação e a adoção de medidas de revisão contínua, muito semelhante à noção aqui proposta de diálogo interinstitucional.

Logo, a atuação da Corte deve priorizar normas mais flexíveis e provisórias com procedimentos para a participação contínua das partes interessadas. Assim, as regras e novas políticas públicas devem ser construídas em diálogo com os demais atores, o que diminui, igualmente, a objeção da capacidade gerencial, pois as reformas são oriundas de um contínuo processo colaborativo que aproveita também da expertise dos poderes políticos. O efeito *status quo* apontado pelos autores é extremamente importante na perspectiva que possuo, pois, como Sabel e Simon defendem, a condenação do *status quo* pelas Cortes Constitucionais, como ocorre nas decisões que declaram a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, tem efeito cognitivo relevante de estigmatizar a situação contemporânea e impulsionar a mudança necessária. A classificação de determinada situação ou burocracia como “Inconstitucional” é, de fato, impulso importante na busca de alternativas e tem capacidade para movimentar os demais Poderes Políticos e a sociedade civil.

A capacidade das Cortes Constitucionais para lidar com o problema policêntricos que demandam a implementação de políticas públicas depende, portanto, da adoção do diálogo interinstitucional, no qual as partes interessadas derivam de forma colaborativa padrões, procedimentos para revisá-los e mecanismos de responsabilidade e de acompanhamento. Tendo em vista, entretanto, o perigo de que vitórias simbólicas sejam confundidas com vitórias substantivas e à decisão declaratória da Corte não se sigam mudanças efetivas da realidade, defendo a criação de corpos formados por representantes dos Poderes e da sociedade civil e separados da Corte para avaliação dos avanços e acompanhamento da implementação das medidas. Mencionado mecanismo



autônomo de acompanhamento, como visto, assegura que a implementação da decisão ocorrerá, evita retrocessos e permite que o processo possa ser encerrado, sem a indeterminação da duração da jurisdição supervisora da Corte.



Referências Bibliográficas

ALARCON, Sylvio. Controle de constitucionalidade, democracia deliberativa e diálogo constitucional: uma aproximação a partir do princípio da separação de poderes. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 17, n. 26, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. Vol. 225, 2013, pp. 389 – 410.

ARGUELE, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, pp. 6 – 50, 2011.

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: BONILLA, Daniel Maldonado. *Constitutionalism of the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 129 – 159.

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro*, N.º 63, 2008, p. 321.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn) thesis*, v. 5, n. 1, pp. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência* – 8ª. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BASTOS, Douglas de Assis; KRELL, Andreas Joachim. O Estado de Coisas Inconstitucional como ativismo dialógico-estrutural para concretização de direitos fundamentais: limites para o controle judicial de políticas penitenciárias. *Direito & Paz | São Paulo, SP-Lorena | Ano IX*, n. 37, p. 293-308, 2017.

BELL, Derrick A. Jr. Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation. *Yale Law Journal*, vol. 85, no. 4, March 1976, pp. 470-517.

BERGALLO, Paola. Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. *Yale Law School SELA (Seminario em Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, 2005.



BONILLA, Daniel Maldonado. *Constitutionalism of the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BREST, Paul; LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. et Alia. *Processes of Constitutional Decision Making – Cases and Materials*. Nova Iorque: 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Jan/Mar 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para resolução de conflitos coletivos: as claim resolution facilities e sua aplicação no Brasil. *Revista de Processo*, v. 287. São Paulo: Ed. RT, 2019, pp. 445 – 483.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. *Activism in a Violent Context: The Origin, Role and Impact of the Colombian Constitutional Court*. Washington University Global Studies Law Review, vo. 3, 2004

- a) CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, May, 1976, Vol. 89, No. 7 (May, 1976), pp. 1281-1316.
- b)
- c) CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil. Tomo I*. Campinas: Bookseller, 2000.



COLAÇO FILHO, Raimundo Evandro. O “Estado de Coisas Inconstitucional” e a judicialização da política pública no âmbito do sistema carcerário brasileiro: mitigação do princípio da separação de poderes?. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, v. 9, n. 2, pp. 179-199, 2017.

COURTIS, Christian. El caso ‘Verbitsky’: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?. In: Victor Abramovich. *Colapso del sistema carcelario*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina: Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS, 2005.

CUMMINGS, Scoot L.; RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. *Fordham Urban Law Journal*, v. 36, n. 4, pp. 603–652, 2009.

DA SILVA, Aurélia Carla Queiroga; DO NASCIMENTO, Rayanny Sillvana Silva. Estado de Coisas Inconstitucional como forma de Proteção dos Direitos Fundamentais no Sistema Penitenciário Brasileiro. *Revista Transgressões*, v. 8, n. 2, p. 262-277, 2020.

DA SILVA, José Afonso. Acesso à justiça e cidadania. *Revista de direito administrativo*, v. 216, pp. 9-23, 1999.

DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*. Curitiba: Juruá, 2019.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong form versus weakform judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 2007, pp. 391 – 418.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *O pêndulo da democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos, uma via pluralista para a construção social do sentido da constituição*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

DOS SANTOS, Helena Maria Pereira; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D’Alessandro; DAS CHAGAS, Tayná Tavares. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. *Revista Quaestio Iuris*, v. 8, n. 4, p. 2596-2612, 2015.

DECKER, Deborah. Consent decrees and the prison litigation reform act of 1995: usurping judicial power or quelling judicial micro-management? *Wisconsin Law Review*, vol. 1997, no. 6, 1997, pp. 1275-1322.

DE LIMA LOPES, José Reinaldo. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista USP*, n. 21, pp. 22-33, 1994.



DIDIER, Fredie. ZANETI, Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandre. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 353 – 368.

DIVER, Colin S. The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. *Virginia Law Review*, Feb., 1979, Vol. 65, No. 1 (Feb., 1979), pp. 43-106.

DRAGO, Guillaume. *Contentieux constitutionnel français* – 5. ed. – Paris: Editora PUF, 2020.

EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen. The Ordinary and The Extraordinary in Institutional Litigation. *Harvard Law Review*, 1979-1980, pp. 465-517.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos; Revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2010.

FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. A liquidação da sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 191 – 210.

FASSASSI, Idris. *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis – Étude critique de l'argument contre-majoritaire*. Dalloz, 2017.

FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: How the courts reformed America's prisons*. Cambridge University Press, 2000.

FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Tese (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Bloqueios Institucionais do Sistema Político. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Lições de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 184 – 199.

FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen M. Foreword: The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, 1979, pp. 1-58.



FISS, Owen M. Um Novo Processo Civil. *Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

FISS, Owen M. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria geral do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007.

FONSECA, Karla Ulman da. *Bloqueio institucional do sistema político: impactos à qualidade da democracia*. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2023.

FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, n. 92, 1978-1979, pp. 353 – 409.

GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Organização e tradução: Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

GALDINO, Matheus Souza. *Processos Estruturais: Identificação, Funcionamento e Finalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

GARAVITO, César Rodríguez. Más Allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional”. In: *Más allá del desplazamiento – Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009.

GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, vol. 89, pp. 1669 – 1698.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: De Justicia, 2010.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015.

GONÇALVES, Cristiane Lopes. *O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e as suas possíveis consequências na ordem jurídica brasileira*. Dissertação em Pós-graduação. Centro Universitário de Brasília, 2016.



GROSSMAN, Joel B. Judicial Legitimacy and the Role of Courts: Shapiro's Courts. *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 1984, n.º. 1, Winter 1984, pp. 214-222.

GROTERHORST, Rebecca. *Papel das Cortes Constitucionais na América Latina. Reflexões sobre impacto e implementação de decisões transformadoras*. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a, v. 16, p. 79-111, 2017.

HERNANDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la Dimensión Objetiva de los Derechos Fundamentales y Labor del Juez Constitucional Colombiano em sede de acción de tutela: el llamado estado de cosas inconstitucional". *Revista de Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2003, pp. 203 – 228.

HIRSCHMAN, Albert O. *The Strategy of Economic Development*. New Haven: Yale University Press, 1958.

HOROWITZ, Donald L. *The courts and social policy*. Brookings Institution Press, 2010.

HUAROTO, Beatriz Mayling Ramirez. *Estado de Cosas Inconstitucional' y sus Posibilidades como Herramienta para el Litigio Estratégico de Derecho Público. Una Mirada en la Jurisprudencia Colombiana y Peruana*. Dissertação de Mestrado. Pontificia Universidade Católica do Peru, 2013.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes na Jurisdição Constitucional: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. 3 ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to civil rights: The Supreme Court and the struggle for racial equality*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

KLARMAN, Michael J. *Unfinished Business*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7, pp. 192-196.



LAGE, Daniel Dore; DA SILVA BRUGGER, Andrey. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. *Revista Publicum*, v. 3, n. 2, p. 193-240, 2017.

LAMÊGO, Gustavo Cavalcanti. Técnicas de cooperação judiciária nacional aplicadas a processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 491 – 518.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, v. 3, n. 1, p. 69-80, 2011.

MACHADO, Daniela Sanclemente; VILALLOBOS, Carlos José Lasprilla. *El Juiz de Tutela como Arquitecto Dei Estado Social de Derecho*. Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana, 2014.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, v. 15, pp. 1 – 37, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2012.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução: Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima; Revisão Técnica: Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª. Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, 2008.

MCGOVERN, Francis. The What and Why of Claim Resolution Facilities. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 5, April 2005, pp. 1361 – 1390.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o reexame. *Revista Forense*, v. 98, n. maio/jul 2002, pp. 47-72, 2002.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.



MONTERROZA, Vanessa; LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. Estado de coisas inconstitucionais: estudo comparativo dos ordenamentos jurídicos do Brasil e da Colômbia e análise de sua aplicação frente ao princípio de separação de poderes. *Revista del Observatorio de Derechos Humanos, Rostros y Rastros*, n. 16, p. 67-93, jan. - jun. 2016.

MOORE JR, Stacy L. Constitutional Law-Arkansas State Penitentiary Transgresses Constitutional Proscription Against Cruel and Unusual Punishment-Holt v. Sarver, 442 F. 2d 304 (8th Cir. 1971). *Seton Hall Law Review*, v. 3, n. 1, p. 10, 1971, pp. 159 - 167.

NAGEL, Robert F. Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies. *Stanford Law Review*, 1988-1978, pp. 661 - 724.

NASCIMENTO, Júlio Cesar do. *O Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário e o Estado das Coisas: Limites e Possibilidades da Linguagem Jurídica*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2020.

NEAL, Tate C.; TORBJÖRN, Vallinder. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University Press, 1995.

NORTH, Douglass Cecil. *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

NUNES, Leonardo Silva. A certificação nos processos coletivos. In: REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Coletivização e unidade do Direito*. Londrina: Thoth, vol. I, pp. 323 - 348.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. *RJLB*, Ano 5 (2019), n° 5, pp. 1051 - 1076.

ORFIELD, Gary; EATON, Susan E. *Dismantling Desegregation. The Quiet Reversal of Brown v. Board of Education*. The New Press, New York, 1996.

PASQUALOTTO, Victória Franco. O processo civil entre litígios tradicionais e litígios multipolares complexos: a resposta do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 1161 - 1220.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; HILL, Flávia Pereira. Medidas estruturantes nas ferramentas de cooperação jurídica internacional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 559 - 603.



PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, Tomo V.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Chicago: Wolters Kluwer, 2011.

- d) PRIGMORE, Charles S.; CROW, Richard T. Is the Court Remaking the American Prison System? *Federal Probation*, vol. 40, no. 2, July 1976, pp. 3-10.

PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. Año I, N. 2, 2014, pp. 41-82.

RENDLEMAN, Doug. *Complex Litigation: Injunctions, Structural Remedies, and Contempt*. New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2010.

ROBINSON, Armstead L.; SULLIVAN, Patricia. *New directions in civil rights studies*. University of Virginia Press, 1991.

RODGERS, Harrell R.; BULLOCK, Charles S. *Law and Social Change: Civil Rights Laws and Their Consequences*. Detroit: McGraw-Hill, 1972.

RODRIGUES; Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marcos Félix (org.). *Processos estruturais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 779-814.

ROSENBERG, Gerald N. Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep Seated Social Conflict Through Litigation. *Law and Inequality*. Vol. 24, 2006, pp. 31-46.

ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?*. Third Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2023.

SABATIER, Paul A. *Theories of the Policy Process*. California: Westview Press, 2007.

SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review*, n. 117, 2004, pp. 1015-1101.

- e) SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, n. 101, pp. 55-66, 2014.

SANDLER, Ross; SCHOENBROD, David. *Democracy By Decree*. New Haven: Yale University Press, 2003.

SANTOS, Karen Borges; LEMOS, Walter Augusto da Silva; LEMOS, Vinícius. O processo estrutural como instrumento adequado para a tutela de direitos



fundamentais e a necessidade de ressignificação do processo civil. *Revista Jurídica*, v. 506, 2019.

SARAIVA, Carolina Barros. Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 239 – 274.

SAX, Joseph L. *Defending the Environment: A Strategy for Citizen Action*. New York: Knopf, 1971.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Ed.). *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

SILVA, Alexandre Vitorino. *O Estado de Coisas Inconstitucional como Modalidade de Litigância Estrutural. Uma Alternativa Imperfeita para o Controle de Políticas Públicas no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*, 1ª ed., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas. In: Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmiento. *Direitos Sociais: Fundamentação, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 587-599.

SILVA, Vivian Peres da; CARVALHO, Carlos Eduardo Rahal R. de.; HILDEBRAND OI, Amanda. *Relatório Nacional O Fim da Liberdade. A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia*. São Paulo: Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2019.

SOUZA, Fernando Garcia. Política Educacional–Suprema Corte dos EUA–Caso Brown v. Board of Education 347 US 483 (1954) –Julgamento em 17 de maio de 1954. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*, pp. 251 – 257, 2017.

STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. *The Gergetown Law Journal*. Vol. 79, 1990-1991, pp. 1355-1446.

SUNSTEIN, Cass Robert. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. *Chicago John M. Olin Law & Economics Workin Papers* n. 124, 2001.

TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020.



THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. In: *Revista de Processo*, v. 38, n. 224, out., 2013, pp. 142 – 150.

TUSHNET, Mark. A response to David Landau. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 57 – 66.

TUSHNET, Mark. *The Warren Court in historical and political perspective*. University of Virginia Press, 1993.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TUSSEAU, Guillaume. *Contentieux Constitutionnel Comparé – Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*. LGDJ, 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: Anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge University Press, 1987.

VALLE, Vanice Regina Lírio. Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção de uma Resposta Adequada. In: BOLONHA, Carlos; BONIZATTO, Luigi; MAIA, Fabiana. *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, pp. 331 – 354, 2016.

VAN DER BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider; KOZICKI, Katya. A ADPF 347 e o “estado de coisas inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 53, pp. 147 – 181, 2019.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2006.

VIANA, Thaís Costa Teixeira. Há Ativismo Judicial na Resolução de Litígios Estruturais?. In: *Acesso à justiça, direito e sociedade: estudo em homenagem ao Professor Marc Galanter*. Coordenadores: YARSHELL, Flávio Luiz; DA COSTA, Susana Henriques; FRANCO, Marcelo Veiga. São Paulo: Quartier Latin, pp. 833 – 847, 2022.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: Debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.



VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*. Ano 3, n.º 12, pp. 55-75.

VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: *Processos estruturais*, 3. Ed. Sérgio Cruz Arenhart; Marco Félix Jobim (orgs.). Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 637 – 686.

VIOLIN, Jordão. *Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, 2019.

VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática* – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

WEAVER, Russel L. The Rise and Decline of Structural Remedies. *San Diego Law Review*, San Diego/California, v. 41, n. 4, p. 1.617-1.632, nov./dez. 2004.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the Idea of Litigation: A Commentary on the Los Angeles School Case. *UCLA Law Review*, vol. 25, no. 2, December 1977, pp. 244-260.