

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

CHARLES PACHCIAREK FRAJDENBERG

**A EFETIVAÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL EM PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA**

SÃO PAULO - SP

2022

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

CHARLES PACHCIAREK FRAJDENBERG

**A EFETIVAÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL EM PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA**

Dissertação apresentada à **Universidade Nove de Julho**, como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e o Paradigma da Eficiência

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Reis Siqueira Freire

SÃO PAULO - SP

2022

Frajdenberg, Charles Pachciarek.

A efetivação de medidas estruturantes pelo Supremo Tribunal Federal em processos de competência originária. / Charles Pachciarek Frajdenberg. 2022.

102 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2022.

Orientador (a): Prof. Dr. Alexandre Reis Siqueira Freire.

1. Processo estrutural. 2. Litígios coletivos de difusão irradiada.
3. Remédios estruturais. 4. Estado de coisas inconstitucional.

I. Freire, Alexandre Reis Siqueira. II. Título.

CDU 34

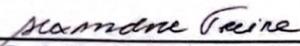
CHARLES PACHCIAREK FRAJDENBERG

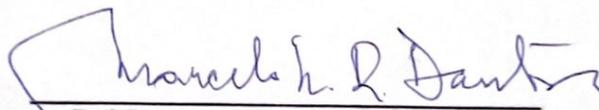
A EFETIVAÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL EM PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA

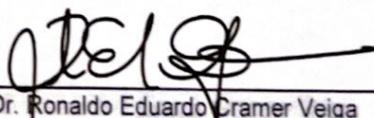
Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-Graduação Stricto
Sensu em Direito da Universidade
Nove de Julho como parte das
exigências para a obtenção do título
de Mestre em Direito.

São Paulo, 18 de maio de 2022.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Alexandre Reis Siqueira Freire
Orientador
UNINOVE


Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Examinador Interno
UNINOVE


Prof. Dr. Ronaldo Eduardo Cramer Veiga
Examinador Externo
PUC-RIO

À minha esposa por todo apoio e amor dedicado a mim e aos meus filhos.

Aos meus filhos, razões da minha vida, que me fazem despertar cada dia com vontade de ser uma pessoa melhor.

Aos meus pais, fontes de inspiração e meus maiores exemplos, que nunca pouparam esforços para fornecer a melhor educação possível aos seus filhos.

Às minhas irmãs, grandes amigas e incentivadoras, com quem posso sempre contar.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho, por mais singelo que seja, não se faz sem a colaboração e orientação de outras pessoas. Ao concluí-lo é dever lembrar e agradecer aos que tiveram participação mais intensa, seja por meio de ajuda direta ou indireta.

Primeiramente, agradeço ao orientador professor Doutor Alexandre Reis Siqueira Freire, que sempre com críticas construtivas, questionamentos e novas ideias foi fundamental para o desenvolvimento do trabalho. Fica registrada minha profunda admiração pelo profissional brilhante, atencioso e humilde, sempre à disposição para contribuir e orientar seus alunos.

Agradeço também à professora Luciana de Toledo Temer pelo suporte valioso durante o começo do mestrado e por ter debatido as ideias iniciais deste trabalho.

Rendo homenagens à minha esposa Iara que, mesmo com filho recém-nascido, consentiu e apoiou a ideia do início da jornada do mestrado no ano de 2020. Não bastasse isso, em 2021 fomos agraciados com a chegada de outro filho para abençoar ainda mais as nossas vidas. Admirável a coragem dessa mulher maravilhosa em conceder tempo, que poderia ser dedicado aos filhos, para que o marido aprimorasse seus estudos.

Aos meus pais, que sempre me incentivam a continuar estudando, acreditando que a educação é o melhor caminho para minha evolução pessoal. Às minhas irmãs que sempre acompanharam de perto meu percurso acadêmico e torcem pelo meu sucesso.

Obrigado à instituição Defensoria Pública da União, nas pessoas dos e das colegas Defensores e Defensoras Públicas Federais, que permite e incentiva seus membros a dar continuidade à vida acadêmica. Espero que o conhecimento adquirido se reverta em prol das pessoas atendidas pelo órgão.

Por fim, agradeço à Universidade Nove de Julho por me proporcionar, com bolsa integral, um curso de mestrado de excelente qualidade, exigente, organizado e com um corpo docente do mais alto nível acadêmico.

“Precisamos de um senso de justiça, mas precisamos também de senso comum, de imaginação, de uma capacidade profunda de imaginar o outro, às vezes de nos colocarmos na pele do outro. Precisamos da capacidade racional de nos comprometer e, às vezes, de fazer sacrifícios e concessões”

Amós Oz

RESUMO

Em um país ainda repleto de desigualdades sociais, grande concentração de riquezas, com políticas públicas falhas na implementação de direitos sociais, são comuns litígios coletivos de difusão irradiada que afetam direitos fundamentais de minorias discretas e insulares. Atualmente, tramitam no Supremo Tribunal Federal processos estruturais de competência originária, derivados de arguições de descumprimento de preceito fundamental, para intervenção em políticas públicas aviltantes a direitos humanos desses grupos marginalizados. Trata-se de processos dialógicos, mediante amplo debate e participação de diversos grupos envolvidos, em que os pedidos principais são a elaborações de planos pelos réus para que a política pública considerada precária, obstruída de avanços, diante de bloqueios deliberativos dos outros poderes, seja superada por meio de redesenho das instituições. Nesse sentido, objetiva-se caminhar de um estado de coisas não ideal para uma situação de normalidade. Ou seja, a Corte funcionará como verdadeiro centro promocional de sinergia para superação do estado inconstitucional de coisas em buscas de resultados holísticos positivos de avanços na política pública adormecida e ineficiente. A fase de monitoramento dos planos de superação para desbloqueio das políticas públicas falhas é a de maior relevo, sendo a mais prolongada e diferente da que estamos acostumados no processo civil ordinário. Dessa forma, a Corte Constitucional terá que repensar práticas tradicionais do processo civil ortodoxo, adaptando-o e incorporando novas práticas, à luz de experiências de países como Estados Unidos, Colômbia e África do Sul, por exemplo. Assim, objetiva-se nesta pesquisa estudar como esse processo-programa irá se desenvolver e tornar-se efetivo, revisando princípios e institutos basilares do processo civil tradicional. Para chegar aos resultados propostos, empregou-se o método empregado dedutivo, com suporte de pesquisa bibliográfica em livros, periódicos nacionais e internacionais.

Palavras-chave: Processo estrutural; Litígios coletivos de difusão irradiada; Remédios estruturais; Estado de coisas inconstitucional.

ABSTRACT

In a country still full of social inequalities, great concentration of wealth, with public policies failing to implement social rights, collective disputes of irradiated diffusion that affect fundamental rights of discrete and insular minorities are common. Structural processes of original jurisdiction are already being processed in the Federal Supreme Court, originated through allegations of non-compliance with a fundamental precept, for intervention in public policies that demean the human rights of these marginalized groups. These are dialogic processes, through extensive debate and participation of various groups involved, in which the main requests are the elaboration of plans by the defendants so that the public policy considered precarious, obstructed from progress, in the face of deliberative blocks of the other powers, be overcome through the redesign of institutions. The objective is to move from a non-ideal state of affairs to a situation of normality. In other words, the Court will function as a true promotional center of synergy to overcome the unconstitutional state of affairs in search of positive holistic results from advances in dormant and inefficient public policy. The phase of monitoring overcoming plans to unblock flawed public policies is the most important, being the longest and different from what we are used to in ordinary civil proceedings. The Constitutional Court will have to rethink traditional practices of orthodox civil procedure, adapting it and incorporating new practices, in the light of the experiences of countries such as the United States, Colombia and South Africa, for example. How this program-process will develop and become effective, reviewing basic principles and institutes of traditional civil procedure, is a great challenge and object of the present study. The method used is deductive, through bibliographic research in national and foreign books and periodicals.

Keywords: Structural process; Collective disputes of irradiated diffusion; Structural remedies; Unconstitutional state of affairs.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. HISTÓRICO DO PROCESSO ESTRUTURAL	14
1.1 Processo Estrutural como tutela adequada para solução de problemas estruturais	14
1.2 Processo Estrutural nos Estados Unidos.....	17
1.3 Processo Estrutural na Colômbia: O Estado de Coisas Inconstitucional.....	27
1.4 Processo estrutural na África do Sul, compromisso significativo e a tentativa de regulamentação do instituto no Brasil: Análise crítica.....	36
2. PROCESSO ESTURTURAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	45
2.1 Pressupostos para reconhecimento de falhas estruturais e adoção de medidas estruturantes no âmbito do Supremo Tribunal Federal: Escrutínio mais severo	45
2.2 Os casos já submetidos ao Supremo Tribunal Federal	52
2.2.1 A utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) como instrumento para provocação do estado de coisas inconstitucional	53
2.2.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347	59
2.2.3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 709	62
2.2.4 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 635	66
3. EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES	72
3.1 Solução Dialógica e Remédios Fracos	75
3.2 Adequabilidade e flexibilidade do procedimento sem significar um rito desordenado	76
3.3 Ampliação do debate, constante monitoramento, estrutura de apoio, divisão de trabalho e transparência (divulgação e aferição pública de resultados) para uma jurisdição efetiva pela Suprema Corte em litígios estruturais	82
3.4 Atipicidade das técnicas processuais de apoio para efetivação das medidas estruturantes	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	91
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

Os processos estruturais como instrumentos para solução de litígios coletivos de difusão irradiada¹ estão ganhando relevo no Brasil à medida que empreendimentos de exploração de atividades econômicas de grande impacto² e políticas públicas complexas falham e afetam interesses de muitas pessoas (multipolaridade do processo), cujos interesses são diversos (diversos centros de problema que afetam grupos de pessoas de maneiras diversas).

Diante da nossa realidade como sociedade, que apresenta alto número populacional e consumo crescente, há exploração de determinadas atividades econômicas, seja diretamente pelo poder público ou por entidades privadas³, complexas para atender às necessidades⁴ da população. Grandes empreendimentos como usinas hidrelétricas, plataformas em alto mar para extração de petróleo, mineradoras, entre outros, quando falham, podem gerar danos de expressivo impacto social, ambiental e econômico que afetam de maneira diversas as vítimas diretas e indiretas. Para solucionar essas falhas e tutelar de forma adequada os atingidos pelos danos gerados, o processo tradicional (olhar voltado para o passado, análise do binômio licitude/ilicitude e objetivos reparatórios/ressarcitórios) mostra-se ineficiente e inadequado.

¹ Trata-se de classificação proposta por Edilson Vitorelli. O autor propõe que os litígios coletivos devem ser analisados do ponto de vista da conflituosidade e complexidade. Quanto ao primeiro aspecto, analisa-se a relação de concordância quanto à solução do problema entre os diferentes indivíduos do grupo vítima de lesão a direito (endógena ao grupo). Já a complexidade refere-se à relação entre o litígio e o direito. Um litígio é complexo quando há diversas opções e meios para escolha e implementação da decisão (exógena ao grupo). O autor critica a classificação dos direitos coletivos como indivisíveis, pois cada integrante do grupo, do ponto de vista do litígio, vai ter sua esfera jurídica afetada de forma diferente pela lesão ao direito. A depender do caso concreto, o grau de conflituosidade entre o grupo atingido pela lesão ao direito é de maior ou menor monta. Destarte, o autor classifica os litígios coletivos em três espécies, a saber: (i) litígio coletivo de difusão global; (ii) litígio coletivo de difusão local e (iii) litígio coletivo de difusão irradiada. Na primeira, as vítimas da lesão ao direito são a sociedade como um todo, vista esta como estrutura. Com efeito, não há praticamente grau de litigiosidade entre os lesados, até porque estes não têm qualquer interesse em reparações de natureza individual. É o exemplo de dano ambiental pequeno em um local do oceano muito longe de territórios habitáveis. Na segunda categoria, a lesão é circunscrita predominantemente a um grupo com laços de solidariedade, como um grupo de trabalhadores de uma mesa área, vítimas de um acidente de avião, portadores de uma mesma doença ou pessoas que pertençam a uma minoria. Já na terceira categoria, o grau de conflituosidade entre as vítimas da lesão ao direito é muito alto, o que faz com que surjam diversos subgrupos dentro da comunidade atingida, cada um com um interesse distinto (multipolaridade). Há alto grau de complexidade e os litígios são policêntricos (diversos centros de problema). Podem ser citados como exemplo, os desastres de Mariana e Brumadinho.

² Os impactos podem ser sociais, ambientais e econômicos. Basta pensar na construção de uma usina hidrelétrica que acaba por gerar impactos (i) ambientais, diante da mudança no fluxo das águas, do alagamento de grandes regiões, do bioma do local, entre tantos outros; (ii) sociais, em decorrência da necessidade de deslocamento de populações ribeirinhas e (iii) econômicos, com inundações de áreas agricultáveis ou utilizáveis para pecuária ou reflorestamento.

³ VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 56-57 “No século XXI, a vida das pessoas é talvez mais impactada por conglomerados empresariais do que pelo Estado. Não se pode imaginar que a tutela adequada contra os atos ilícitos dessas entidades possa se resumir a sanções pecuniárias ou imposições de reparações por condutas pretéritas. Em muitos casos, a reestruturação do comportamento futuro das empresas é mais importante para sociedade do que a reparação pela conduta pretérita”.

⁴ Necessidade sob ponto de vista da realidade, aqui sem entrar na discussão se é uma necessidade inata ou criada a partir de interesses de um determinado grupo.

No âmbito das políticas públicas, a omissão ou ineficiência destas em atender a interesses de determinados grupos marginalizados, sub-representados nas esferas de poder em uma democracia das maiorias, acabam por gerar litígios estruturais, que são submetidos ao crivo do Poder Judiciário. O sistema prisional em condições precárias, a falta de acesso à moradia digna e a não proteção específica dos grupos indígena são exemplos da tutela deficiente dos direitos fundamentais de determinadas minorias insuladas.

Na América Latina, essa judicialização das políticas públicas ineficientes é frequente, visto que são países com menor nível de desenvolvimento, alto nível de pobreza populacional, que estão sob regimes democráticos recentes, após grandes períodos de governos ditatoriais e que concederam às Supremas Cortes poderes alargados nas Constituições promulgadas após a redemocratização.

Destarte, como o direito processual precisa se adaptar e flexibilizar para enfrentar os problemas que a realidade impõe⁵, exsurge o processo estrutural, com necessidade de técnicas processuais próprias para resolver os litígios estruturais, que são complexos, multipolares e policêntricos, submetidos ao Poder Judiciário.

O processo estrutural é desenvolvido como um processo-programa, mediante amplo debate e participação de diversos grupos envolvidos⁶, para tentar solucionar e redesenhar uma estrutura (seja um conglomerado empresarial ou uma política pública com atuação de diversos órgãos) com mal funcionamento, em situação de ilicitude contínua e permanente. O monitoramento constante (periódico) de planos de ação de reconstrução gradual de estruturas falhas é o âmago do processo estrutural, o seu coração pulsante⁷, o que já “coloca em xeque” o processo tradicional, pois a certificação do direito⁸ apenas desencadeia o começo da fase mais alongada e trabalhosa do processo estrutural.

Nesse sentido leciona Sérgio Cruz Arenhart:

Por outro lado, é muito frequente no emprego de medidas estruturais a necessidade de se recorrer a *provimentos em cascata*, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam. Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais

⁵ ARENHART, Sérgio Cruz *et al.* **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 13. “[...] o processo não é um dado, mas um construído. Deve ser construído à luz das circunstâncias concretas do problema a ser enfrentado e da realidade do direito material a ser atuado”.

⁶ Utiliza-se a expressão *town meeting* desenvolvida por Stephen Yeazell em YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Sangeles School Case. **UCLA Law Review**, vol. 25, 1977, p. 240-260.

⁷ SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020, p. 78.

⁸ A decisão que impõe a elaboração de plano de superação de falha estrutural é a decisão núcleo do processo estrutural.

genérica, abrangente e quase “principlológica”, no sentido de que terá como principal função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida. Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto. Não raras vezes, esses provimentos implicarão técnicas semelhantes à negociação e à mediação⁹.

O presente trabalho se voltará ao estudo dos processos estruturais originários no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que não se confundem com aqueles que se desenvolvem no âmbito das instâncias ordinárias.

Nesse sentido, a Suprema Corte como intérprete máxima (guardião) da Constituição Federal apenas conhecerá de litígios estruturais que envolvam violações sistemáticas de direitos fundamentais, expressamente previstos na Constituição Federal, de um grupo significativo de pessoas, quando constatar a omissão do Poder Público em solucioná-las e verificar que a superação deste quadro apenas poderá ocorrer a partir da participação ampla de diversos órgãos e entidades. Esses pressupostos para a deflagração de processo estrutural perante a Suprema Corte foram construídos pela Corte Constitucional Colombiana e denominado de estado de coisas inconstitucional.

O Brasil teve uma primeira experiência recente de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de apreciação de pedido liminar, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, em 09.09.2015. Os pedidos principais veiculados por meio da referida ADPF são o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e a elaboração de plano nacional e, posteriormente, planos estaduais, pela União e Estados da federação, respectivamente, para superação desse estado de coisas (omissão fático-substancial), a partir da efetivação gradual dos planos, sujeitos a um permanente controle da Suprema Corte, que exerce uma jurisdição supervisora.

Ainda não foi proferida sentença no aludido processo judicial nem foram determinadas medidas estruturantes¹⁰. Trata-se de um controle de constitucionalidade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que tem eficácia irradiante sobre todo o sistema jurídico, e está em

⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, 2013, p. 392-393.

¹⁰ As medidas determinadas na decisão liminar do Ministro Relator Aurélio não podem ser classificadas como estruturantes, já que não tem por escopo a alteração de estruturas complexas mediante um programa prospectivo de implementação gradual. O STF concedeu parcialmente medida cautelar determinando que juízes e Tribunais de todo o país implementem, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a audiência de custódia e que a União libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

situação de proteção insuficiente. Ou seja, a defesa do direito fundamental subjetivo não é o objeto do controle, mas consequência do reconhecimento da proteção deficiente do direito fundamental (direito objetivo). A patologia da norma não é no plano da validade e sim de sua eficácia.

Outros pedidos de soluções estruturantes já foram submetidos à Corte como as ADPFs 635¹¹ (violação sistemática de direitos humanos pelas forças de segurança fluminense em operações policiais em comunidades) e 709¹² (plano de enfrentamento do COVID-19 em relação aos povos indígenas).

Busca-se aqui discutir esse novo papel da Suprema Corte ao se deparar com litígios estruturais, como coordenador de ações de diversas autoridades para assegurar a proteção eficiente de direitos. É necessário perquirir de qual forma Suprema Corte tornará efetiva as medidas estruturantes, estabelecendo diálogos com outros atores institucionais, organizando-se em equipes multidisciplinares e adotando um rito processual antipreclusivo, flexível e adaptável. Para isso, é preciso enfrentar velhos dogmas do processo civil tradicional, que se mostra inadequado e insuficiente para encarar os problemas complexos da sociedade contemporânea.

O método empregado é o dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica em livros (doutrina), periódicos nacionais e estrangeiros, complementada por instrumentos jurídicos e documentos.

No primeiro capítulo da dissertação traçou-se o histórico do processo estrutural, principalmente nos Estados Unidos, Colômbia e África do Sul. Além de relatos históricos, foram feitas análises críticas de alguns casos enfrentados pela Cortes Constitucionais dos referidos países.

O segundo capítulo foi dedicado a demonstrar os processos estruturais mais emblemáticos e atuais que tramitam no Supremo Tribunal Federal.

¹¹ Trata-se de ADPF em que o partido PSB requereu como pedido principal a elaboração de um plano pelo Estado do Rio de Janeiro para redução da letalidade policial e violações de direitos humanos nas operações policiais das forças de segurança.

¹² Diversos partidos políticos e outras instituições postularam a elaboração e implementação de um Plano de Barreiras Sanitárias com o escopo de assegurar o isolamento dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato, de modo a evitar o contágio pelo COVID-19. Com relação aos Povos Indígenas em geral, pediram o desenvolvimento de um Plano Geral de Enfrentamento da COVID-19 para Povos Indígenas (Plano Geral), que contemplasse medidas amplas de enfrentamento da pandemia, tendo como destinatárias todas as comunidades indígenas do país.

Por derradeiro, o terceiro capítulo traz proposições de como o processo estrutural pode ser organizado e desenvolvido no Brasil à luz de experiências de países estrangeiros e de outras inovações com o desiderato de atingir maior eficiência e resultados satisfatórios.

1. HISTÓRICO DO PROCESSO ESTRUTURAL

1.1 Processo Estrutural como tutela adequada para solução de problemas estruturais

O processo judicial como instrumento para realização da jurisdição deve tutelar de forma adequada e eficiente os direitos pleiteados que precisam de proteção jurídica, adaptando-se às realidades e aos problemas submetidos ao juízo. Dessa forma, a eficácia concreta dos direitos consagrados no ordenamento jurídico depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, sendo esta um direito fundamental¹³.

O direito fundamental a um processo justo é previsto no artigo 5º, incisos XXV, LIV e LV, da Constituição Federal, nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição americana, nos artigos 8º e 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 14 do Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos e no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva/adequada os direitos. Caso essa proteção dependa de um processo judicial, este deve ser justo, pois “No Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutela os direitos na dimensão da Constituição”¹⁴.

Destarte, o Estado juiz ao se deparar com um litígio complexo que envolve a violação de direitos de diversas pessoas de maneiras diversas deve ser capaz de dar uma resposta satisfatória a fim de efetivamente tutelar os direitos violados.

O princípio da eficiência está previsto no artigo 37 da Constituição Federal, *caput*, e é dirigido para todos os Poderes da República¹⁵, inclusive o Poder Judiciário, tanto na sua função típica judicante quanto na função administrativa. No Código de Processo Civil de 2015 o princípio da eficiência consta expressamente no artigo 8º¹⁶.

A eficiência é a melhor maneira de se fazer as coisas para que se otimize o resultado pretendido conjugando produtividade, economicidade, qualidade, celeridade, presteza,

¹³ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Ano VII, n. 14, 2002, p. 9-68. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1/2>. Acesso em 24 de ago. 2021, p.1.

¹⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. Direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 45, 2011, p. 22-34, p. 29.

¹⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:[...].

¹⁶ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

desburocratização e flexibilidade¹⁷.

Impende ressaltar que referido princípio impõe ao órgão jurisdicional que promova os fins do processo de modo satisfativo, escolhendo meios que promovam o melhor resultado possível para o exercício da jurisdição. O dever de eficiência incide diretamente, por exemplo, na escolha do melhor meio executivo para satisfazer o credor e onerar em menor monta o devedor (artigo 536, §1º, do CPC) e serve de fundamento para que se permita a adoção de técnicas de gestão do processo, como calendário processual e acordos processuais para mudanças no procedimento (artigos 190 e 191 do CPC)¹⁸.

Com efeito, o processo estrutural com novas técnicas e dinâmicas para solução de litígios estruturais encontra fundamento no princípio da eficiência, pois o órgão jurisdicional tem por dever conduzir (poder de gestão) o processo com o desiderato de entregar às partes a melhor jurisdição possível.

O processo é dinâmico, devendo ser construído à luz das circunstâncias concretas do problema a ser enfrentado, da realidade do direito material a ser atuado¹⁹.

Há certas características apontadas por Chayes²⁰, dentre outras, dos processos estruturais²¹ como: (i) estrutura das partes é espalhada e amorfa; (ii) tutela prospectiva com ordens flexíveis; (iii) a execução é negociada e não imposta; (iv) retenção de jurisdição após a prolação da sentença; (v) juiz ativo, com participação na organização e formatação do processo com o desiderato de garantir um resultado efetivo e (vi) objeto da demanda é sobre funcionamento de uma política pública.

Para tutelar de forma adequada e eficiente o direito perseguido em juízo num ambiente de litígio complexo, multipolarizado, policêntrico e com violação sistemática de direitos fundamentais, o processo para uma resolução prospectiva dos problemas apresentados deve adotar técnicas processuais próprias para melhor entrega possível da prestação jurisdicional.

Essas técnicas implicarão um rito processual bifásico²², antipreclusivo, flexível, dialógico e adaptável (maleável) ao caso concreto. Isso porque o pedido é genérico para o reconhecimento de um problema estrutural e posteriormente se instaura uma fase de

¹⁷ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição. **Revista de Processo**, v. 275, 2018, p. 89-117.

¹⁸ DIDIER JR., Fred. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 102-103.

¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz *et al.* **Curso de Processo Estrutural**. Sérgio Cruz AREnhart, Gustavo Osna e Marcos Félix Jobim. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 13

²⁰ CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. **Harvard Law Review**. v. 89, n. 7, 1976, p. 1302.

²¹ Aqui utilizando-se de processo de interesse público como sinônimo de processo estrutural.

²² Remete-se à nota de rodapé 101

continuação em que é apresentado um plano de ação elaborado pelo(s) demandado(s), que ficará sujeito a um acompanhamento constante, no qual serão feitas avaliações periódicas dos resultados e poderão ser determinadas diversas reformulações dos planos para o alcance de melhores resultados com o objetivo de se chegar a um estado de coisas ideal.

Como bem pontuam Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Jr²³ a flexibilidade do processo estrutural deve ser assegurada pela aplicação de técnicas processuais flexibilizadoras, como a que atenua as regras da congruência objetiva e da estabilização objetiva da demanda, a ampliação do regime de participação no processo, a atipicidade dos meios de prova (art. 369, CPC), a atipicidade das medidas executivas (art. 139, IV, e art. 536, § 1º, CPC) e a atipicidade dos instrumentos de cooperação judiciária.

Há modelos de processos estruturais com decisões judiciais mais interventivas nas políticas públicas, com supervisões mais ativas (*strong-form review*), modelos com provimentos jurisdicionais mais flexíveis, mais dialógicos entre os setores políticos e o Poder Judiciário (*weak-form review*) e modelos de alto grau de diálogo com participação direta do grupo vulnerável afetado pela política pública ineficiente (*democratic experimentalism*).

Mark Tushnet afirma que a discussão atual orbita em torno de como as cortes podem efetivar os direitos sociais. Apresenta quatro formas de como o Poder Judiciário (e, sobretudo, as Cortes Constitucionais) podem concretizar os direitos sociais e econômicos: a) ações individuais (*individual actions*); b) injunções proibitivas (“*negative injunctions*”); c) por determinações “fracas” de políticas públicas (“*weak-form review*”) e d) por decisões estruturais (“*structural injunctions*”), sendo que as duas últimas são as novas formas, que implicam uma solução construída, dialógica, que precisam ser discutidas e aprimoradas²⁴.

Ao longo da dissertação estudam-se algumas técnicas processuais inovadoras que utilizadas atualmente pelo Poder Judiciário ao se deparar com processos estruturais, dando-se ênfase ao que a Suprema Corte pode utilizar nos processos estruturais de competência originária a partir da sua estrutura atual. Será também objeto de análise de qual forma a Suprema Corte poderá se organizar a fim de obter a consensualidade no processo estrutural e fiscalizar os planos de ação para superação gradual das falhas estruturais.

²³ DIDIER JR., Fred; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 459.

²⁴ TUSHNET, Mark. *Reflection on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century*. **NUJS Law Review**, n. 177, abr/jun, 2011, p.177-187. Disponível em <http://nujlawreview.org/wp-content/uploads/2016/12/mark-tushnet.pdf>. Acesso em 08 fev. 2022.

No âmbito da ADPF 709, ao se mencionar a “sala de situação”, que foi analisada de forma pormenorizada no subtópico 2.2.3, não se está diante de um grupo de assessoramento técnico para tomada de decisões.

1.2 Processo Estrutural nos Estados Unidos

O processo estrutural foi se desenvolvendo ao longo da história norte americana em um contexto experimentalista, a partir do momento em que a Corte Constitucional de Warren²⁵ foi deparando-se com casos estruturais de minorias insuladas com direitos fundamentais violados.

O julgado mais emblemático que deu início a uma jurisdição supervisora como instrumento judicial de controle de políticas públicas para superação de uma estrutura inconstitucional (falha na efetivação de direitos fundamentais) foi *Brown x Board Educatiton II*²⁶, da Suprema Corte Americana. Trata-se do caso mais conhecido que ensejou a aplicação de decisões estruturantes diante do reconhecimento da existência de litígios estruturais (os americanos também chamam de litígios de interesse público²⁷).

²⁵ Nos Estados Unidos denomina-se determinado período da Corte Constitucional pelo nome do *Chief Justice*. De 1953 a 1969 o *Chief Justice* foi Earl Warren, nomeado pelo então Presidente EISENHOWER. Foi um período em que a Corte se posicionou contra uma postura de restrição judicial, reconheceu diversos direitos civis, deu interpretação mais ampla à liberdade de expressão (*New York Times v. Sullivan, de 1964 e Brandenburg v. Ohio, de 1969*), reconheceu o direito à privacidade não expressamente previsto na Constituição dos Estados Unidos (*Griswold v. Connecticut, de 1965* foi invalidada lei estadual que proibia venda e utilização de anticoncepcionais, reconhecendo o direito à privacidade, a partir da cláusula de abertura de direitos fundamentais da Nona Emenda da Constituição norte-americana: “A enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada de modo que se neguem ou restrinjam outros retidos pelo povo), bem como o direito à não autoincriminação e ao silêncio (o emblemático caso *Miranda v Arizona, 1966*, em que ficou determinado como as abordagens policiais devem ser feitas, devendo-se fazer advertências ao abordado do direito a ficar em silêncio e de obter a assistência de um advogado) . Contrapõe-se ao período da *Era Lochner* em que a Corte tinha um posicionamento mais restritivo e invalidava leis de intervenção no domínio econômico, entendendo que deveria predominar a liberdade econômica, exercendo um ativismo judicial conservador. A guinada de perspectiva da Corte que foi início do fim da *Era Lochner* deu-se no caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish (1937)* em que se manteve a lei do Estado de Washington que regulamentava o pagamento de um salário-mínimo para mulheres e menores de idade.

²⁶ Em um primeiro momento foi reconhecida a inconstitucionalidade da segregação escolar, no julgado conhecido como *Brown X Board Education Of Topeka I*, de 17 de maio de 1954. Mas a efetivação da dessegregação com uma ordem que determinou um processo gradual de transição com uma jurisdição supervisora apenas ocorreu na reapreciação do caso em *Brown X Board Education Of Topeka II*, de 31 de maio de 1955.

²⁷ Nos Estados Unidos utiliza-se também a denominação de *public law litigation* para referir-se aos litígios estruturais, havendo um artigo pioneiro para sistematização do assunto intitulado “The role of the judge in public law litigation” citado na nota de rodapé 20. Mas vale ressaltar que Edilson Vitorelli aponta diferenças entre o processo estrutural (cunhado por Owen Fiss com a ideia de *strcutural litigation*) e o processo de interesse público (*public law litigation*). O processo de interesse público pode ser estrutural, mas nem sempre é. Ele trata de uma lesão relativa à operação de uma política pública, enquanto o processo estrutural pode ocorrer tanto por falhas de políticas públicas quanto por falhas de estruturas privadas (vide nota de rodapé 3). O processo de interesse público não implica necessariamente reestruturação de uma organização, pode ser que a falha seja pontual, um ponto cego (*blind spot*). O processo de interesse público pode se dar por meio de processos individuais, mediante a criação de um precedente obrigatório, enquanto a via do processo estrutural é um processo coletivo, ao menos na fase de cumprimento. “Um processo estrutural de interesse público, portanto, se volta para transformação da esfera público-governamental: criação ou implementação de direito novo ou de conduta estatal nova, pela via dos precedentes obrigatórios, do controle de constitucionalidade ou do processo coletivo, em favor de toda a sociedade”. VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 79-83.

Os Estados Unidos estavam em um momento de reconstrução da federação após a Guerra Civil de Secessão. Diversos estados do Sul, já após a abolição da escravidão, tinham normas legais que permitiam a segregação de negros em espaços públicos e privados, mesmo após a rendição e integração novamente à União. A décima terceira emenda à Constituição Americana, de 1865, garantia liberdade aos negros, mas alguns estados sulistas entendiam que liberdade não implicava igualdade de direitos. Já a décima quarta emenda, por sua vez, de 1868, garante que todos os nascidos ou naturalizados no Estados Unidos possuem direitos iguais, incluindo o direito ao devido processo legal e proteção igualitária das leis e foi sendo invocada a fim de garantir o fim da separação dos negros dos brancos.

Estas leis segregacionistas, denominadas em conjunto de *Jim Crow laws*, foram progressivamente questionadas na Justiça. Em um primeiro momento, a Corte Constitucional americana, no julgado *Plessy v. Ferguson* (1896)²⁸, entendeu que poderia haver segregação racial no transporte coletivo de trem, com lugares destinados a brancos e outros para negros, julgando, assim, constitucionais as normas segregacionistas. A partir daí ficou sedimentado o entendimento de que era constitucional a política pública ou privada de iguais, mas separados (*equal but separate*).

Em 1909 foi organizada a Associação Nacional de Defesa de Pessoas Negras (*National Association for the Advancement of Colored People*), que passou a adotar litigância estratégica perante as Cortes Americanas no intuito de reverter o quadro de segregação racial.

A jurisprudência do *equal but separate* só foi superada em 1954, quando a Suprema Corte, finalmente, entendeu ser inconstitucional a política pública de segregação racial ao julgar o caso *Brown x Board Educatiton I*.

No referido julgado, a Suprema Corte enfrentou especificamente a questão das escolas públicas duais, umas com exclusividade para alunos negros e outras com exclusividade para alunos brancos. Tal política pública foi entendida como em desacordo com a 14ª Emenda Constitucional Americana, que estabelece a cláusula de igual proteção das leis. Houve uma

²⁸ Havia uma lei na Louisiana (*Lousiana's Separate Car Act*) que ordenava que todas as companhias ferroviárias deveriam providenciar acomodações separadas para negros e brancos. Homer Plessy, que era negro, adentrou em vagão destinado aos brancos, recusando-se a sair após ordem de fiscais. Foi então preso e acusado por tal conduta de violação à lei. Posteriormente foi acusado e condenado pelo juiz Ferguson da Corte distrital e apresentou uma objeção (*demurrer*) ao juiz perante a Suprema Corte. A Suprema Corte decidiu o caso *Plessy v. Ferguson* e interpretou, por maioria de votos, que a décima quarta emenda à Constituição (cláusula de igual proteção das leis) não impunha o dever de abertura simultânea de espaços públicos e privados a negros e brancos (não significava sinal de inferioridade – *badge of inferiority*) e que a décima terceira emenda à Constituição (abolição da escravidão) somente serviria para casos em que o corpo de alguém servisse como propriedade de outrem. Com efeito, entendeu-se válida lei de segregação racial e ficou assentada a doutrina do *equal, but separate*.

mutação constitucional para interpretar o princípio da igualdade como proibitivo de tratamento desigual e discriminatório.

Linda Brown era uma criança negra que precisava atravessar sua cidade a pé, em Topeka, no Estado Kansas, para chegar na escola. Apesar de existirem escolas mais próximas à sua residência, estas não a aceitavam, pois eram escolas exclusivas para brancos. Brown então ajuizou ação contra o Conselho de Educação estadual (*Board of Education of Topeka*) exigindo que fosse remanejada para uma escola próxima à sua residência²⁹. A Corte Constitucional, por unanimidade, garantiu seu direito de frequentar uma escola exclusiva de brancos.

Vale ressaltar que os fundamentos para inconstitucionalidade da segregação foram gradativamente construídos ao longo dos anos, a partir de uma evolução jurisprudencial lenta. Na famosa nota de rodapé número 4 do caso *United States v. Carolene Products*, julgado em 1938, foi concebido o entendimento de que há um âmbito mais restrito para presunção de constitucionalidade quando as leis restringem direitos políticos e conferem tratamento discriminatório contra minorias discretas e insulares³⁰. Ou seja, tais leis ao serem questionadas na Justiça devem passar por um controle judicial mais rigoroso, se submeter a um escrutínio mais severo (*strict scrutiny*). Por sua vez, as leis que tratam de intervenção no domínio econômico são submetidas a um escrutínio mais brando (*rational basis scrutiny*), pois não há falha no processo democrático de deliberação, havendo então uma deferência da Corte³¹.

Sucedem que a simples decretação de inconstitucionalidade desse conjunto de normas estaduais segregacionistas não era suficiente para superar essa terrível violação de direitos humanos. A Corte, então, reuniu-se novamente, em 1955, que ficou conhecido como *Brown x Board Educatiton II*, para adotar medidas para superação dessa falha estrutura inconstitucional, a fim de permitir uma adequada transição para situação de constitucionalidade, sem escolas duais.

A Corte passou a focar no remédio para superação das falhas estruturais e começou a adotar decisões complexas (macrosentenças) que determinam uma reforma estrutural (*strcutural reform*) por meio de decisões flexíveis, antipreclusivas, que buscam um contínuo diálogo com as autoridades responsáveis pelas políticas públicas de educação.

²⁹ JOBIM, Marcos Félix; RORCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: Origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 854-872.

³⁰ CLÈVE, Merlin Clèmerson; LORENZETTO, Bruno Meneses. A jurisdição constitucional no século XXI entre processo e substância: um olhar sobre a experiência americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos** (Online), v. 20 n. 3, 2015. p. 1064.

³¹ Essa perspectiva procedimentalista foi construída por ELY, John Hart na obra *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, traduzida em português na obra *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Assim, a partir da nova técnica de decisão judicial, o Judiciário passa a acessar e supervisionar diretamente políticas públicas, mediante um procedimento dialógico com os poderes representativos.

Posteriormente, a Corte Constitucional Americana se utilizou dessa técnica de decisão para reforma estrutural do sistema prisional, nos casos *Holt v. Sarver I*, em 1969, e *Holt v. Sarver II* em 1970³². Esta foi a primeira vez que a política pública do sistema prisional de um estado da federação americana foi questionada como um todo e não uma prática específica.

Havia dois presídios no estado do Arkansas, o principal chamado de *Cumming Farm* (com cerca de 1.600 custodiados na década de 60 do século XX) e *Tucker* (com cerca de 275 custodiados na mesma época). Ambos os estabelecimentos eram colônias agrícolas baseadas em autossustentabilidade, ou seja, os presos trabalhavam para construir suas casas, produzir os alimentos e ainda se autovigiavam (presos de confiança, chamados de *trusties*, andavam armados, fiscalizavam o trabalho de outros e faziam a guarda do presídio). Havia segregação racial nos presídios, presos negros e brancos dormiam em alas diferentes.

A ideia parecia sedutora e se propalava a ideia de que o sistema prisional do Arkansas era um modelo de sucesso que deveria se replicar nos Estados Unidos. As fazendas davam lucro de cerca de um milhão e quatrocentos mil dólares por ano e poucos prisioneiros escapavam³³. Impende ressaltar que o trabalho forçado dos presos não é proibido nos Estados Unidos, ao contrário do que ocorre no Brasil. Por lá, a Décima Terceira Emenda³⁴ faz uma ressalva de que a proibição do trabalho forçado não se estende aos que cumprem punição por crime ao qual foram devidamente condenados.

Mas as péssimas condições dos presídios vieram à tona, quando, em 1966, em meio a rebeliões, foi descoberto o “telefone Tucker”, uma forma de tortura por choque elétrico, utilizada à época em que James Bruton era superintendente da fazenda da prisão de Tucker. Primeiramente, o preso era amarrado a uma mesa. Fios que saíam de um antigo telefone de manivela eram presos a um de seus dedos do pé e ao órgão genital, posteriormente a manivela era girada e a vítima recebia uma série de choques elétricos.

³² Informações históricas retiradas do artigo de VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 638-685.

³³ TIME MAGAZINE. **Prision: Hell in Arkansas**. (Online), 9 fev. 1968. Disponível em: <http://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,844402,00.html>. Acesso em 30 ago. 2021.

³⁴ Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado (tradução livre).

Foi elaborado um relatório pela Polícia, divulgado apenas em 1967, e foram detalhadas as péssimas condições dos presídios, como superlotação, abusos sexuais, violência, tortura, falta de higiene, alimentação inadequada entre outras³⁵.

Em 1967, já sob pressão popular por uma reforma estrutural do sistema penitenciário estadual, após a revelação dos escândalos, houve a nomeação pelo governador eleito Winthrop Rockefeller de novos superintendentes para os presídios, sendo Tohamas Murton nomeado para *Tucker* e Otis Stephens em *Cummins*. Ocorreu a demissão de funcionários dos presídios (sob fortes acusações de tortura e corrupção) e foi conferida transparência ao sistema prisional, que passou a divulgar mais dados para imprensa.

Em 1968, sob gestão de Murton, descobriu-se um cemitério clandestino no presídio de *Tucker*, a partir da denúncia de um custodiado. Foram encontrados três esqueletos, um decapitado, um com o crânio esmagado e o terceiro com as pernas quebradas, além de depressões semelhantes a covas.

Tohamas Murton ganhou notoriedade pelo seu trabalho de ampla divulgação dos escândalos que ocorriam em *Tucker Farm*, foi promovido à chefe da Comissão de Correções para supervisionar as unidades prisionais. Foi citado no relatório de *Holt v. Sarver* pelo juiz Henley, que lhe prestou elogios.

Murton foi sucedido por Robert Sarver, após sua exoneração, diante da publicação de um livro em que forneceu muitos detalhes das irregularidades que encontrou no sistema carcerário do Arkansas.

Em 1969, três ações coletivas³⁶ foram ajuizadas por detentos de *Cuumins* (Lawrence Holt, Travis Fields e George Overton) em face de Robert Sarver. As três ações foram julgadas em conjunto e autuadas como *Holt v. Sarver*. As reclamações veiculadas por meio das ações eram as solitárias (celas de isolamento), negativas de tratamento médico e falta de segurança adequada para proteger os detentos de agressões físicas e sexuais. Os autores alegavam violações às emendas oitava (proibição de penas cruéis e incomuns) e décima quarta (garantia do devido processo legal e igual proteção da lei) da Constituição americana.

O juiz J. Smith Henley proferiu uma sentença dialógica negocial, em que registrou que “o Tribunal não se comprometerá em um primeiro momento a prescrever quaisquer medidas imediatas específicas a serem tomadas pela parte ré. A Corte gostaria de saber primeiro o que

³⁵ ARKANSAS STATE. **Prison History and Events 2011-1838**. (Online): Division of Correction, [S.d]. Disponível em: <https://doc.arkansas.gov/correction/about-us/prison-history-and-events/prison-history-and-events-2011-1838/>. Acesso em 30 ago. 2021.

³⁶ Nos Estados Unidos o indivíduo tem legitimidade ativa para ajuizamento de ação coletiva (*class actions*) representando uma determinada classe, conforme regra 23 do *Federal Rules of Civil Procedure*:

a parte ré pensa que pode fazer e o que está disposta a comprometer-se a fazer. Existem algumas sugestões que o Tribunal está preparado para fazer”³⁷. Fez sugestões, traçando diretrizes, em acentuado caráter propositivo, de como o réu poderia superar as falhas estruturais constatadas, mas reconhecendo as dificuldades financeiras sob as quais o sistema penitenciário vinha operando³⁸.

Transcrevem-se abaixo as proposições feitas por Henley³⁹:

First, in allocating funds and assigning free world personnel to duties, Respondent should give the highest priority to the safety of inmates of the barracks and to alleviating existing conditions in the isolation unit. If that is done, Respondent may find that he can put free world guards into the barracks proper and dispense with the "floorwalkers." Although the Court recognizes that it might be unwise to spend a large amount of money on temporary facilities in view of the contemplated construction of the new maximum security unit, Respondent may also find that he will be able to build some additional isolation cells.

Second, there is evidence to the effect that some inmates are more of a problem at one farm than they are at the other. Consideration might be given to transferring certain individual inmates from Cummins to Tucker.

Third, every effort should be made to hold the number of persons confined in a single isolation cell at one time to a minimum. That may involve more selectivity in imposing isolation as a punishment, or shorter sentences, or more flexible sentences. In the field of criminology it has been observed that long terms of imprisonment imposed on persons convicted of crime are not necessarily more efficacious as crime deterrents than shorter sentences, and the same thing may hold good within the walls of penal institutions.

Fourth, in ordinary cases inmates should not be long confined in isolation in advance of hearing, and consideration might be given to an automatic review of the actions of all sentencing panels.

Finally, Respondent ought to be able at minimum expense to do something about the sanitary conditions of the cells and he might give consideration to doing so without much regard to the attitudes of the inmates. Certainly, something can be done about the condition of the mattresses and it can be assured at least that an inmate will sleep on the same mattress every night. Most important, seriously ill men should not be confined in close contact with other prisoners.

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.

³⁷ O trecho da sentença é o seguinte: “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. There are some suggestions that the Court is prepared to make”. Para consultar a íntegra: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/300/825/1820796/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

³⁸ Em parte da sentença foi consignado “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” O Tribunal reconheceu até agora as desvantagens financeiras sob as quais o sistema Penitenciário está trabalhando, e o Tribunal sabe que o Reclamado não pode fazer tijolos sem palha (tradução livre). A decisão judicial pode ser consultada integralmente no endereço eletrônico: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/300/825/1820796/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

³⁹ ARKANSAS STATE. U.S. District Court for the Eastern District of Arkansas. **Holt v. Sarver**, 300 F. Supp. 825, de 20 de junho de 1969. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/300/825/1820796/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

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.

Na parte final mostra-se claro o caráter estrutural da decisão, à medida que o juiz determina que um plano de ação para superação das falhas estruturais seja apresentado em 30 (trinta) dias e que haverá retenção de jurisdição para todos os propósitos apropriados.

Mesmo que os pedidos tenham sido de situações pontuais de diversos problemas enfrentados pelos detentos, a sentença é genérica promovendo um diálogo com a parte ré a fim de que essa gradualmente promova mudanças graduais no sistema penitenciário de acordo com um plano de execução. Ao mesmo tempo que não se adota uma postura de mera deferência (*hands-off doctrine*) às políticas públicas existentes quanto ao sistema carcerário, também não há ordem diretas mediante sanções para cumprimento imediato.

Desse modo, reconhece-se que há margem de discricionariedade do Estado em organizar suas unidades prisionais, mas por outro lado essa zona de liberdade não pode ir tão longe a ponto de permitir condições tão precárias aos custodiados, que afrontem a Constituição (oitava e décima quarta emendas à Constituição).

Sarver apresentou em juízo, dentro do prazo determinado, o seu plano de ação informando transferência de presos, métodos de classificação de internos e melhorias nas condições sanitárias, mas asseverou a impossibilidade de contratação de novos funcionários para substituir os *trusties*, diante da falta de orçamento.

Henley entendeu insuficientes as medidas apresentadas no relatório apresentado. Ainda em 1969 determinou a reunião de 8 (oito) ações coletivas (*class actions*) promovidas por detentos tanto de *Cumming Farm* quanto de *Tucker Farm*. Como um dos demandantes era novamente Lawrence Holt e o chefe da comissão de correções permanecia sendo Robert Sarver, a autuação se deu como *Holt v Sarver II*.

Vale ressaltar que em *Holt v Sarver II* os pedidos eram para uma mudança do sistema prisional como um todo e não em relação a falhas específicas⁴⁰. Isso faz com que os próprios pedidos veiculados no processo sejam de natureza estrutural, a fim de que haja uma mudança do sistema. Com efeito, temos pedidos genéricos, de maior elasticidade, que requerem a reconstrução de um sistema falho, perpetuador de ilicitudes sistêmicas.

Henley, mais uma vez, reconheceu as situações degradantes dos presídios e determinou

⁴⁰ Tal informação consta de trecho da sentença de *Holt v Sarver II*: “*This case, unlike earlier cases to be mentioned which have involved specific practices and abuses alleged to have been practiced upon Arkansas convicts, amounts to an attack on the System itself. As far as the Court is aware, this is the first time that convicts have attacked an entire penitentiary system in any court, either State or federal*”l. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/309/362/2096340/>. Acesso em: 01 set. 2021.

ao Estado que faça um plano de ação para eliminar de forma imediata, sem fixação precisa de prazo⁴¹, as condições que levaram o Tribunal a condenar o sistema como um todo. Fixou de forma genérica algumas medidas que devem ser adotadas⁴², sem pormenorizá-las, e não proferiu ordens imediatas e específicas de cumprimento. Arrematou que as condições nas fazendas penitenciárias devem ser levadas a um nível de tolerabilidade constitucional, sob pena de não poderem mais servir como presídios⁴³.

Ou seja, houve reconhecimento da inconstitucionalidade do sistema prisional do Estado do Arkansas como um todo⁴⁴, declarando-se o estado de incompatibilidade com a Constituição Americana da (i) supervisão dos prisioneiros não ser feita por guardar profissionais e (ii) segregação racial nos pavilhões. Mais uma vez, Henley promoveu uma incitação ao debate, evitou fixar marcos temporais rígidos e não se utilizou de decisões coercitivas.

Posteriormente, ainda teve um outro julgado denominado *Holt v. Hutto* (1973), conhecido como *Holt III*, também para questionar as condições dos presídios no estado do Arkansas. Houve sucessão de Sarver na Comissão de Correções do estado do Arkansas por Hutto. O sistema penitenciário do Arkansas já havia melhorado substancialmente em 1973, após medidas adotadas nos planos de ações dos processos anteriores.

Em vez de uma análise do sistema como um todo, o processo cuidou de situações muito minuciosas, de detalhes da administração dos presídios. À medida que o sistema penitenciário melhorava, o trabalho do juiz era mais árduo, pois acabava cuidando de situações muito peculiares, adentrando-se cada vez mais em atividades tipicamente administrativas.

À medida que relatórios eram apresentados pelos demandados, o Tribunal se imiscuia em assuntos internos com maior nível de especificidade.

⁴¹ “*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. The opening of the new maximum security unit in 1971 should be set as at least a tentative target date for the completion of the removal of unconstitutional conditions and practices. The schedule on which Respondents will be required to move may be shortened or lengthened as circumstances and developments may dictate*”. Para ver a íntegra, acessar: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/309/362/2096340/>. Acesso em: 01 set. 2021.

⁴² Traçou um mínimo das medidas que os planos de ação devem adotar como dessegregação racial, construção de mais unidades de isolamento, substituição dos *trusties* por agentes profissionais, entre outras.

⁴³ “*Respondents will be ordered to 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. The start must be prompt, and the prosecution must be vigorous. The handwriting is on the wall, and it ought not to require a Daniel to read it. Unless conditions at the Penitentiary farms are brought up to a level of constitutional tolerability, the farms can no longer be used for the confinement of convicts*”. Para ver a íntegra, consultar: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/309/362/2096340/>. Acesso em: 01 set. 2021.

⁴⁴ Mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade como um todo do sistema prisional, Henley assentou que as condições dos cárceres estavam em situação de progressivas melhorias: “*While the Penitentiary is still a bad place, an unconstitutional place in the Court's eyes, it is in some respects a better place than it was several years ago.*”

A conclusão que chega Jordão Violin é que há um paradoxo de que quanto mais próximo da conformidade aos valores constitucionais estava o sistema prisional, mais complexa se tornava a atividade jurisdicional⁴⁵.

Henley esperava que este fosse o último processo de natureza estrutural acerca da situação prisional do estado do Arkansas⁴⁶, sem negar que novas reclamações dos presidiários iriam surgir, mas teriam que ser decididas fora de um contexto de litígio estrutural, com ordens diretas formais.

De inovador em Holt III, podemos citar a nomeação por Henley de um *special master* para monitorar *in loco* as condições dos presídios e a prolação de ordem direta com uma sanção ao final. Foi determinada a remoção ou transferência dos presos de *Cummins*, que estava com superlotação, para outras unidades. Em caso de não cumprimento da decisão, foi determinada a soltura destes. Com efeito, a carga dialógica do processo com ordens flexíveis e genéricas foi esvaziando-se.

Henley deixou a condução do processo e foi substituído por Garnett Thomas Eisele, nomeado pelo presidente Nixon. Novamente, diversas causas envolvendo o sistema prisional de Arkansas foram reunidas para julgamento e o processo foi autuado como *Finney v. Mabry* (1978).

Eisele adotou uma postura ainda mais ativa na condução do processo, por meio de inspeções periódicas nos presídios e restrição da atividade probatória para um processo mais célere. Promoveu diversas reuniões com os demandados e conseguiu elaborar um acordo devidamente homologado em juízo. O acordo foi então monitorado pelo *special master* Stephen C. LaPlante.

Em 1982, finalmente o processo estrutural do sistema prisional de Arkansas chegou ao fim, com a conclusão de que se chegou a um estado aceitável de coisas, com um excelente progresso das condições pretéritas⁴⁷.

⁴⁵ VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

⁴⁶ “The Court hopes that this will be the last long opinion dealing with the Department that the Court will be called upon to write. But the Court knows that regardless of what has been said here, and regardless of what its decrees may forbid, or command, and regardless of how diligently respondents may seek to obey the orders of the Court or to follow the Court's suggestions, inmate complaints are going to continue to be received by the Court.”. A íntegra da decisão pode ser consultada em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/363/194/2254773/>. Acesso em: 02 set. 2021.

⁴⁷ A íntegra da decisão final pode ser consultada no endereço eletrônico <https://www.leagle.com/decision/19821174546fsupp62811090>. Acesso em 02 set. 2021. Transcreve-se trecho da decisão: “It now appears that after a long, and at times turbulent, history this case is ready for final disposition. The original complaint was filed in April 1969. The case has proceeded as a class action on behalf of all inmates of the Arkansas Department of Correction for the purpose of challenging the constitutionality of the

Foram 13 (treze) anos desde *Holt x Sarver I* até a decisão final em *Finney v. Mabry*. No processo tradicional, o que se busca para um desfecho ideal é a satisfação plena do direito reconhecido em juízo pela parte vitoriosa. Por sua vez, no processo estrutural o desfecho do processo ocorre por uma análise global de avanços de um plano fático flagrantemente inconstitucional para um estado perto do ideal, com bom nível de tolerabilidade.

Um estado de coisas aviltante a direitos fundamentais não surgiu do dia para noite e nem vai ser resolvido milagrosamente em espaço curto de tempo.⁴⁸

O fato de o litígio estrutural implicar processo longo, duradouro, com monitoramento constante de diversos planos de ações, não significa eternização da lide⁴⁹.

A fim de que a jurisdição possa ter um encerramento é necessário que a análise dos resultados dos planos de superação em etapas seja com um olhar construtivista, verificando se houve modificação da estrutura anterior com movimentos de diversos atores, antes inativos, para melhoria do estado de coisas. Deve-se aferir de modo global, sob o aspecto quantitativo e qualitativo, o quanto do plano foi executado para desbloqueio da política pública negligenciada e se houve inserção real do assunto tratado na agenda política do país, desvencilhando-se de critérios muito minuciosos que podem eternizar a lide.

O processo estrutural serve também como catalizador extraprocessual⁵⁰ para que o desbloqueio estrutural ocorra, visto que a situação fática de violação duradora e sistêmica de direitos fundamentais ganha repercussão nacional, passando o assunto a adentrar no cotidiano da sociedade, emergindo a importância do tema. Trata-se de via de mão dupla, pois os movimentos de fora, o sentimento da população em relação ao tema e o clamor social também servem como propulsor para que o processo estrutural tenha êxito e consiga destravar os bloqueios institucionais⁵¹.

conditions of confinement at the various units of the Department. Relatively early in the history of the case the Court determined that many conditions of confinement imposed by the respondents were unconstitutional. Efforts since that time have been directed toward improving the situation at the prison units to an acceptable level so that the case could be dismissed. Several hearings have been held to assess the progress being made (...). The Court is genuinely pleased that the facts and circumstances mandate its relinquishment of further jurisdiction in this case”.

⁴⁸ BUDLENGNDER, Geoff. The role of the courts in achieving the transformative potencial of socio-economic rights: panel discussion. *ESR Review: Economic and Social Rights in South Africa*, v. 8, n. 1, p. 9-11, 2007, p. 11

⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz *et al.* **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 252.

⁵⁰ CUMMING, Scott L. RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. *Fordham Urban Law Journal*, v. 36, n. 4. P. 603-652, 2009. Os autores defendem que há aumento de visibilidade de uma causa, colaborando para que outras forças sociais sejam colocadas em movimento para mudança do *satus a quo*.

⁵¹ Gerald Rosenberg questiona a real importância dos processos estruturais como instrumentos de mudanças sociais, entendendo ter um papel secundário e de pouca valia, em uma leitura revisionista de *Brown x Board Education*. Para o professor de Chicago o Judiciário tem um papel de mero coadjuvante para modificações sociais. ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008, p. 39-157. Por outro lado, Eduardo Appio defende que os valores contidos na

O caso *Brown x Board Education* foi de fundamental importância para o *Civil Rights Moviments* e vice-versa. Existia um clima político e social favorável para a dessegregação racial, pois o movimento dos direitos civis dos negros nos Estados Unidos estava com muita força nos Estados Unidos, sob liderança de Martin Luther King Jr. O Congresso Americano, diante de todo esse contexto, aprovou a Lei de Direitos Civis de 1964 e a Lei dos Direitos ao Voto de 1965, dando passos de suma importância para inclusão dos negros de forma definitiva como cidadãos americanos.

Em relação aos processos estruturais atinentes aos presídios, estes serviram como instrumento de pressão para que o Legislativo aumentasse o orçamento destinado ao sistema penitenciário, a fim de não ser visto como cúmplice da barbárie.

Por outro lado, o processo estrutural gera reações e embate entre poderes. Os Poderes Legislativos e Executiva reclamam de excesso de interferências do Judiciários em assuntos que são de suas alçadas. Nos Estados Unidos houve aprovação em 1995 do *Prision Litigation Reform Act* (PLRA) em resposta ao aumento do número de demandas de presos na Justiça Federal americana. A reforma restringiu o acesso à justiça dos detentos⁵² e impôs limites aos poderes do juiz⁵³.

Os remédios estruturais para políticas públicas cresceram em poder e alcance ao longo de um período de vinte anos, começando em 1954 e continuando até 1974. Desde então, está sob ataque constante, tendo sofrido diversas restrições por Cortes de Justiça e por dispositivos legais, sendo vista por muitos como o epítome do ativismo da Corte de Warren.⁵⁴

1.3 Processo Estrutural na Colômbia: O Estado de Coisas Inconstitucional

Após o surgimento dos litígios estruturais nos Estados Unidos e toda uma construção

decisão judicial se tornam fatos sociais relevantes que irão informar a cultura e a história do país. APPIO, Eduardo. Direito das minorias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 32.

⁵² Houve imposição do prévio esgotamento da via administrativa para acesso ao Poder Judiciário. “*No action shall be brought with respect to prison conditions [...] by a prisoner confined in any jail, prison, or other correctional facility until such administrative remedies as are available are exhausted.*” Texto disponível no endereço eletrônico <https://ojjdp.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh176/files/pubs/walls/appen-b.html>. Acesso em 02 set. 2021.

⁵³ “*Prospective relief in any civil action with respect to prison conditions shall extend no further than necessary to correct the violation of the Federal right of a particular plaintiff or plaintiffs. The court shall not grant or approve any prospective relief unless the court finds that such relief is narrowly drawn, extends no further than necessary to correct the violation of the Federal right, and is the least intrusive means necessary to correct the violation of the Federal right. The court shall give substantial weight to any adverse impact on public safety or the operation of a criminal justice system caused by the relief.*” “As medidas prospectivas em qualquer ação civil com relação às condições de prisão não se estenderão além do necessário para corrigir a violação do direito federal de um autor ou autores em particular. O tribunal não concederá ou aprovará qualquer medida cautelar, a menos que o tribunal considere que tal medida é restrita, não se estende além do necessário para corrigir a violação do direito federal e é o meio menos intrusivo necessário para corrigir a violação do direito federal. O tribunal dará peso substancial a qualquer impacto adverso na segurança pública ou no funcionamento de um sistema de justiça criminal causado pela reparação (tradução livre).”

⁵⁴ FISS, Owen M. The Allure of Individualism. Yale Law Review. v. 78. 1992/1993. p. 965.

doutrinária e casuística das cortes de justiça, houve uma disseminação para o resto do mundo dessa espécie de litígio em que há preocupação em consertar de forma prospectiva estruturas complexas falhas, que precisam ser remodeladas gradativamente, com o escopo de passarem a ser eficientes. Os países do chamado Sul Global foram percussores em incorporar o litígio estrutural, principalmente por serem locais com menor nível de desenvolvimento econômico, com alta desigualdade social e população sujeita a violações cotidianas de direitos fundamentais.

Podemos citar a Colômbia, Índia e África do Sul como países que já tiveram experiências com o litígio estrutural.

O estado de coisas inconstitucional, como espécie de litígio estrutural, surgiu no direito colombiano, sendo que a primeira menção a tal expressão ocorreu com a denominada “Sentencia de Unificacion (SU) n° 559”, pela Corte Constitucional da Colômbia em 1997.

Trata-se de construção jurisprudencial da Corte Constitucional Colombiana, desenvolvida em uma fase introdutória no caso dos docentes em 1997 até o caso da Sentencia n° T-153 de 1998, acerca do sistema penitenciário. Este último caso teve um resultado considerado falho. Em seguida, houve uma fase de aperfeiçoamento do estado de coisas inconstitucional, a partir da Sentencia n° T-025 de 2004, com o julgamento do caso da população deslocada por conta das guerrilhas civis, que teve um resultado considerado exitoso e paradigmático para futuros julgamentos.

No primeiro caso, quarenta e cinco professores dos municípios de *Maria La Baja* e *Zambrano* não tiveram direitos previdenciários reconhecidos pelas autoridades locais e ajuizaram *acción de tutela* (remédio constitucional contra atos de autoridade pública) em face dos Municípios. Eles tinham descontados de seus salários a contribuição previdenciária de 5%, mas não tinham direito às prestações sociais da Previdência. Os aludidos municípios alegavam dificuldades orçamentárias e recusavam a filiação dos professores ao sistema previdenciário.

A Corte Constitucional, em sede de revisão, constatou existir um descumprimento generalizado dos direitos previdenciários nos dois municípios colombianos, não limitando-se a pronunciar-se em favor dos demandantes. Reconheceu que a falha não poderia ser atribuída a um único órgão e era de natureza estrutural.

Declarou, então, o “estado de coisas inconstitucional” e determinou a realização de uma política pública que implicasse melhor distribuição de verbas públicas federais para o ensino público municipal. Foi identificado um quadro de violação aos direitos sociais previdenciários dos professores da rede pública e determinou-se que diversos municípios em situação

semelhante resolvam o problema em tempo razoável. Assim constou a parte dispositiva da decisão:

Primero.- DECLARAR que el estado de cosas que originó las acciones de tutela materia de esta revisión no se aviene a la Constitución Política, por las razones expuestas en esta providencia. Como, al parecer, la situación descrita se presenta en muchos municipios, se advierte a las autoridades competentes que tal estado de cosas deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea razonable.

Segundo.- ORDENAR que para los efectos del numeral primero se envíe copia de esta sentencia al Ministro de Educación, al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Director del Departamento Nacional de Planeación y a los demás miembros del CONPES Social; a los Gobernadores y las Asambleas Departamentales; y a los Alcaldes y los Concejos Municipales.

Tercero.- En consecuencia, REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena y por el Juzgado Civil del Circuito de Carmen de Bolívar, los días 28 y 30 de octubre de 1996, respectivamente. En su lugar, se CONCEDE a los demandantes la tutela de su derecho a la igualdad. En consecuencia, los municipios demandados deberán, dentro del año siguiente a partir del primero (1º) de enero de 1998, adelantar y culminar el trámite de afiliación de los actores al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Cuarto.- Para lo de su competencia, enviar copia de esta sentencia al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo y al Contralor General de la República.

Quinto.- Líbrense por Secretaría las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, y todas las demás comunicaciones que sean necesarias para dar efectivo cumplimiento a este fallo⁵⁵.

Copíese, notifíquese, comuníquese, insertese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cumplase.”

A partir daí a Corte Colombiana reconheceu o estado de coisas inconstitucional para diversos outros casos, sendo os mais notórios para o sistema carcerário e para a população deslocada por conta das guerrilhas civis.

Diferentemente dos Estados Unidos, em que a litigância estrutural surgiu para resolução de casos de minorias sub-representadas nas esferas de poder que requeriam igualdade política, na Colômbia surgiu como ferramenta para construção de um Estado Social de Direito⁵⁶. O estado de coisas inconstitucional não serviu apenas para resolução de litígios de minorias marginalizadas do processo político de representação.

O estado inconstitucional dos presídios colombiano foi emblemático, mas conhecido como uma experiência malsucedida, tendo ganhado destaque e maior relevo o caso da população deslocada por conta das guerrilhas civis, que apresentou resultados efetivos e uma jurisdição supervisora de dez anos.

⁵⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU n. 559 de 1997**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em 12 set. 2021.

⁵⁶ SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020, p. 123.

Importante destacar o prestígio que gozava a Corte Constitucional Colombiana perante a sociedade, que foi muito importante para que a Corte assumisse um papel tão importante de interferência nos ciclos das políticas públicas.

A Colômbia, na década de oitenta, vivia uma crise sem precedentes devido a uma violência urbana em descontrole, com guerrilhas armadas altamente poderosas economicamente e com vasto controle territorial. A Constituição ainda era a de 1886, sem direitos sociais e econômicos previstos e com uma Corte Constitucional mais preocupada em resolver problemas de equilíbrio entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Os poderes políticos eram divididos em dois grandes grupos de liberais e conservadores, que formavam uma frente nacional, fruto de um arranjo político de divisão de determinadas funções e alternância no poder, feito em 1958, para tentar apaziguar o país, que vinha de uma ditadura militar (1953), após período de grandes embates políticos violentos.

Em 1985, houve um ataque terrorista promovido pelo grupo guerrilheiro MI-19 ao Palácio de Justiça de Bogotá, destruindo suas instalações e vitimando metade dos juízes da Corte.

Houve uma comoção na sociedade e apoio amplo ao Poder Judiciário. E isso se refletiu na Constituição promulgada em 1991⁵⁷, que conferiu vasta competência para Corte e amplo acesso à sua jurisdição, além de uma grande gama de direitos fundamentais (artigos 11 a 41). Por sua vez, os artigos 239 a 245 da Constituição Colombiana disciplinam a jurisdição constitucional.

Entre as competências da Corte está o controle de constitucionalidade em abstrato de normas e a revisão das *acción de tutela*. Esta última trata-se de remédio constitucional, célere e informal, previsto no artigo 86⁵⁸ da Carta Constitucional, destinado a quem sofrer violação de direitos fundamentais por ação ou omissão de autoridade pública, muito se assemelhando no Brasil ao mandado de segurança.

⁵⁷ A Assembleia Nacional Constituinte foi convocada após pressão popular com a onda de violência que vivia o país e o assassinado de diversos políticos, entre eles o do candidato liberal à presidência, Luiz Carlos Galán em 1989.

⁵⁸ Artículo 86. *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública..*

A Corte Constitucional pode então selecionar alguns julgados de instâncias inferiores, mediante juízo de conveniência e oportunidade⁵⁹, para revisar as decisões proferidas por instâncias inferiores nas ações de tutela, conforme artigo 33⁶⁰ do Decreto 2591/91.

A técnica decisória do estado de coisas inconstitucional foi promovida em julgamentos coletivos de diversas ações de tutela que tratavam sobre o mesmo assunto. E a Corte Constitucional acabou por conferir abstração e eficácia *erga-omnes* a um controle concreto de constitucionalidade.

Apesar dos direitos sociais estarem previstos em capítulo diverso dos direitos fundamentais e não serem de aplicação imediata, conforme artigo 85 da Constituição, a Corte Constitucional entendeu possível o controle judicial da violação ou omissão a direitos sociais por meio da ação de tutela, desenvolvendo o princípio do mínimo vital.

A Corte então desenvolveu a teoria de que os direitos sociais podem ser tratados como fundamentais caso estejam conectados com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Houve objetivação de controle difuso de constitucionalidade, quando o caso é revisado pela Suprema Corte. A Corte Constitucional defendeu a proteção dos direitos fundamentais (Schutzpflicht) na sua dimensão objetiva⁶¹, por meio da ação de tutela, inspirando-se no caso *Luth* de 1958 da Alemanha.

E as ordens estruturais para cumprimento dialógico por diversos órgãos tem arrimo no artigo 113⁶² da Constituição Colombiana que prevê a separação de poderes e o dever recíproco de colaboração harmônica para exercício de suas funções. Já a retenção da jurisdição tem por base o artigo 27⁶³ do Decreto 2591/91.

⁵⁹ Esse mecanismo de seleção de casos assemelha-se ao *writ of certiorari* do direito norte-americano.

⁶⁰ Artículo 33. *Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses.*

⁶¹ 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” **Estudios Constitucionales**, v. 1. n.1. 2003, p. 211. “[...]la ausencia de políticas públicas claras y coherentes em vários aspectos de la vida pública nacional, o la presencia de insuficiencias graves o de contradicciones palpables entre las existentes, constituyen una situación de hecho que como tal termina lesionando de manera constante un amplio catálogo de derechos fundamentales de numerosas personas. Como respuesta a estas situaciones estructurales, el juez constitucional colombiano elaboró la figura del “estado de cosas inconstitucional”.

⁶² Artículo 113. *Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*

⁶³ “Artículo 27.-Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Destarte, o estado de coisas inconstitucional na Colômbia como técnica decisória da Suprema Corte, que promove uma decisão dialógica flexível, é reconhecido em grau recursal, a partir de ações de tutela provenientes de instâncias inferiores. Mas a decisão acaba abrangendo um número maior de pessoas do que os litigantes originários, pois se está diante da proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Assim, há uma vulneração generalizada e recorrente de direitos fundamentais de um determinado grupo, podendo a Corte ampliar os efeitos subjetivos do julgado, até sob um ponto de vista econômico⁶⁴, pois é menos custoso para a Justiça fazer um pronunciamento que abarque todo o grupo de pessoas que estão na mesma situação de violação de direitos, do que esperar que cada uma delas ajuíze a ação correspondente.

No caso do Brasil, o estado de coisas inconstitucional, como será visto ao longo da dissertação, no subtópico 2.2.1, é manejado por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação constitucional de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Na *sentencia de Tutela (T) 153, de 1998*⁶⁵, a Corte Constitucional Colombiana decidiu o problema da situação carcerária do país. As ações de tutela originárias de detentos das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín invocavam problemas de superlotação carcerária e condições precárias.

Apoiado em dados e estudos⁶⁶, a Corte, por meio da Sala de Revisão (competência recursal), constatou que a situação de violação de direitos no sistema penitenciário era

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenara abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que este completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.” (grifo nosso).

⁶⁴ 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” **Estudios Constitucionales**, v. 1. n.1. 2003, p. 214. “*Como segunda justificación el juez constitucional apelo a um argumento de carácter económico em el sentido de que resulta menos costos para el presupuesto de la rama judicial hacer pronunciamientos que abarcasen múltiples situaciones semejantes que esperar a que cada ciudadano impetras ela correspondiente acción de tutela.*”

⁶⁵ Sentença disponível integralmente em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em 10 set. 2021.

⁶⁶ Aqui importante destacar que em processos estruturais é de ampla utilização a prova por amostragem, a prova estatística e a prova *prima facie*, na primeira fase de constatação do problema estrutural, aqui especificamente do estado de coisas inconstitucional. No Brasil, são meios atípicos de prova (artigo 369, do CPC), que poderão ser perfeitamente utilizados para constatação de uma violação massiva de direitos fundamentais e declaração do estado de coisas inconstitucional. Isso porque não é factível, por exemplo, a inspeção de todas as celas de todos os presídios do Brasil a fim de que se possa declarar o estado de coisas inconstitucional.

generalizada, de âmbito nacional, não apenas limitada aos presídios apontados na ação de tutela. Além disso, a Corte reconheceu que havia falhas de diversos órgãos públicos que se mantinham inertes, não ofertando tratamento digno aos presos. Ademais, a política pública voltada para detentos estava fora da agenda política do país, havendo problemas orçamentários, de ordem legislativa e administrativa.

A solução para tal problema era complexa, necessitando da participação de diversas autoridades e diversos órgãos públicos. Com efeito, diversos órgãos foram instados a adotar providências com o objetivo de superar esse quadro de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, conforme parte dispositiva da decisão:

Primero.- ORDENAR que se notifique acerca de la existencia del estado de cosas inconstitucional en las prisiones al Presidente de la República; a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales.

Segundo.- REVOCAR las sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, el día 16 de junio de 1997, y el Juzgado Cincuenta Penal Municipal de Bogotá, el día 21 de agosto de 1997, por medio de las cuales se denegaron las solicitudes de tutela interpuestas por Manuel José Duque Arcila y Jhon Jairo Hernández y otros, respectivamente. En su lugar se concederá el amparo solicitado.

Tercero.- ORDENAR al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación ejercerán supervigilancia sobre este punto. Además, con el objeto de poder financiar enteramente los gastos que demande la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria, el Gobierno deberá realizar de inmediato las diligencias necesarias para que en el presupuesto de la actual vigencia fiscal y de las sucesivas se incluyan las partidas requeridas. Igualmente, el Gobierno deberá adelantar los trámites requeridos a fin de que el mencionado plan de construcción y refacción carcelaria y los gastos que demande su ejecución sean incorporados dentro del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones.

Cuarto.- ORDENAR al Ministerio de Justicia y del Derecho, al INPEC y al Departamento Nacional de Planeación, en cabeza de quien obre en cualquier tiempo como titular del Despacho o de la Dirección, la realización total del plan de construcción y refacción carcelaria en un término máximo de cuatro años, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones.

Quinto.- ORDENAR al INPEC y al Ministerio de Justicia y del Derecho la suspensión inmediata de la ejecución del contrato de remodelación de las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Santafé de Bogotá.

Sexto.- ORDENAR al INPEC que, en un término máximo de tres meses, recluya en establecimientos especiales a los miembros de la Fuerza Pública que se encuentran privados de la libertad, con el objeto de garantizar su derecho a la vida y a la integridad personal.

Séptimo.- ORDENAR al INPEC que, en un término máximo de cuatro años, separe completamente los internos sindicados de los condenados.

Octavo.- ORDENAR a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que investigue la razón de la no asistencia de los jueces de penas y medidas de seguridad de Bogotá y Medellín a las cárceles Modelo y Bellavista.

Noveno.- ORDENAR al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Hacienda que tomen las medidas necesarias para solucionar las carencias de personal especializado en las prisiones y de la Guardia Penitenciaria.

Décimo.- ORDENAR a los gobernadores y alcaldes, y a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales que tomen las medidas necesarias para cumplir con su obligación de crear y mantener centros de reclusión propios.

Undécimo.- ORDENAR al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y al Ministro de Justicia y del Derecho que, mientras se ejecutan las obras carcelarias ordenadas en esta sentencia, tomen las medidas necesarias para garantizar el orden público y el respeto de los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos de reclusión del país.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Reconheceu-se que se estava diante de um grupo marginalizado da sociedade, de minoria olvidada pelas esferas de poder, que sofre violações constantes em seus direitos fundamentais, e que a Corte Constitucional deve assumir um papel ativo de indutor de um desbloqueio institucional para superação das falhas estruturais⁶⁷.

A falha da Corte para não consecução de resultados efetivos para melhora ou superação das falhas estruturais restou na falta de um monitoramento adequado, de uma jurisdição supervisora mais participativa, induzidora de reformulações experimentais. Nesse sentido, faltou diálogo em torno de como conseguir fazer cumprir as ordens flexíveis constantes da sentença, tendo sido falha justamente a fase mais importante do processo estrutural, que é a retenção da jurisdição.

O caso mais emblemático e de sucesso em que se reconheceu o estado de coisas inconstitucional foi o deslocamento forçado em decorrência do contexto de violência na Colômbia. Foi proferida a Sentencia T-025, de 22/01/2014, em que se reconheceu a situação dramática e desumana que se encontravam 3 (três) milhões de pessoas forçadas a deslocamentos internos, sujeitas a violações massivas e reiteradas dos direitos fundamentais e que as falhas

⁶⁷ Nesse sentido é parte do voto juiz relator Eduardo Cifuentes Muñoz: *“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. Por esta razón, la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas”*. A decisão pode ser obtida integralmente no endereço eletrônico: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em 12 set. 2021.

estruturais das políticas públicas do Estado colombiano eram o fator central desse estado de coisas não ideal⁶⁸.

Houve retenção da jurisdição e monitoramento constante pela Corte dos programas governamentais para desbloqueio da política pública falha. Como dito alhures, essa retenção da jurisdição tem por base legal o artigo 27⁶⁹ do Decreto 2591/91, que regulamenta a ação de tutela. Se em um primeiro momento o indigitado artigo foi elaborado para procedimento de defesa da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, a Corte, no julgamento da T-025, aplicou o preceito para dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Foram desenvolvidas técnicas de seguimento (ou supervisão) da decisão que declarou o estado de coisas inconstitucional, a saber: (i) a realização de audiências públicas; (ii) a Comissão de Verificação e (iii) os autos de seguimento⁷⁰.

O monitoramento durou dez anos (até 2014), foram realizadas vinte audiências públicas e instaurados 84 (oitenta e quatro) autos de seguimento.

Como na sentença que declara o estado de coisas inconstitucional são esmiuçadas diversas violações a direitos fundamentais, é de bom tom a separação temática das violações aos direitos em autos diversos, a fim de que sejam monitoradas de forma autônoma, com o desiderato de atingir melhores resultados, sem prejuízo de uma análise holística ao final.

As chamadas decisões de sequência proferidas nesses autos de seguimento, tomadas a partir dos debates promovidos pelas audiências públicas, foram decisivas para modelar as medidas, inclusive legislativas, para superação do estado não ideal de coisas do deslocamento

⁶⁸ RODRIGUEZ GARAVITO, César; RODRIGUEZ FRACO, Diana. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. 1. Ed. Bogotá: Dejusticia, 2010. p. 13 *“En ella declaró que la dramática situación de los más de tres millones de personas desplazadas por la violencia en Colombia —la segunda cifra más alta en el mundo después de Sudán (Acnur 2009) constituye un “estado de cosas inconstitucional”. Al aplicar esta figura jurisprudencial, estableció que existe una violación masiva y reiterada de los derechos humanos de la población desplazada, y que las fallas estructurales de las políticas del Estado colombiano son un factor central que contribuye a ella”*.

⁶⁹ Artículo 27.-Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenara abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y **mantendrá la competencia hasta que este completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.**” (grifo nosso).

⁷⁰ Houve ajuda financeira da ACNUR para composição da sala especial de seguimento. RODRIGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. **Guía para Implementar Decisiones sobre Derechos Sociales: estrategias para lo jueces, funcionarios y activistas**. Bogotá: DeJusticia, 2014, p. 38-39. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_589.pdf. Acesso em 07 fev. 2022.

forçado, construindo um modelo do Sul Global de participação efetiva de cortes no enfrentamento de violações massivas de direitos fundamentais⁷¹.

Houve reação legislativa ao estado de coisas inconstitucional na Colômbia, diante de críticas acentuadas de ofensas das decisões da Suprema Corte à sustentabilidade fiscal, tendo sido aprovada emenda constitucional no ano de 2011 para dar nova redação ao artigo 334⁷² da Constituição, que permite ao Procurador-Geral da Nação e qualquer Ministro do Governo a requerer que os efeitos das sentenças de tutela sejam diferidos no tempo, quando afetarem, gravemente a ordem econômica.⁷³

1.4 Processo estrutural na África do Sul, compromisso significativo e a tentativa de regulamentação do instituto no Brasil: Análise crítica.

O compromisso significativo (*Meaningful Engagement*) é de origem da Corte Constitucional sul-africana, sendo também enquadrado dentro do gênero litígio estrutural, como instituto de origem estrangeira utilizado para superação de quadro de grave violação generalizada de direitos humanos.

No compromisso significativo há uma solução pactuada entre as partes envolvidas para superação da realidade de violação de direitos humanos, sob fiscalização do Judiciário (*active judicial management*). Isto significa que a Corte Constitucional instiga as partes envolvidas (diversos órgãos que com ações e omissões violam os direitos em litígio de um lado e os grupos

⁷¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 159-160.

⁷² Artículo 334. Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales

⁷³ BILCHITZ, David. Constitutionalism, the global south, and economic justice. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Coord). *Constitutionalism of the global south: the activism tribunals of India, South Africa and Colombia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 85.

cujos direitos humanos são violados de outro), após reconhecer estar diante de uma situação de vulneração de direitos fundamentais, a fazer uma solução pactuada, um verdadeiro negócio jurídico processual, que será submetido à sua fiscalização.

O primeiro caso em que o instituto foi aplicado na África do Sul foi no caso *Grootboom*. A senhora Irene Grootboom pertencia a uma comunidade que foi despejada de um assentamento informal rural e migrou para um centro comunitário do perímetro urbano da Cidade do Cabo, na localidade de *Wallacedente*, que serviu como abrigo.

Os membros da comunidade não dispunham de condições mínimas de moradia, como saneamento básico e eletricidade. Diante dessa situação, a senhora Grootboom e outros moradores ajuizaram ação no Tribunal Superior da Cidade do Cabo requerendo o reconhecimento ao direito à moradia. O Tribunal Superior entendeu que o governo já havia tomado todas as medidas razoáveis, dentro dos recursos disponíveis, exceto o direito de as crianças terem um abrigo, independentemente de recursos disponíveis.

Quatro meses após decisão, não houve qualquer cumprimento por parte do poder público. Houve, então, recurso para Corte Constitucional. Esta, por sua vez, avaliou a razoabilidade do programa habitacional em todos os seus níveis, concluindo que ele era deficiente por ser incapaz de proporcionar moradias emergenciais, embora não tenha exigido ações concretas do governo, afirmando que tais direitos devem ser progressivamente realizados, dentro do limite da razoabilidade e dos recursos orçamentários⁷⁴.

A Corte determinou que o Estado concebesse e implementasse, na medida de seus recursos disponíveis, um amplo e coordenado programa para realizar, progressivamente, o direito de acesso à moradia adequada, sem determinar judicialmente o que seriam meios razoáveis de efetivação desses direitos, competência exclusiva dos Poderes Executivo e Legislativo.

Comparando-se com o estado de coisas inconstitucional, aplicado pela Corte Constitucional da Colômbia, no caso de deslocamento forçado de pessoas, diante de guerrilhas civis, verifica-se que os remédios estruturais fixados no caso *Grootboom* foram muito mais tímidos, evitando-se afrontar os demais órgãos e poderes (posição de deferência), com ordens muitos mais brandas. Nesse sentido é a lição de César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Fraco:

Además, las decisiones de las cortes activistas varían mucho en la fortaleza o debilidad de los remedios que establecen. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica ha

⁷⁴ LAGE, Daniel Dore; BRUGGER, Andrey da Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**, v.3, n. 2, p. 193-240, 2017. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/issue/view/1553>. Acesso em: 12 set. 2021. p. 223.

rehusado fijar plazos y condiciones estrictas para el cumplimiento de sus órdenes en casos icónicos como Grootboom y Treatment Action Campaign. Por el contrario, la Corte colombiana de la T---025, aunque ha tendido a dejar la definición de los detalles de las políticas al proceso de seguimiento, ha dictado decisiones y fijado plazos mucho más estrictos. En el medio se encuentran otros tribunales, como la Corte Suprema argentina en el mencionado caso Verbistky⁷⁵.

Mas foi no caso *Olivia Road v City of Johannesburg* em que se sedimentou o instituto do compromisso significativo.

O processo judicial envolvia cerca de quatrocentos ocupantes que resistiam à remoção de edifícios que o governo classificara como inseguros e anti-higiênicos, na periferia da cidade de Johannesburgo. Embora eles estivessem na lista para obtenção de habitação de baixo custo, muitos não tinham nenhuma perspectiva real de obtê-la a curto prazo. O respectivo proprietário obteve uma ordem para expulsá-los e os barracos, em péssimas condições, que tinham sido construídos, foram demolidos, passando os despejados a ocupar um estádio de futebol.

Os desalojados processaram o Estado, alegando que as políticas de habitação do governo, tomadas como um todo, não lhes forneciam o seu direito social constitucionalmente garantido de acesso a uma habitação adequada. A Corte Constitucional, primeiramente, emitiu uma ordem provisional, destinada a garantir que as partes “se comprometessem significativamente em certas questões”, no sentido de resolver suas diferenças e dificuldades à luz dos valores da Constituição, mediante (i) a melhoria das condições daqueles que viviam nos prédios, tornando-os seguros e saudáveis e (ii) o desenvolvimento, em conjunto, de um plano concreto para habitações permanentes. Ao final, foi firmado e homologado acordo em 5 de novembro de 2007.

O projeto de lei nº 736 de 2015⁷⁶ foi uma reação legislativa à decisão judicial, em sede liminar, na ADPF nº 347, do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Marco Aurélio Melo, que determinou (i) a realização, em até noventa dias, de audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade e (ii) que a União libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para que seja utilizado com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

O projeto de lei é de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares. Na justificação do projeto, o parlamentar vaticina “ser bastante preocupante a determinação de afastamento do princípio da separação de Poderes, cláusula imodificável de nossa Constituição, na decisão,

⁷⁵ RODRIGUEZ GARAVITO, César; RODRIGUEZ FRACO, Diana. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia**. 1. Ed. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 56.

⁷⁶ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 736 de 2015**. Autor: Senador Antonio Carlos Valadares. 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Acesso em 14 set. 2021.

especialmente quando combinada com a desconsideração do princípio da reserva do financeiramente possível. Parece questionável a consolidação dessa corrente jurisprudencial fundada no conceito do “estado de coisas inconstitucional”.

A *lege ferenda* propõe alterar a lei 9.882/99, que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para incluir os artigos 9º-A a 9º-D e dar nova redação à cabeça do artigo 10. Além disso, acrescenta o artigo 1.041-A ao Código de Processo Civil.

O artigo 9º-A⁷⁷ apresenta os requisitos para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, condensando na lei o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, que está em harmonia com a experiência de técnica decisória da Colômbia. Nesse aspecto a previsão normativa é muito bem-vinda, pois confere maior segurança jurídica e não deixa margem de dúvidas que o instituto é de aplicação excepcional para proteção de direitos fundamentais com quadro de violação massiva, generalizada.

Já o artigo 9º-B⁷⁸ traz a previsão do compromisso significativo, já explicado no capítulo anterior, a qual remetemos o leitor. Reiteram-se as críticas lá ventiladas. Destarte, pela previsão do projeto, o STF, após reconhecido o estado de coisas inconstitucional, determinará a celebração de compromisso significativo entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados pela ação ou omissão, com o intuito de tornar efetivo o preceito fundamental, ponderados os princípios e normas constitucionais envolvidos.

Uma primeira crítica a esse artigo é que o segmento populacional afetado pela ação ou omissão estatal, por ser um grupo vulnerável em situação de sistemática violação de direitos humanos, não terá condições (falta de legitimidade adequada) de celebrar de forma plena e satisfatória um acordo de vontades com o Poder Público, que tem um aparato técnico habituado a litigar em juízo.

⁷⁷ Art. 9º-A. O Supremo Tribunal Federal poderá reconhecer o estado de coisas inconstitucional como fundamento para o deferimento de pedido de medida liminar ou para a decisão definitiva de mérito na arguição de descumprimento de preceito fundamental, caso verificados, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

I – Constatação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, perpetrada pelo Estado, por ação ou omissão, que afete número significativo de pessoas e impeça a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade humana;

II – Falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, que gere a violação sistemática dos direitos, a perpetuação ou o agravamento dessa situação;

III – previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas que necessitem de concretização.

⁷⁸ Art. 9º-B. Reconhecido o estado de coisas inconstitucional, nos termos do art. 9º-A, o Supremo Tribunal Federal determinará a celebração de compromisso significativo entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados pela ação ou omissão, com o intuito de tornar efetivo o preceito fundamental, ponderados os princípios e normas constitucionais envolvidos.

Parágrafo único. O compromisso significativo consiste em constante intercâmbio entre os segmentos populacionais afetados e o Estado, em que as partes tentam celebrar acordo para a formulação e implementação de programas socioeconômicos que visem a afastar a violação ao preceito fundamental detectada.”

Daniel Dore Lage e Andrey da Silva Brugger⁷⁹ pontuam muito bem essa questão, questionando se seria crível a aplicação do compromisso significativo na ADPF nº 347 para o caso do sistema carcerário:

Trazendo o caso concreto: alguém imagina um quadro onde o Judiciário se limite a mandar que a população carcerária faça um acordo com o governo e espere que este implemente e “caso encerrado”? Lembrar novamente que a lei de execuções penais vige desde o início dos anos 80 e até hoje não foi implementada pelo Executivo [...].

Ressalto que deveria o autor do projeto ter previsto, ao menos, a necessidade de intimação da Defensoria Pública da União para atuar como custos *vulnerabilis* em favor do grupo populacional com direitos humanos violados.

Maurílio Casas Maia⁸⁰ assim conceitua o que vem a ser a função de custos vulnerabilis:

“Custos vulnerabilis” representa uma forma interventiva da Defensoria Pública em nome próprio e em prol de seu interesse institucional (constitucional e legal) – atuação essa subjetivamente vinculada aos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos – representando a busca democrática do progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político.

Por sua vez, Cassio Scarpinella Bueno assim define o aludido conceito:

A expressão 'custos vulnerabilis', cujo emprego vem sendo defendido pela própria Defensoria Pública, é pertinente para descrever o entendimento aqui robustecido. Seu emprego e difusão têm a especial vantagem de colocar lado a lado – como deve ser em se tratando de funções essenciais à administração da justiça – esta modalidade interventiva a cargo da Defensoria Pública e a tradicional do Ministério Público. O 'fiscal dos vulneráveis', para empregar a locução no vernáculo, ou, o que parece ser mais correto diante do que corretamente vem sendo compreendido sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública no âmbito do 'direito processual coletivo', o 'fiscal dos direitos vulneráveis', deve atuar, destarte, sempre que os direitos e/ou interesses dos processos (ainda que individuais) justifiquem a oitiva (e a correlata consideração) do posicionamento institucional da Defensoria Pública, inclusive, mas não apenas, nos processos formadores ou modificadores dos indexadores jurisprudenciais, tão enaltecidos pelo Código de Processo Civil. Trata-se de fator de legitimação decisória indispensável e que não pode ser negada a qualquer título⁸¹.

Desta maneira, pode-se definir a atuação como *custos vulnerabilis* como sendo aquela que o órgão defensorio atua em nome próprio na defesa intransigente do grupo vulnerável que pode ter sua esfera jurídica afetada pela decisão judicial a ser proferida no processo (ainda que tal grupo não seja parte na relação jurídica processual), buscando salvaguardar e promover os direitos humanos envolvidos.

⁷⁹ LAGE, Daniel Dore; BRUGGER, Andrey da Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**, v.3, n. 2, p. 193-240, 2017. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/issue/view/1553>. Acesso em: 12 set. 2021.

⁸⁰ MAIA, Maurílio Casas. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no direito do consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. **Revista dos Tribunais**. (Online), São Paulo, n. 986, dez. 2017. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/119436/Maur%c3%adlio%20Casas%20Maia%20.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018. p. 45.

⁸¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, v. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 219.

Já há no ordenamento jurídico pátrio duas hipóteses legais em que se vislumbra essa espécie de atuação da Defensoria Pública, a saber: (i) artigo 81-A da L. 7.210/84, com redação dada pela Lei nº 12.313/2010, quando atua pela regular execução da pena e medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução e (ii) artigo 554, §1º, do Código de Processo Civil, quando atua na defesa de grande número de ocupantes hipossuficientes de imóveis em ações possessórias.

Observa-se que tais atuações ocorrem independentemente de provocação e procura dessas pessoas vulneráveis ao órgão defensorio. Ou seja, esses grupos não passam por uma análise de hipossuficiência econômica para fins de deferimento de assistência jurídica integral e gratuita. Isso porque o legislador nessas hipóteses já previu a existência de uma hipossuficiência jurídica (não necessariamente econômica).

Além das hipóteses normativas já especificadas, admite-se a intervenção da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* sempre que se vislumbrar a possibilidade de formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos. O Superior Tribunal de Justiça já admitiu essa possibilidade de intervenção no âmbito de processos em que se discute se as operadoras de plano de saúde estão obrigadas a fornecer medicamento importado, não registrado pela ANVISA. Por sua vez, o STF admitiu tal hipótese de intervenção em processo que se discute o direito de prisão domiciliar de gestantes e mães de crianças de até 12 (doze) anos ou gestantes.

O que se propõe é que no âmbito da regulamentação do Estado de Coisas Inconstitucional, caso haja previsão de celebração de compromisso significativo (ainda que futuramente venha a ser só uma etapa a ser percorrida em processos em que se reconheça o estado do coisas inconstitucional), seja prevista hipótese normativa de intimação da Defensoria Pública da União para atuação em favor do grupo vítima de violações massivas e generalizada dos direitos fundamentais. Todavia, ainda que não haja esta previsão expressa, acredita-se que a sua participação seria obrigatória em razão da vulnerabilidade presumida tanto do ponto de vista organizacional, jurídico e econômico do grupo envolvido.

Uma segunda crítica que pode ser feita à redação do *caput* artigo 9º-B é que não se pode determinar que as partes celebrem um acordo de vontades (o texto do projeto diz que Supremo Tribunal Federal determinará a celebração de compromisso significativo). Trata-se de liberalidade da parte, da qual não se pode obrigá-la. O correto seria prever que o Supremo designará datas para audiências de compromisso significativo, na tentativa de que as partes aperfeiçoem um acordo. Tanto que o próprio parágrafo único parece contradizer o *caput*, pois vaticina que o “compromisso significativo consiste em constante intercâmbio entre os

segmentos populacionais afetados e o Estado, em que as partes **tentam celebrar acordo** para a formulação e implementação de programas socioeconômicos que visem a afastar a violação ao preceito fundamental detectada”.

Uma terceira crítica a esse artigo é que não há qualquer previsão caso as partes não cheguem a um denominador comum. Em sendo este o caso, a ADPF será julgada com todas as amarras previstas no artigo 9º-C, ou o processo será extinto pelo Supremo Tribunal Federal, considerando que no instituto do compromisso significativo o Judiciário deve adotar uma postura de maior deferência aos outros poderes políticos? Parece não haver resposta clara pelo projeto de lei, o que pode gerar insegurança jurídica e trazer maior espaço de subjetividade a Corte Constitucional, quando o objetivo do projeto é justamente o contrário.

Útil deixar assentado que o artigo 9º-C prevê que o STF pode fazer arbitramento em caso de insucesso na efetivação do compromisso significativo, o que indica que é outorgado a Corte Constitucional o poder de decidir por arbitramento nos casos de não cumprimento das condições estipuladas no compromisso significativo pactuado e já homologado.

O artigo 9º-C⁸² traz, em síntese, limitações de ordem orçamentárias dos mais diversos tipos, que acabam por impedir modificações substanciais na política pública para superação dos direitos sistematicamente violados. Além disso, o acordo de vontades deve observar o princípio da independência e harmonia dos poderes.

O parágrafo primeiro do referido artigo exige que a inexistência de disponibilidade orçamentária seja objetivamente demonstrada pelo Poder Público, o que é de bom tom, a fim

⁸² Art. 9º-C. O compromisso significativo, de que trata o art. 9º-B, observará as seguintes diretrizes, para que seja considerado válido e eficaz:

- I – Observância ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, mediante a preservação de suas competências e prerrogativas constitucional e legalmente fixadas;
- II – Respeito às balizas orçamentárias previstas constitucionalmente e nas leis que estabeleçam o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, e os orçamentos anuais;
- III – respeito às vinculações orçamentárias constitucionalmente fixadas;
- IV – Respeito à destinação legal dos recursos que integram os fundos da administração pública;
- V – Compatibilidade com as normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, previstas na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000;
- VI – Observância à disponibilidade financeira dos entes federados interessados;
- VII – respeito à legitimidade dos Chefes do Poder Executivo na definição de prioridades da ação governamental e à sua competência precípua de elaborar e implementar políticas públicas com vistas à concretização dos direitos fundamentais com assento constitucional.

§ 1º A inexistência de disponibilidade financeira, de que trata o inciso VI, deve ser objetivamente demonstrada, facultando-se ao Supremo Tribunal Federal valer-se do auxílio dos órgãos de controle externo e, se necessário, a contratação de perícia especializada para aferir a pertinência das alegações feitas pelo ente estatal competente. SF/15707.32600-34

§ 2º A manipulação da situação financeira ou político-administrativa, descrita no § 1º, pela autoridade pública competente, com o objetivo de criar obstáculo artificial à efetivação de preceitos fundamentais em favor dos segmentos populacionais envolvidos, não impedirá a concretização dos direitos fundamentais pleiteados e será caracterizada como ato de improbidade administrativa de que trata o art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a ser apurado em processo específico.

de evitar uma escusa genérica. Entretanto, não há qualquer previsão do que a Corte fará caso fique demonstrado que existem recursos para implementação da política pública requerida pelo grupo vulnerável. Nesse caso, será que a Corte Constitucional poderá delimitar parte do teor do acordo?

Já o parágrafo segundo especifica que a manipulação da situação financeira ou político-administrativa, com o objetivo de criar obstáculo artificial à efetivação de preceitos fundamentais em favor dos segmentos populacionais envolvidos, será caracterizada como ato de improbidade administrativa, o que é positivo, visto que tem por desiderato impedir uma escusa genérica

O artigo 9º-D⁸³ enumera os requisitos para celebração do compromisso significativo. São as condições necessárias para celebração de um ajuste de vontades dentro de um litígio estrutural, pois há necessidade de (i) um conteúdo mínimo de natureza flexível a ser observado pelo Poder Público (inciso I ao falar de diretrizes) para superação da situação de vulneração de direitos fundamentais e (ii) de prestação de informações com monitoramento periódico da efetivação do acordado (incisos III, IV e VI), já que se está diante de obrigações prospectivas, progressivas, que paulatinamente vão sendo cumpridas e fiscalizadas.

A redação proposta altera o caput do artigo 10⁸⁴ da L. 9.882/90 para acrescentar o seguinte trecho “observado, quando couber, o disposto nos artigos. 9º-A, 9º-B, 9º-C e 9º-D”. Reputa-se que o texto proposto foi infeliz, desviando-se da melhor técnica legislativa e encerrando incertezas no intérprete. Isso porque, nos casos clássicos de arguição de descumprimento fundamental (ADPF), um ato (objeto mais amplo do que nas outras ações de controle concentrado de constitucionalidade) é questionado perante a Suprema Corte como ferindo um preceito fundamental.

⁸³ “Art. 9º-D. São requisitos necessários à celebração do compromisso significativo, de que trata o art. 9º-B, na decisão liminar ou definitiva de mérito:

I – Fixação de diretrizes específicas pelo Supremo Tribunal Federal a serem observadas pelo Poder Público responsável e segmentos afetados na autocomposição do conflito constitucional submetido à apreciação judicial;
 II – Designação dos interlocutores do Poder Público e das comunidades ou pessoas afetadas que se responsabilizarão pela efetividade do compromisso significativo;
 III – prestação de informações periódicas pelas partes envolvidas ao Supremo Tribunal Federal nos prazos estipulados;
 IV – Designação de representante do Supremo Tribunal Federal incumbido de fiscalizar, a cada etapa, a evolução das tratativas com vistas ao êxito do compromisso significativo;
 V – Construção compartilhada e autônoma, pelo Poder Público responsável e pelos segmentos populacionais afetados, da solução para o caso analisado, para a concretização do preceito fundamental pleiteado;
 VI – Previsão de arbitramento da questão pelo Supremo Tribunal Federal na hipótese de insucesso na efetivação do compromisso significativo.”

⁸⁴ “Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, observado, quando couber, o disposto nos arts. 9º-A, 9º-B, 9º-C e 9º-D.

Trata-se de via processual subsidiária, que só pode ser utilizada quando não existir outro meio, dentro das ações de controle concentrado de constitucionalidade, para sanar a controvérsia com caráter abrangente e imediato, ou com a mesma eficácia e celeridade. A Corte Constitucional, ao final, se presentes todos os requisitos de admissibilidade, fará o julgamento de mérito da ADPF, decidindo se o ato fere ou não preceito fundamental.

Sucedendo que no compromisso significativo a Corte Constitucional poderá homologar ou não o acordo de vontades entre as partes e não realizará um juízo de valor sobre os atos lesivos de preceitos fundamentais. Haverá, nesse caso, resolução de mérito do processo, conforme artigo 487, III, “b”, por autocomposição. Logicamente, nada impede que o acordo seja celebrado após a declaração do estado de coisas inconstitucional, mas a redação parece supor que há um momento certo para celebração do compromisso significativo, sendo que as partes podem entabular acordos a qualquer momento, nos termos dos artigos 3º, §2º e 139, V, todos do CPC.

Por fim, o projeto propõe o acréscimo do artigo 1041-A ao Código de Processo Civil, a fim de que o instituto do compromisso significativo possa ser aplicado também para casos de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Considera-se que o mais razoável aqui seria delimitar que a possibilidade de aplicação seria excepcional para processos originários de natureza coletiva, que envolvam litígios estruturais (ou que foram eventualmente convertidos em coletivos). Não soa coerente transmutar um processo individual em coletivo apenas em sede extraordinária, conferindo legitimidade extraordinária, sem previsão legal, para um autor celebrar acordo em nome de todo um grupo vulnerável.

2. PROCESSO ESTRUTURAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 Pressupostos para reconhecimento de falhas estruturais e adoção de medidas estruturantes no âmbito do Supremo Tribunal Federal: Escrutínio mais severo

Os litígios coletivos de difusão irradiada aptos a ensejar um processo estrutural em que são requeridas medidas estruturantes com instauração de uma jurisdição supervisora são, em regra, de competência das instâncias ordinárias.

Os grandes desastres ambientais e sociais que geram litígios estruturais, com as características comuns de serem complexos, multipolares, mutáveis, com alto nível de conflituosidade interna, são os principais eventos que acabam desencadeando a instauração dos processos estruturais.

Estes processos estruturais são de competência da jurisdição de primeiro grau. Por certo que algumas questões decididas, de natureza constitucional, podem acabar sendo levadas ao Supremo Tribunal Federal por meio de recursos, mas trata-se de situação excepcional. A jurisdição supervisora dos planos de ação das instituições provocadoras dos desastres é exercida pelo juiz de primeira instância. Isto é, o papel principal, em regra, nos processos estruturais é do juiz de primeiro grau.

Muitas vezes não se utiliza o processo estrutural como instrumento para resolução do litígio estrutural, sendo muito comum acordos extrajudiciais firmadas por Termos de Transação e Ajustamento de Condutada (TTAC).

Foi utilizado TTAC no caso do desastre de Mariana⁸⁵, firmado por Samarco, Vale e BHP Billiton, e entidades governamentais federais e estaduais, estabelecendo as reparações e compensações ao meio ambiente e às comunidades afetadas. Foram estabelecidos 42 (quarenta e dois) programas de ações⁸⁶ em dois grandes eixos, socioeconômico e socioambiental, a serem implementados pela Fundação Renova⁸⁷, que é uma entidade privada constituída para tornar mais eficiente a reparação e compensação em decorrência do desastre.

⁸⁵ No dia 5 de novembro de 2015, a barragem de Fundão, localizada no Estado de Minas Gerais, se rompeu, matando 19 pessoas e despejando 62 milhões de metros cúbicos de rejeitos na natureza. O caso ficou conhecido como “Desastre de Mariana”. A cidade de Mariana e outras cidades vizinhas ficaram destruídas, houve interrupção do abastecimento de água, as pessoas residentes na região ficaram sem trabalho, já que a economia local ruiu, sem a principal atividade de exploração mineral. O Rio Doce foi atingido por cerca de 45 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro, gerando um prejuízo ambiental gigantesco. O TTAC firmado pode ser consultado na íntegra em: <http://www.ibama.gov.br/cif/ttac>. Acesso em 24.set 2021.

⁸⁶ CARMO, Romeu Mendes do; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Gimarões de. A Governança para gestão dos efeitos do desastre em Mariana: avanços, dificuldades e desafios. In: CIRNE, Mariana Barbosa; LEUZINGER, Marcia Dieguez (coord.). **Direito dos desastres: meio ambiente natural, cultural e artificial**. Brasília: UniCEUB: ICPD, p. 11-32, 2020.

⁸⁷ Para verificar as atividades da fundação, consultar: <https://www.fundacaorenova.org/>. Acesso em 24 set. 2021.

Foi estabelecido no TTAC a extinção da Ação Civil Pública (ACP) nº 0069758-61.2015.4.01.3400, que tramitou na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, por meio da qual se requereu a recuperação, mitigação, remediação, compensação e reparação, inclusive indenização, dos impactos socioambientais e socioeconômicos causados pelo desastre e outras ações.

A Fundação Privada Renova é uma entidade de infraestrutura específica (*claim resolution facilities*)⁸⁸ para reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana (MG), criada e mantida com recursos das empresas Samarco, BHP Billiton e Vale, responsáveis pelos danos. Para monitorar e fiscalizar a execução das medidas de reparação da Fundação, foi criado o Comitê Interfederativo (CIF), um sistema colegiado que reúne representantes dos órgãos públicos e da sociedade e que é liderado pelo Ibama. O CIF funciona como uma instância externa e independente da Fundação Renova, com a função de orientar, acompanhar, monitorar e fiscalizar a execução das medidas de reparação.

Como casos de processos estruturais no direito brasileiro que envolveram desastres ambientais e sociais, pode ser citada a Ação Civil Pública nº 93.8000533-4, ou ACP do Carvão, como ficou conhecida, que foi proposta pelo Ministério Público Federal (MPF) em 1993 e demandou das empresas carboníferas e à União a recuperação os danos ambientais causados pela exploração de carvão mineral na região Sul de Santa Catarina.

A sentença (Processo nº 2000.72.04.002543-9) foi proferida pela Justiça Federal em janeiro de 2000, e, como havia antecipação de tutela, os réus começaram a se organizar e se estruturar para apresentar seus projetos para a recuperação de seus passivos. Inicialmente, a sentença exigia a apresentação, em um prazo de seis meses, de um projeto de recuperação que contemplasse todos os itens previstos no PROVIDA-SC, bem como a execução desse projeto nos três anos seguintes.

O projeto deveria prever a recuperação de áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água, além de outras obras. Mais tarde, a sentença foi reformada e o prazo para a recuperação dos recursos hídricos foi ampliado para dez anos, permanecendo o prazo inicial de três anos para as obras terrestres. Em 2006, o juízo, a pedido do MPF, determinou que os projetos fossem padronizados segundo as normas técnicas – NBR

⁸⁸ Para maior aprofundamento no assunto das *facilities* consultar CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v. 287, ano 44, p. 445-483. São Paulo: Ed. RT, jan. de 2019.

13030, e com os itens NRM-01 (normas gerais) e NRM-21 (reabilitação de áreas pesquisadas, mineradas⁸⁹.

São inúmeros outros casos de desastres ambientais e sociais que geraram processos estruturais, como o desastre de Brumadinho⁹⁰, os danos causados pelas hidrelétricas Ferreira Gomes⁹¹ e Cachoeira Caldeirão⁹², entre tantos outros.

Observou-se, portanto, que em regra não incumbe ao STF ser o órgão judicial processante de um processo estrutural, na maioria das vezes muito demorado e com uma fase de supervisão que se prolonga no tempo, um verdadeiro processo-programa, em que diversos planos são analisados.

Necessita-se então definir quais são os pressupostos para que um processo estrutural possa ser deflagrado diretamente perante a Suprema Corte.

Nesse aspecto, considera-se que a Corte Constitucional só deve interferir diretamente em políticas públicas, com previsão constitucional, que sejam omissas (não no sentido de omissão meramente legislativa e sim quanto à efetividade do direito constitucional) e aviltantes a direitos fundamentais de grupos discretos e insulados. Ou seja, o estado de coisas inconstitucional desenvolvido na Colômbia é que ensejará o processo estrutural originário na Suprema Corte, como adotado na ADPF nº 347.

A sistematização clara e objetiva dos pressupostos que deflagram a utilização da técnica decisória do estado de coisa inconstitucional é muito importante, a fim de demonstrar a excepcionalidade de sua utilização, evitando-se a banalização do instituto, que se utiliza de medidas drásticas⁹³ de interferência no ciclo das políticas públicas. Logicamente que a interferência pode ser de maior ou menor monta, mas ainda que sejam adotados remédios fracos, flexíveis, dialógicos, a interferência é substancial, não podendo ser utilizada de forma

⁸⁹ Informações extraídas do site <http://acpcarvao.com.br/login/index.php>. Trata-se de página para permitir o acompanhamento, pelo público, das medidas que foram e estão sendo adotadas, de modo a engajar toda a sociedade no projeto de recuperação da área. Acesso em 28 out. 2021.

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Ação Civil Pública nº 5000053-16.2019.8.13.0090**. Ministério Público x Vale S/A. 1ª Vara de Brumadinho, 2020. Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/data/files/21/F4/E1/51/2D44A7109CEB34A7760849A8/Brumadinho%20-%20ACP%20Principal%20-%20_rea%20socioec_nomica%20.pdf. Acesso em 10 out. 2021.

⁹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação Civil Pública Cível nº 0010380-70.2016.4.01.3100**. Ministério Público da União x Ferreira Gomes Energia AS. 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Macapá, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/137583470/processo-n-10380-7020164013100-do-trf-1>. Acesso em 10 out. 2021.

⁹² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação Civil Pública nº 1000764-20.2017.4.01.3100**. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade x Empresa de Energia Cachoeira Caldeirão S.A. 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amapá, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/397932943/processo-n-1000764-2020174013100-do-trf01>. Acesso em 12 out. 2021.

⁹³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 85.

indiscriminada.

Os pressupostos para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional são verdadeiros filtros, a fim de impedir a utilização de remédio drástico para questões de menor relevo. Ao não se delimitar a aplicação correta do instituto, corre-se o risco de banalização do estado de coisas inconstitucional, com enxurrada de pedidos por diversos legitimados e o STF encontrará grande dificuldade de entregar bons resultados. Por outro lado, em casos objetivos e demonstrando a excepcionalidade da utilização da técnica decisória, poderá o STF concentrar esforços para alcançar uma efetividade na prestação jurisdicional dialógica, atraindo respeito da opinião pública, da sociedade e dos demais poderes da República.

Para reconhecer o estado de coisas inconstitucional, a Corte Constitucional da Colômbia exige que estejam presentes as seguintes condições: (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 pressupõe 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) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário⁹⁴.

Os dois primeiros requisitos descritos demonstram a objetividade e excepcionalidade do reconhecimento de estados de coisas inconstitucional, dando parâmetros bem claros de que não será qualquer violação de direitos que permitirá ao Supremo Tribunal Federal reconhecer o instituto. Nesse diapasão são elucidativos os ensinamentos de Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁹⁵:

Por essas razões, e como bem ressaltado pelo ministro Marco Aurélio na ADPF nº 347, ainda que não se possa cogitar da realização plena dos direitos à saúde, educação, transporte, trata-se de temas que constam da agenda política. São pautas que contam com disposição política e social. Nessas áreas, existem programas públicos voltados à universalização e racionalização do acesso. Em que pese a judicialização para solução de diversos pontos de institucionalização incompleta, não estão configurados pressupostos próprios do ECI a fim de promover-se uma intervenção estrutural do STF. Não é por menos que o ECI foi introduzido no STF por meio de um caso como o sistema carcerário: envolvida população estigmatizada, socialmente desprezada e politicamente ignorada. Não há ubiquidade, e sim excepcionalidade.

⁹⁴ A síntese é realizada por CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019. 134-138.

⁹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional?”** (Online), [S.l.]: Consultor Jurídico, 15 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 13 out. 2021.

Em síntese, (i) deve estar presente a violação massiva e generalizada de direitos fundamentais de um grupo vulnerável subrepresentado e estigmatizado, fruto de uma omissão dos poderes políticos, e (ii) o tema deve estar fora da agenda política dos governantes.

Na ADPF nº 347, por exemplo, em que se requer o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, é plenamente cabível a aplicação da jurisdição estrutural, uma vez que se identificam o grupo vulnerável (os presos), a violação direta de direitos humanos (prisões em péssimas condições sanitárias com superlotação) e a falta de representação política de um grupo marginalizado para defender seus interesses.

Foi ajuizada pela Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital (Fenafisco), no Supremo Tribunal Federal (STF), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 655⁹⁶ em que pede que se reconheça o “estado de coisas inconstitucional” do sistema tributário brasileiro e que sejam adotadas providências para fazer cessar violações a preceitos fundamentais da Constituição Federal. Neste caso não se vislumbra um grupo específico plenamente identificado de pessoas que sofre violações diretas a direitos humanos, não sendo cabível, neste caso, deflagrar um processo judicial em que há alto caráter de interferência em políticas públicas. Eventuais violações a direitos fundamentais são reflexas, no âmbito do domínio econômico, não merecendo a utilização de remédio excepcional, à medida que a discussão pode e deve ser travada nas arenas adequadas (legislativo e executivo).

Observa-se, então, que enquanto que no âmbito da jurisdição ordinária é possível que haja um processo estrutural a partir do momento que, diante de um litígio coletivo de difusão irradiada, haja ajuizamento de ação com pedido de natureza estrutural no âmbito da Suprema Corte, na qual há um escrutínio mais severo, apenas podendo existir um processo estrutural quando o litígio coletivo de difusão irradiada envolver uma política pública adormecida, que envolva violação sistemática e generalizada de direitos fundamentais de um grupo marginalizado do processo político e haja pedido expresso de natureza estrutural.

Assim, o objeto de controle de constitucionalidade no estado de coisas inconstitucional não é uma norma jurídica específica em face da Constituição ou uma omissão do legislador ordinário. Trata-se de um controle da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que tem eficácia irradiante sobre todo o sistema jurídico, e por diversas vezes está em situação de proteção insuficiente. Ou seja, a defesa do direito fundamental subjetivo não é o objeto do

⁹⁶ O processo acabou sendo extinto sem resolução de mérito diante falta de legitimidade ativa da Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital (Fenafisco) para ajuizar ação de controle concentrado de constitucionalidade. O andamento do processo pode ser consultado no site: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5866781>. Acesso em 28 set. 2021.

controle, mas consequência do reconhecimento da proteção deficiente do direito fundamental (direito objetivo).

Esse entendimento é perfilhado por Nicola Patel Filho⁹⁷:

[...] o ECI, em verdade, decorre de uma omissão parcial que é qualificada pelos demais pressupostos. Assim, em que pese o julgamento ter declarado o “estado de coisas” (plano fático) como inconstitucional, em verdade a real inconstitucionalidade está no plano normativo-negativo, ou normativo-deficiente, ou executivo-deficiente.

Nesse sentido também é o posicionamento de Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁹⁸:

Importante assinalar que, ante o reconhecimento da complexidade da situação, a corte não mais se dirige a resolver problemas particulares, a assegurar direitos específicos de demandantes, e sim a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo. A corte se encontra diante da figura do “litígio estrutural”, que é caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas, a várias entidades e por implicar ordens de execução complexa. Para enfrentar litígio da espécie, juízes constitucionais acabam fixando “remédios estruturais”, voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais ortodoxas.

A omissão estatal aqui apresentada não é aquela utilizada para fins de ação direta de inconstitucionalidade por omissão em que se vislumbra uma inércia do Poder Legislativo ou do Poder Executivo em relação ao dever específico de legislar ou expedir um decreto. O reducionismo semântico-estrutural da configuração da omissão constitucional para normas de eficácia limitada que tenham explicitamente um comando específico do dever de legislar é um problema para a efetividade dos direitos fundamentais⁹⁹.

A omissão estatal deve ser analisada sob uma perspectiva material, à medida que a norma constitucional que contempla um direito fundamental e fora extraída de um enunciado normativo, não está sendo devidamente implementada. Independentemente se o enunciado normativo é classificado como autoaplicável ou de eficácia limitada o mais importante é aferir se o direito fundamental está sendo implementado de forma satisfatória e efetiva no campo prático.

A ambição de realização dos direitos fundamentais pelo projeto constitucional não pode restar podada por controle omissivo amplamente restrito, circunscrito por questões meramente formais de natureza semântica, que reduzem a sindicância judicial apenas às normas de eficácia limitada com comando específico do dever de legislar.

⁹⁷ PATEL FILHO, Nicola. **O estado de coisas inconstitucional sob a perspectiva da omissão parcial**. (Online). [S.l.]: Portal Empório do Direito, 28 fev. 2016. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-estado-de-coisas-inconstitucional-sob-a-perspectiva-da-omissao-parcial-parte-1>. Acesso em 08 ago. 2020.

⁹⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. (Online). [S.l.]: Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural><https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas>. Acesso em 08 ago. 2020.

⁹⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 48.

Como bem leciona Carlos Alexandre de Azevedo Campos a omissão não deve ser apenas quanto ao dever específico de legislar e sim concernente à proteção deficiente dos direitos fundamentais¹⁰⁰.

O quadro omissivo deve ser verificado no momento da atuação concreta da norma constitucional e não de forma apriorística pela falta de intermediação legislativa quando a estrutura do enunciado normativo assim exige expressamente.

Os próprios direitos fundamentais estabelecidos em enunciados normativos autoaplicáveis precisam muitas vezes de conformação legislativa para se tornarem eficazes, não se podendo, assim, excluí-los de antemão do controle judicial por omissão.

A omissão no estado de coisas inconstitucional na proteção insuficiente dos direitos fundamentais é difusa, envolvendo diversos órgãos e de forma prolongada. Trata-se de omissão fático-substancial, resultante do mau funcionamento de instituições encarregadas de executar políticas públicas.¹⁰¹ Assim, o ECI diferencia-se do mandado de injunção e da ADI por omissão, diante da desnecessidade de norma a ser suprida, pois as normas podem já existir (como é o caso da ADPF 347, pois já existem diversos diplomas legais, como a lei de execução penal, que conferem diversos direitos aos presos).

Trata-se de omissão qualificada que se caracteriza por ser prolongada, reiterada, para a qual não são voltadas as atenções dos governantes e da sociedade, por serem temas antipopulares, afetos a grupos vulneráveis, sem representatividade.

Passa-se, agora, para análise das últimas duas condições. O terceiro pressuposto está ligado às medidas necessárias para superação das falhas estruturais, que serão dirigidas para um conjunto de órgãos, uma pluralidade de instituições que precisarão atuar em conjunto para desbloqueio estrutural da política pública em mal funcionamento. Enquanto os dois primeiros pressupostos estão ligados às falhas estruturais geradas por diversos atores públicos, o terceiro está ligado a como o remédio estrutural deve ser direcionado.

Portanto, os processos que envolvem estado de coisas inconstitucional são bifásicos¹⁰², pois em um primeiro momento há a certificação do estado de coisas inconstitucional e na segunda fase se deflagra um procedimento voltado aos remédios que irão superar as falhas

¹⁰⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 61.

¹⁰¹ SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2020, p. 45. O autor define essas omissões como vícios estruturais, que se caracterizam por falhas de coordenação entre poderes constituídos na implementação de políticas públicas.

¹⁰² Pode-se falar até em processo multifásico, pois a fase dos remédios estruturais pode ser dividida em diversos processos autônomos separados por temas ou locais ou até se abolida a questão de fases, utilizando-se de processo uno, mas o que se quer chamar atenção é que os remédios para solução dos problemas são desenvolvidos após a certificação de que há um estado de coisas não ideal em desconformidade com a ordem constitucional.

estruturais.

Como se está diante de uma falha estrutural e reiterada do Estado que implica violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais, é determinado aos mais diversos órgãos de diversos poderes a elaboração de planos, mediante oitiva prévia de diversos atores, por meio de audiências públicas, com adoção das mais variadas medidas. Planos estes que dependerão de homologação judicial, a quem caberá também imiscuir-se para aperfeiçoá-los.

As ordens judiciais impostas nessa fase são caracterizadas por serem mais flexíveis, com margens de discricionariedade (não totalmente discricionárias) no cumprimento pelo Poder Público, que acaba podendo, em certos aspectos, decidir a melhor forma de cumprir certas medidas fixadas de modo mais genérico. Por isso, trata-se de uma decisão estrutural, fixando os parâmetros para superação do estado de coisas inconstitucional, de maneira planejada, com calendarização da execução, o envolvimento de diversos órgãos, altamente mutável¹⁰³, voltada para concretude dos direitos fundamentais.

O quarto pressuposto é de natureza prática de risco de congestionamento da máquina judiciária caso a questão da falha estrutural não seja resolvida de maneira coletiva. Trata-se de um pressuposto funcional muito criticado e que só tem grande valia caso exista um acesso muito amplo à justiça. Ao se utilizar a via de um processo coletivo estrutural, evita-se que diversas demandas individuais acerca do mesmo tema desaguem no judiciário, pois inúmeros dos problemas enfrentados pelos sujeitos vítimas de violações massivas e generalizadas de direitos humanos poderão ser resolvidos por meio de um processo metaindividual.

2.2 Os casos já submetidos ao Supremo Tribunal Federal

Algumas decisões proferidas pela Suprema Cortes são classificadas por alguns autores como estruturantes. As condições fixadas pelo STF para o exercício do usufruto pelos índios das terras demarcadas no caso Raposa Serra do Sol (ação popular 3.388/RR), a definição do rito do *impeachment* na ADPF 378 e as condições fixadas para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis no Mandado de Injunção 708/DF são classificadas como medidas estruturantes por Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁰⁴.

¹⁰³ A mutabilidade ocorre porque a decisão é de natureza prospectiva, sujeita a alterações, caso se constate sua inefetividade, nos intensos mecanismos de monitoramento e fiscalização (relatórios periódicos de diversos órgãos).

¹⁰⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Raphael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 303, 2020, p. 50. “Em todos esses casos, embora não houvesse necessariamente um estado anterior de ilicitude, havia um estado anterior de desconformidade – ausência de definição precisa dos marcos que deveriam ser analisados no processo administrativo para a identificação e demarcação de terras indígenas; ausência de regulamentação específica do direito de greve dos servidores civis; ausência de definição precisa das etapas e das atribuições do processo de impeachment –, que se buscou substituir por um estado ideal de coisas, em que essas indefinições fossem superadas.”

Marco Felix Jobim também propugna que as medidas judiciais de esclarecimentos para dar efetividade às decisões nos casos envolvendo direito constitucional de greve dos servidores públicos civis e demarcação das terras indígenas têm natureza estruturante¹⁰⁵.

Com a devida licença aos estudos conduzidos pelas autores citados, nesta pesquisa não se compartilha a mesma tese, perfilhando o entendimento de Edilson Vitorelli de que não se pode confundir medidas judiciais para esclarecimentos interpretativos do alcance de decisões judiciais com medidas judiciais que definam um plano de reestruturação prospectivo para mudança da realidade de uma estrutura complexa falha¹⁰⁶.

As medidas estruturantes de natureza prospectiva para alteração de uma realidade, adotadas pela Suprema Corte, são aquelas que inauguram uma fase de monitoramento, que estão umbilicalmente ligadas à necessidade de supervisão do plano de ação de superação de falhas estruturais.

Medidas determinadas pelo STF que não implicam o surgimento dessa fase continuativa não podem ser enquadradas como de natureza estrutural.

Em que pese na Colômbia o estado de coisas inconstitucional ser reconhecido em julgamentos coletivos de ações de tutela¹⁰⁷, em sede recursal, aqui no Brasil a Suprema Corte, quando provocada, foi por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Corte fora provocada em requerimentos de medidas estruturantes nas ADPFs 347 (estado de coisas inconstitucional do sistema prisional), 635¹⁰⁸ (violação sistemática de direitos humanos pelas forças de segurança fluminense em operações policiais em comunidades) e 709¹⁰⁹ (plano de enfrentamento do COVID-19 em relação aos povos indígenas).

2.2.1 A utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

¹⁰⁵ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na Jurisdição Constitucional: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2021, p. 204.

¹⁰⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 62. “Seria louvável que a política indigenista brasileira fosse reestruturada, mas não foi isso que se fez no caso Raposa. As condicionantes definidas pelo STF constituem apenas um esclarecimento interpretativo do alcance das disposições do art. 231 da Constituição, mas elas não definem um plano de reestruturação da política indigenista, para o futuro, nem o STF se dispôs a fazer um acompanhamento da implementação dessas condicionantes. Tanto é assim que, tão logo o julgamento dos embargos de declaração foi concluído, o processo foi baixado, definitivamente. Logo, ainda que a situação indígena no Brasil retrate, com clareza, um litígio estrutural, a Pet. 3.388 não é um exemplo de processo estrutural”.

¹⁰⁷ Ver páginas 28/29 nas quais se oferece explicação para o remédio constitucional *acción de tutela*.

¹⁰⁸ Trata-se de ADPF em que o partido PSB requereu como pedido principal a elaboração de um plano pelo Estado do Rio de Janeiro para redução da letalidade policial e violações de direitos humanos nas operações policiais das forças de segurança

¹⁰⁹ Diversos partidos políticos e outras instituições postularam a elaboração e implementação de um Plano de Barreiras Sanitárias com o escopo de assegurar o isolamento dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato, de modo a evitar o contágio pelo COVID-19. Com relação aos Povos Indígenas em geral, pediram o desenvolvimento de um Plano Geral de Enfrentamento da COVID-19 para Povos Indígenas (Plano Geral), que contemplasse medidas amplas de enfrentamento da pandemia, tendo como destinatárias todas as comunidades indígenas do país.

como instrumento para provocação do estado de coisas inconstitucional

Em regra, como disposto ao longo da pesquisa, os litígios estruturais são levados ao Judiciário por meio de ações civis públicas pelos legitimados ativos previstos na lei 7.347/85.

Deve-se ter em mente que as ações de controle concentrado de constitucionalidade podem ser classificadas como tutela coletiva de direitos. Assim leciona Teori Albino Zavascki:

Há quem pensa, com efeito, que a decisão proferida nos processos de controle concentrado de constitucionalidade é “apenas formalmente jurisdicional”, sendo, “materialmente, de natureza legislativa”. A afirmação, todavia, não tem procedência, por várias razões, entre as quais esta: as sentenças de mérito proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade têm não apenas a eficácia direta de tutelar a ordem jurídica, mas também, indiretamente, a de autorizar ou desautorizar a incidência da norma, objeto da ação, sobre os fatos jurídicos, confirmando ou negando a existência dos direitos subjetivos individuais. Ora, considerando essa circunstância, e, ainda mais, que ditas sentenças têm eficácia *ex tunc*, do ponto de vista material, e *erga omnes*, na sua dimensão subjetiva, não há como negar que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade constitui, mais que modo de tutelar a ordem jurídica, um poderoso instrumento para tutelar, ainda que indiretamente, direitos subjetivos individuais, tutela que acaba sendo potencializada em elevado grau, na sua dimensão instrumental, pela eficácia vinculante das decisões. Sob este prisma, é adequado classificar e incluir as ações de controle de constitucionalidade entre os instrumentos de tutela coletiva de direitos¹¹⁰.

Não existe hipótese de ação civil pública de competência originária do STF, diante de falta de previsão constitucional para tanto. Como dito no subtítulo 1.3, o estado de coisas inconstitucional é aplicado como técnica decisória na Colômbia em sede de revisão de *acción de tutela*. Ou seja, a Suprema Corte Colombiana apenas enfrenta tais questões em competência recursal e não em competência originária. Por outro lado, a Colômbia tem instrumentos processuais para selecionar e avocar casos da jurisdição ordinária bem mais discricionários do que a mera repercussão geral no Brasil.

Os litígios estruturais por violações massivas de direitos fundamentais de grupos marginalizados, por omissões em políticas públicas previstas na Constituição Federal, estão sendo levados ao Supremo Tribunal Federal por meio de arguição de preceito fundamental, e estão sendo admitidos pela Corte Constitucional. Há a vantagem de provocação direta da Suprema Corte, que evita decisões conflitantes das instâncias inferiores e analisa o problema numa ótica nacional e não apenas local. Com efeito, mostra-se mais efetivo e produtor a utilização de instrumento de tutela coletiva de direitos para provação do STF no “estado de coisas inconstitucional”. Marco Félix Jobim enfatiza a necessidade de priorizar a tutela coletiva de direitos para efetivação de medidas estruturantes:

¹¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

A releitura de certos institutos da tutela coletiva de direitos imediatamente fará irradiar efeitos aos mais diversos institutos do direitos processual, em especial ao da efetividade da decisão judicial, oportunizando ao cidadão maiores garantias no plano de suas relações jurídicas, econômicas e sociais, pois ciente, desde o julgamento das ações oriundas do processo objetivo ou a ele equiparado, quais serão as medidas estruturantes para a efetivação da sentença normativa emanada do Supremo Tribunal Federal. Não se concebe mais hoje a de dependência, quase que exclusiva, de um sistema que opte pelo julgamento da causa individualmente posta sem direcionar melhor seu sentido para a efetividade de processos cuja decisão tenha efeitos *erga omnes*¹¹¹.

No projeto de lei 8.058/14¹¹² não há previsão de provação direta do STF para controle e intervenção de políticas públicas. O projeto menciona que haverá um Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas Públicas, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com sua existência e estado e que poderá haver reunião de processos em grau recursal¹¹³. Entende-se que peca o projeto em não definir de forma clara quando que a Suprema Corte pode ser provocada diretamente para intervir em políticas públicas omissas, deixando uma lacuna perigosa e não atenta à realidade do que já acontece atualmente, pois o STF já vem sendo provocado e proferindo decisões nessa seara.

A Arguição de Preceito Fundamental é uma ação de controle abstrato de constitucionalidade de natureza subsidiária, quando incabíveis outros meios de controle abstrato de normas para sanar a lesividade ao direito.

A subsidiariedade da ADPF está prevista expressamente no art. 4º, § 1º, da nº 9.882/99: "a arguição não será admitida quando houver qualquer outro meio de sanar a lesividade".

Segundo a jurisprudência do STF, a ADPF, como instrumento de fiscalização abstrata das normas, está submetida, cumulativamente, ao requisito da relevância constitucional da controvérsia suscitada e ao regime da subsidiariedade. Dessa forma, acaba por ser alvo de muitas críticas, pois é rotulado de uma panaceia jurídica, apta a suscitar quaisquer questões perante a Suprema Corte. Entendo que quanto mais se abrir o leque de opções para acesso à jurisdição constitucional, que deve conferir efetividade e unidade à Constituição, em situações relevantes de grave violação a direitos humanos de minorias, reforça-se o regime democrático,

¹¹¹ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na Jurisdição Constitucional: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2021, p. 186-187.

¹¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8058/2014**. Autor: Deputado Paulo Teixeira. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01knonm4hjx5c8561b6rslwyr963415.node0?codteor=1283918&filename=PL+8058/201. Acesso em 29 set. 2021.

¹¹³ Art. 25. Quando o tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos de competência do tribunal pleno ou do respectivo órgão especial serão reunidos para julgamento conjunto, objetivando-se a prolação de uma decisão equânime e exequível.

motivo pelo qual a subsidiariedade não se mostra elemento desqualificante e sim que enobrece o instituto.

Como afirmado no título 1.2, acerca do histórico dos litígios estruturais nos Estados Unidos, estes foram levados ao Judiciário, não para Suprema Corte Americana, por meio de *class actions*. Essas *class actions* voltadas às reformas institucionais, período denominado de *anos dourados das class actions*, foram abundantes do final da década de 1960 até o início da década de 1970. Posteriormente foram se esvaindo e foi predominante o manejo das *class action* para reparação de danos de massa¹¹⁴.

Entretanto, a litigância agregada no século atual distanciou-se bastante daquela dos tempos áureos da década de 1960. Atualmente, ela se encontra dominada pelas *class actions* para reparação de danos, fundadas na Regra 23 (b)(3), diferentemente da Era dos Direitos Civis, quando tinham lugar principalmente *class actions* para tutelas mandamentais. Essa mudança evidenciou a existência de diversas falhas na busca e implementação de tutelas. Este artigo sugere que as *class actions* não estão mortas, mas que estão simplesmente mal formuladas, sugerindo uma séria necessidade de se repensar a regra que as regula.

A *class action*, quando criada em 1938 nos Estados Unidos, estava mais ligada para tutelar o interesse de indivíduos, dentro de um grupo, para compensação de danos. Essa era a razão de ser da *Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure*. Nas décadas de 60 e 70 do século XX esta situação mudou, e as *class action* passaram a ser utilizadas para tutelar grupos vítimas de política públicas ineficientes, conhecido como “public law litigation”, “structural” ou “institutional injunction”¹¹⁵.

Posteriormente, houve uma retração das *class action* para reparação de danos de massa na justiça federal, à medida que a Suprema Corte, ao interpretar a Regra 23 do *Federal Rules of Civil Procedure*, criou requisitos de admissibilidade mais rigorosos, o que fez com que os advogados passassem a ajuizar as ações na Justiça Estadual, no final da década de 90.

A litigância complexa nos Estados Unidos passou a adotar outros instrumentos processuais para resolução dos casos, além das *class actions*, como acordos contratuais pluri-individuais (*nonclass contractual settlements*), o que demonstra que não se pode refutar de antemão a utilização no Brasil da ADPF para resolução de litígios estruturais que envolvam

¹¹⁴ MULLENIX, Linda. O fim do processo coletivo tal como o conhecemos: repensando a *class action* norte-americana. Tradução realizada por Bruno Dantas. **Revista de Processo**, v. 283, 2018, p. 3.

¹¹⁵ TARUFFO, Michele. Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective. **Duke Journal of Comparative & International Law**, n. 11, p. 405-422, 2001, p. 410. “Thus, the scope of class actions has broadened substantially and progressively to include new and diferente types of cases, characterized by purposes that can be defined as regulatory or policy oriented. Correspondingly, the retoire of devices provided by Rule 23 has become Much more sophisticated. The introduction of the class injunctive remedy is a clear example of this expansion of class actions far beyond the original goal of compensating individual injuries or losses. The broader scope includes a large variety of new conflicts concerning civil rights and the fundamental intersts of citizens in modern societies.”

violações sistemáticas de direitos humanos, pois o sistema processual não pode se fechar para aceitar novos meios processuais de solução de litígios, pelo contrário, a justiça deve ser multiportas, oferecendo ao cidadão um rol de meios adequados e eficientes para solução do problema.

Pode-se dizer que o litígio estrutural complexo de competência originária do STF, mais especificamente do estado de coisas inconstitucional (vide tópico 1.3), está dentro do conceito de tutela coletiva de direitos (*group litigation*), mas dentro da espécie “*policy oriented*” e não *damage oriented*.

Quando se está diante de uma omissão do poder público sistemática e aviltante a direitos fundamentais, sem que essa omissão seja meramente normativa e sim de efetividade dos direitos já previstos, as outras ações abstratas de constitucionalidade se mostram inadequadas para provocar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Isso porque a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) serve para o controle de omissões de normas de eficácia limitada que tenham explicitamente um comando específico do dever de legislar.

A omissão concernente à proteção deficiente dos direitos fundamentais não pode ficar sem resposta adequada pela Suprema Corte. Por isso, vem decidindo a Suprema Corte que a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é instrumento eficaz de controle da inconstitucionalidade por omissão¹¹⁶. A ADPF pode ter por objeto as omissões do poder público, quer totais ou parciais, normativas ou não normativas, nas mesmas circunstâncias em que ela é cabível contra os atos em geral do poder público, desde que essas omissões se afigurem lesivas a preceito fundamental, a ponto de obstar a efetividade de norma constitucional que o consagra.

Desse modo, a ADPF serve como instrumento de controle abstrato para questionar essa política pública omissa, devendo-se interpretar “ato do Poder Público” descrito no artigo 1º da L. 9.882/82 em sentido amplo, para abarcar um programa de ação, como conjunto de atos processualmente estruturados para o alcance de objetivos estatais.

O quadro omissivo deve ser verificado no momento da atuação concreta da norma constitucional e não de forma apriorística pela falta de intermediação legislativa quando a estrutura do enunciado normativo assim exige expressamente.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 272/DF**. Processo:9930282-94.2013.1.00.0000. Distrito Federal. Requerente: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Data do julgamento: 25 mar. 2021.

O artigo 10 da L. 9.882/82¹¹⁷ ao estipular que após o julgamento da ação, compete ao STF fixar as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, pode ser interpretado, no que concerne aos litígios estruturais, que essas condições são fixadas apenas com a instalação da fase de monitoramento e discussão dos planos de ações para superação das falhas estruturais.

O ideal seria que a lei 9.882/82 fosse mais explícita sobre os remédios que podem ser adotados no caso de controle de omissões de políticas públicas¹¹⁸. Mas, como dito, é plenamente possível o entendimento pela possibilidade de um juízo de supervisão constante das políticas públicas omissas que se deseja melhorar o funcionamento.

As críticas em relação à tutela coletiva de direitos, que acabam por falhar na defesa adequada dos interesses do grupo representado (ainda mais em um modelo de legitimidade *ope legis*) são mais pertinentes para os interesses artificialmente coletivos (que tutelam interesses individuais homogêneos). Os legitimados ativos para propositura de ADPF são os mesmos para ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 2º, I, da L. 9.882/1999¹¹⁹. Isso significa que constam do rol do artigo 103 da Constituição Federal¹²⁰.

Em que pese não existir um controle de legitimidade adequada, tal problema acaba sendo minorado à medida que o STF vem dando interpretação ampliativa aos legitimados (vide item 2.2.3) e há possibilidade de ingresso no feito de *amicus curiae*, sem falar na possibilidade de diversas audiências públicas com oitiva dos mais diversos segmentos da sociedade.

¹¹⁷ Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

¹¹⁸ SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020. p. 198.

¹¹⁹ “Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade; [...]”

¹²⁰ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

2.2.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347

A situação de completa degradação do sistema prisional brasileiro é tema recorrente perante o Poder Judiciário brasileiro, tendo o STF oportunidade de discutir e decidir diversas questões relacionadas ao tema. No RE n° 580.252/MS e na ADI n° 2.170/DF enfrenta-se a questão se os presos devem receber danos morais por enfrentarem situações degradantes. No RE n° 641.320/RS, o STF decidiu que o preso pode cumprir pena em regime aberto ou prisão domiciliar, quando ausente estabelecimento penal adequado. No RE n° 592.581/RS discute-se a possibilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e os Estados a realizar obras em presídios para garantir a integridade física dos detentos, independentemente de dotação parlamentar, se constatada ofensa à dignidade da pessoa humano e ao mínimo existencial.

Nesse contexto, advém a iniciativa do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) de ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental, autuada sob o n° 347/DF, para reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e adoção de providências estruturais, diante de violações comissivas e omissivas do Poder Pública.

Deve-se observar, nesse primeiro momento, que a novidade do litígio estrutural originário perante o STF é menos interventiva em Política Pública do que, por exemplo, a matéria discutida no citado RE n° 592.581/RS. Enquanto no processo estrutural desencadeado pela ADPF n° 347 as mudanças pleiteadas são mediante participação e discussão direta com os violadores dos direitos e de maneira progressiva e ordenada, no referido RE o pleito é para que o Judiciário exerça seu poder de império para decidir de forma direta em política pública omissa. Ou seja, apesar de em um primeiro momento o processo estrutural originário no STF poder assustar, é de se reconhecer que o ativismo judicial promovido pelo estado de coisas inconstitucional é dialógico, tratando-se de opção mais interessante e menos custosa de que ativismo “conta-gotas” e impositivo¹²¹.

Na petição inicial¹²² da ADPF n° 347 propugnou-se o preenchimento dos pressupostos do estado de coisas inconstitucional, aptos a deflagrar o processo estrutural, a saber: (i) quadro de violação massiva de diversos preceitos fundamentais como o princípio da dignidade da pessoa humano, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e

¹²¹ O caminho do diálogo promovido pelo processo estrutural, que evita ordens impositivas e proporciona abertura aos entes violadores de direitos para que ofereçam planos de superação do estado de coisas não ideal, coaduna-se com a norma do artigo 22 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n° 4.657/1942), com redação dada pela Lei n° 12.376/2010, pois é uma demonstração, de antemão, de que há obstáculos e dificuldades reais do gestor.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347**. Processo: 0003027-77.2015.1.00.0000. Distrito Federal. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 12 fev. 2022.

os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos; (ii) multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, do Estado e do Distrito Federal, aí incluídos os de natureza normativa, administrativa ou judicial: falhas estruturais em políticas públicas; (iii) alcance da solução do problema por meio de adoção de medidas voltadas à melhoria das condições carcerárias e à reversão do processo de hiperencarceramento, por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judicial da União, dos Estados e do Distrito Federal¹²³.

O processo ficou sob relatoria do ex-Ministro Marco Aurélio Melo. Em sede cautelar, foram feitos pedidos para que a Suprema Corte (i) 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; (ii) 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 71 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; (iii) 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; (iv) 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; (v) 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; (vi) 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

¹²³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 296.

a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção; (vii) 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 e (viii) imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos 72 contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Constou uma severa crítica na manifestação do Ministério Público Federal, quando do julgamento da liminar da aludida ADPF. A vice-procuradora-geral da República, à época, Ela Wiecko, presente na sessão do STF, declarou que, embora reconheça a importância dos pedidos e do tema tratado na ADPF, as medidas cautelares pleiteadas são muito “abrangentes e generalizadas”. Vale ressaltar que dos oito pedidos veiculados em sede de tutela provisória de urgência, apenas dois foram deferidos¹²⁴, a saber: (i) 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 e (ii) 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.

Os dois pedidos deferidos não têm natureza estrutural, à medida que não contém conteúdo para alteração de estruturas complexas mediante um programa prospectivo de implementação gradual.

Os pedidos principais veiculados por meio da referida ADPF são o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e a elaboração de plano nacional e, posteriormente, planos estaduais, pela União e Estados da federação, respectivamente, para superação desse estado de coisas (omissão fático-substancial), a partir da efetivação gradual dos planos, sujeitos a um permanente controle da Suprema Corte, que exerce uma jurisdição supervisora. Ainda não foi proferida sentença no aludido processo judicial.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 247/DF**. Processo: 0003027-77.2015.1.00.0000. Distrito Federal. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Relator: Min. Marco Aurélio, 2015. A decisão cautelar, de 09 de setembro de 2015, pode ser consultada no endereço eletrônico: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 12 fev. 2022.

Em 16 de março de 2020, por motivo da pandemia do coronavírus (COVID-19), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDD), cujo ingresso no processo como *amicus curiae* foi deferido em 09 de março de 2017, requereu medida cautelar incidental, objetivando a preservação da vida e da saúde da população carcerária e, por extensão, da sociedade, para que se determine:

a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, nos termos do artigo 1º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003;

b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19;

c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância;

d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça;

e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça;

f) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça;

g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico e

h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto

O Ministro Marco Aurélio, em decisão¹²⁵, datada de 17 de março de 2020, negou o pedido de liberar presos em grupos de risco por causa da pandemia do coronavírus. Entretanto, conclamou os juízos de Execução do país a analisarem alternativas à prisão, como todas as requeridas na peça vestibular. O plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), não referendou a liminar, entendendo que, como o *amicus curiae* não tem legitimidade para propor ADPF, logo, também não possui legitimidade para pleitear medida cautelar.

2.2.3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709

A associação “Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB)” e seis partidos políticos ajuizaram arguição de descumprimento de preceito fundamental alegando que o Poder Público estava falhando na proteção dos povos indígenas com relação à pandemia da Covid-19.

¹²⁵ FREITAS, Hyndara. **Coronavírus: STF derruba liminar de Marco Aurélio que conclamava por medidas a presos**. (Online). Brasília, Portal Jota, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/coronavirus-stf-derruba-liminar-de-marco-aurelio-queconclamava-por-medidas-a-presos-18032020>. Acesso em: 10 fev. 2022.

Um primeiro ponto a ser destacado é que a principal autora do processo, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), não é formalmente uma associação, não possuindo sequer CNPJ, e, em tese, numa interpretação literal restritiva do artigo 103 da Constituição Federal, não teria legitimidade ativa para propor a mencionada ação constitucional, já que não poderia ser considerada uma entidade de classe. Mas o Ministro Barroso, relator do processo, conferiu nova leitura ao artigo 103, IX, da Constituição Federal, referendada pelo Plenário, ao interpretar entidade de classe não apenas como àquelas representativas de pessoas que desempenham a mesma atividade econômica ou profissional, mas também e sim como “conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou, ainda pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros a integram”¹²⁶.

Essa interpretação dada ao artigo 103 da Constituição confere uma abertura mais adequada da Corte Constitucional aos grupos excluídos das esferas de poderes, às minorias insuladas que justamente necessitam da litigância estrutural da Suprema Corte para solução ou minoração da violação de seus direitos fundamentais. Não se pode fechar as portas da Corte Constitucional a estes grupos, sendo salutar a nova leitura dos legitimados ativos para o controle de constitucionalidade, precisamente para maior efetividade dos direitos humanos.

Os autores apontaram uma série de atos comissivos e omissivos do Poder Público que estariam causando alto risco de contágio pelo vírus da Covid-19 e de extermínio dos povos indígenas. Apontaram que tais atos violam a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), o direito à vida (art. 5º, caput) e o direito à saúde (arts. 6º e 196), além do direito de tais povos a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (art. 231).

Na ação, os autores requereram a realização de diversas medidas necessárias para a proteção dos povos indígenas.

O Min. Roberto Barroso, relator, deferiu parcialmente a medida cautelar para que a União implemente, em resumo, as seguintes providências:

Quanto aos povos indígenas em isolamento ou povos indígenas de recente contato:

1. Criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios;

¹²⁶ O conceito ampliativo de classe consta no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que pode ser verificado na página 36 do documento disponibilizado pelo endereço eletrônico: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>. Acesso em: 12 fev. 2022. Vale ressaltar que não se pode ficar preso a uma interpretação muito restritiva dos legitimados ativos para ações de tutela coletiva de direito (incluindo ações constitucionais, conforme explicado no subtítulo 2.2.1), pois a sociedade se transforma rapidamente e novos grupos litigiosos e de interesses se formam a todo momento. A mudança social molda as normas, instituições e procedimentos legais. Nesse sentido HENSLER, Deborah R. *Of Groups, Class Actions, and Social Change: Reflections on From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, 61 *UCLA L. Rev. Discourse*, p. 134

2. Criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente.

Quanto aos povos indígenas em geral:

1. Inclusão de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato.

2. Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde.

3. Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União.

O Plenário do STF referendou a medida cautelar concedida.

A decisão do Ministro Relator fundamentou-se (i) nos princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) na necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição Federal; e (iii) na imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

A sala de situação composta por integrantes do governo, representantes dos Povos Indígenas, a Procuradoria Geral da República, a Defensoria Pública da União e o Conselho Nacional de Justiça serve para fiscalizar os planos de enfrentamento da União e aperfeiçoar o remédio dialógico, na tentativa de uma certa consensualidade entre diversos órgãos.

Em verdade, o pedido de instauração da sala de situação foi para obrigar a União a dar concretude ao já disposto na Portaria Conjunta nº 4.094, de 20 de dezembro de 2018¹²⁷. A sala de situação está disciplinada no artigo 12¹²⁸ do indigitado ato normativo, sendo uma arena de diálogo, de natureza técnica, para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato¹²⁹. A composição é realizada por membros indicados pela SESAI/MS e membros indicados pela FUNAI, bem como poderá ser integrada também por colaboradores convidados, com a anuência conjunta de ambos os órgãos.

¹²⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria Conjunta nº 4.094, de 20 de dezembro de 2018**. Define princípios, diretrizes e estratégias para a atenção à saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato. Brasília: Diário Oficial da União, publicado em 28 dez. 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57220459. Acesso em: 13 fev. 2022.

¹²⁸ Art.12. Deverá ser ativada uma Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.

§ 1º A Sala de Situação terá como objetivos precípuos o compartilhamento e a sistematização de informações, o favorecimento do processo decisório, a organização de respostas para emergências e o monitoramento e avaliação das intervenções realizadas.

Ou seja, a sala de situação não foi uma criação do STF para processos estruturais e sim uma mera determinação judicial de cumprimento de uma Portaria Conjunta, do Ministério da Saúde e da Funai, já existente. Com efeito, não se trata de um órgão externo de composição heterogênea para auxiliar o STF na função de fiscalização das medidas de superação de falhas estruturais, muito menos para assessorar e decidir determinadas questões, como o grupo de assessoramento técnico.

A sala de situação foi instalada em junho de 2020, mas tem sido objeto de muitas críticas por ser tratada como verdadeiro gabinete de crise¹³⁰ e sem apresentação de resultados efetivos.

Sobre a ineficiência da sala de situação como arena de diálogo e a inexistência de resultados exitosos, ainda, promovidos pela ADPF nº 709, salutar transcrever trecho do artigo de Miguel Gualano de Godoy, Carolina Ribeiro Santana e Lucas Cravo de Oliveira:

A ADPF 709 tem se tornado significativa por 4 razões: a) por quem a propôs; b) pelo que ela pede; c) pelas decisões iniciais, tanto do ministro relator Luís Roberto Barroso, quanto do Plenário do STF; d) pelo que tem se tornado.

Sobre o ponto “a”, é extremamente significativo que a APIB, uma entidade que reúne diversos grupos, coletivos, etnias e comunidades indígenas de todo o país, representada por seu advogado, também indígena, Luiz Henrique Eloy Amado Terena, tenha sido reconhecida como legítima para propor ADPF. O relator ministro Luís Roberto Barroso há tempos vem defendendo a recompreensão do art. 103, IX, CRFB/88 sobre o sentido e alcance de “entidade de classe de âmbito nacional”, para incorporar, além das categorias profissionais e grupos econômicos, também entidades que atuem na defesa de grupos vulneráveis ou minoritários. Esse entendimento voltou à tona quando da propositura da ADPF 709. O ministro Barroso reiterou esse seu entendimento. E ainda foi além. Apesar de a APIB não ser constituída formalmente como associação, não estar inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, não se colocou impeditivo para sua atuação como entidade de classe de âmbito nacional. Isso se deu em razão de sua plural e ampla composição, assim como o direito dos indígenas, inclusive sob suas formas próprias de organização, de exercerem a representação judicial e direta de seus interesses (art. 232, CRFB/88). Um avanço, portanto, em termos de reconhecimento da legitimidade ativa prevista no art. 103, IX, CRFB/88 e da visibilidade e voz dos indígenas por eles mesmos. A decisão do ministro relator foi, inclusive, referendada pelo Plenário do STF posteriormente.

A respeito do ponto “b”, o que ela pede, a ADPF 709 é significativa porque busca evitar e reparar atos comissivos e omissivos do Poder Público, especialmente do governo federal, que têm exposto comunidades indígenas, inclusive de indígenas isolados, à pandemia da Covid-19. O pedido é especialmente relevante tendo em vista serem os indígenas uma minoria sistematicamente negada e invisibilizada pela nossa história e instituições. Mas especialmente negada, silenciada, invisibilizada, quando não atacada, pelo Presidente Jair Bolsonaro e toda sua Administração. Ademais, os indígenas, via de regra, são mais vulneráveis à pandemia. E merecem, desse modo, maior atenção. O que tem ocorrido, no entanto, é justamente o contrário. Eles têm sido vítimas sistemáticas de ações e omissões que têm levado à morte um sem número de indígenas. A etnia Juma, por exemplo, viu seu último homem morrer, por conta disso tudo.

Sobre o ponto “c”, as decisões iniciais do relator e do STF foram não apenas relevantes, mas promissoras. Relevantes porque reconheceram a legitimidade ativa,

¹³⁰ LEITÃO, Matheus. **Conflito entre general Heleno e indígenas no gabinete de crise**. Revista Veja (Online), São Paulo, 17 jul. 2020, Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/matheus-leitao/conflito-entre-general-helene-e-indigenas-no-gabinete-de-crise/>. Acesso em 05 fev. 2022.

deram visibilidade e voz às demandas urgentes e emergentes dos indígenas durante pandemia. A decisão monocrática do ministro Barroso, determinando uma série de medidas ao governo federal e aos diversos órgãos que deveriam estar envolvidos e dedicados à proteção dos direitos indígenas (plano de contingência, instalação da sala de situação, etc.), foi necessária e bem-vinda. O endosso maciço do Plenário do STF também. Não à toa o ministro Barroso elencou esta decisão como uma das 15 decisões históricas do Tribunal (BARROSO, 2020, p. 218).

O grande significado positivo desta ADPF, todavia, parece estar ficando por aí, em seu começo e em sua intenção. O que ela deveria produzir de resultados concretos, parece não vir. Ou vir a um tempo em que, embora executados, não mais fazem diferença do ponto de vista epidemiológico. Perdeu-se, ao longo dos meses, o caráter de urgência que a política de proteção aos povos indígenas isolados e de recente contato requer, para privilegiar-se o tempo do Estado, do Direito, da reserva do possível. O tempo que passa, as medidas que não se tomam, são o tempo do extermínio continuado dos indígenas e as ações e omissões que dão cabo dele.

[...]

A Sala de Situação, um espaço e tempo que deveria servir para o diálogo interinstitucional e intercultural, tornou-se palco de ofensas por parte do Governo e, inclusive, perseguições e assédios a quem ali, atuando nas instituições governamentais, busca apresentar algo de concreto para proteção dos direitos dos indígenas.

Mesmo as sugestões de pessoas e entidades convidadas pelo ministro relator a participarem do andamento da ADPF 709 parecem surtir pouco efeito. A metodologia proposta pelo CNJ, os estudos e levantamentos vultosos e detalhados sobre as terras em comento e algumas de suas sugestões, por exemplo, em que pese inovadoras e promissoras, não parecem ter sido levadas em conta. As contribuições que outras pessoas e entidades buscam oferecer também parecem esbarrar no tamanho imenso que a ADPF 709 passou a ter e, se não estão perdidas, podem se tornar perdidas pelo decurso do tempo (pensamos aqui, especificamente, na contribuição que um conjunto de pesquisadoras e pesquisadores do Centro de Estudos da Constituição da Faculdade de Direito da UFPR buscou oferecer mais de uma vez como *amicus curiae*, mas não teve seu pedido de ingresso sequer apreciado até a data da escrita deste artigo).

Diante disso tudo, a ADPF 709 parece ser uma arguição que começou promissora. Provocou o exercício da jurisdição constitucional do STF para proteção de direitos fundamentais de indígenas do nosso país, de uma minoria sistemática e estruturalmente vilipendiada, mas especialmente maltratada por este Governo de turno. Recebeu acolhida no Supremo, com recompreensão do sentido e alcance do art. 103, IX, CRFB/88, decisão monocrática e referendo do Plenário para tomada de medidas imediatas. E só¹³¹.

2.2.4 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635

O Partido Socialista Brasileiro ajuizou, em 19 de novembro de 2019, arguição de descumprimento de preceito fundamental requerendo que sejam reconhecidas e sanadas as graves lesões a preceitos fundamentais da política de segurança pública do Rio de Janeiro. A ação foi autuada como ADPF nº 635¹³². Foi pleiteada a elaboração de um plano para superação

¹³¹GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo de. STF, povos indígenas e Sala de Situação: diálogo ilusório. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, 2021, p. 2197-2200. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/61730/39037>. Acesso em: 15 fev. 2022.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635**. Processo: 0033465-47.2019.1.00.0000. Distrito Federal. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Relator: Min. Edson Fachin, 2019. Disponível em:

do estado de coisas no referido estado da federação, principalmente para enfrentamento da excessiva e crescente letalidade da atuação policial.

Apontou a parte autora o alarmante dado de que as ações policiais no estado fluminense resultaram em 1.402 (mil, quatrocentos e duas) mortes de civis nos primeiros nove meses de 2019, representando um acréscimo de 18,5% em relação ao mesmo período do ano anterior¹³³.

Ressaltou-se que o Brasil já foi condenado no âmbito internacional no caso *Favela Nova Brasília v. Brasil*, julgado em 16 de fevereiro de 2017, em razão de falhas do país em apurar e punir os responsáveis por execuções extrajudiciais perpetradas pela Polícia Civil fluminense.

O pedido principal é que o Estado do Rio de Janeiro elabore um plano de ação visando à redução letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contenha medidas objetivas, cronogramas específicos e previsão dos recursos necessários para sua implementação.

Foram requeridas condições mínimas que devem constar do plano de superação como (i) medidas voltadas à melhoria do treinamento dos policiais, inclusive em programas de reciclagem, e que contemplem a sensibilização para a necessidade de respeito aos direitos humanos e para a questão do racismo estrutural; (ii) elaboração de protocolos públicos de uso proporcional e progressivo da força, em conformidade com a Constituição e com os parâmetros internacionais, especialmente aqueles previstos nos Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei; (iii) elaboração de protocolos públicos de abordagem policial e busca pessoal, com vistas a minimizar a prática de filtragem racial; (iv) medidas voltadas a melhorar as condições de trabalho dos agentes de segurança; (v) providências destinadas a resolver o problema da ausência ou insuficiência de acompanhamento psicológico dos policiais; e (vi) previsão de afastamento temporário, das funções de policiamento ostensivo, dos agentes envolvidos em mortes nas operações policiais.

Um dos pedidos é que antes da elaboração do plano de superação do estado de coisas não ideal, seja aberto diálogo para manifestações pela sociedade civil, bem como, ao menos, da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. Após a elaboração do

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5816502>. Acesso em: 14 fev. 2022.

¹³³ Os dados apontados na inicial foram retirados das seguintes matérias jornalísticas: GRELLET, Fabio. Letalidade da polícia do RJ sobe 18,5% na comparação com 2018. Portal Terra (Online), 22 out. 2019. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/letalidade-da-policia-do-rj-sobe-185-na-comparacao-com-2018,62051f4e8ce2d7b5647d586a2fc544c71rx7wvfz.html>. Acesso em: 15 fev. 2022. RAMOS, Sílvia. Máquina de Matar: segurança no Rio de Janeiro, um padrão para não copiar. Portal Folha/UOL, 07 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2019/11/maquina-de-matar.shtml>. Acesso em: 18 fev. 2022.

plano, o requerimento é que este seja submetido ao escrutínio da sociedade civil, por meio de convocação de audiência pública, a ser realizado no Rio de Janeiro.

Posteriormente, o requerimento é que o plano seja submetido ao Plenário deste STF, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares que a Corte reputar necessárias para a superação do quadro de violações sistemáticas a direitos fundamentais nas políticas de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro.

Na última etapa, instaura-se a fase de monitoramento do plano, em que se requereu que seja feito com auxílio da sociedade civil, além da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considerem sanadas as inconstitucionalidades aqui apontadas.

Em 24 de maio de 2020, o relator, Ministro Edson Fachin, *ad referendum* do Tribunal, determinou que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

Em 05 de agosto de 2020, o Tribunal Pleno, em sessão virtual, referendou a medida cautelar do relator. Em seguida, 18 de agosto de 2020, o Tribunal Pleno indeferiu, por ora, o pedido de elaboração de plano de ação.

Alguns pedidos formulados, em fase liminar, foram deferidos para determinar¹³⁴: a restrição de utilização de helicópteros nas operações policiais apenas para casos de estrita necessidade, comprovada por relatório circunstanciado; que, no caso de realização de operações policiais em perímetros nos quais estejam localizados escolas, creches, hospitais ou postos de saúde, sejam observadas as seguintes diretrizes: (i) a absoluta excepcionalidade da medida, especialmente no período de entrada e de saída dos estabelecimentos educacionais, devendo o respectivo comando justificar, prévia ou posteriormente, em expediente próprio ou no bojo da

investigação penal que fundamenta a operação, as razões concretas que tornaram indispensável o desenvolvimento das ações nessas regiões, com o envio dessa justificativa ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em até 24 horas; (ii) a proibição da prática de utilização de qualquer equipamento educacional ou de saúde como base operacional das polícias civil e militar, vedando-se, inclusive, o baseamento de recursos operacionais nas áreas de entrada e de saída desses estabelecimentos; e (iii) a elaboração de protocolos próprios e sigilosos de comunicação envolvendo as polícias civil e militar, e os segmentos federal, estadual e municipal das áreas de educação e de saúde, de maneira que os diretores ou chefes das unidades, logo após o desencadeamento de operações policiais, tenham tempo hábil para reduzir os riscos à integridade física das pessoas sob sua responsabilidade; que sempre que houver suspeita de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infração penal, a investigação será atribuída ao órgão do Ministério Público competente, devendo a investigação atender, por sua vez, ao que exige o Protocolo de Minnesota, em especial no que tange à oitiva das vítimas ou familiares e à priorização de casos que tenham como vítimas as crianças, acolhendo também o pedido para determinar que, em casos tais, o Ministério Público designe um membro para atuar em regime de plantão e a suspensão da eficácia do artigo 1º do Decreto Estadual 46.775, de 23 de setembro de 2019, do Rio de Janeiro, que alterava o Decreto Estadual nº 41.9131/2009 para retirar do cálculo das gratificações dos integrantes de batalhões e delegacias, os indicadores de redução de homicídios decorrentes de oposição à intervenção policial (os antigos “autos de resistência”).

O PSOL interpôs recurso de embargos de declaração¹³⁵ contra a decisão cautelar. Mencionou-se que o Estado do Rio de Janeiro não vinha cumprindo as decisões cautelares e que em 06 (seis) de maio de 2021, operação policial do Estado provocou, na comunidade do Jacarezinho, a morte de ao menos 28 (vinte e oito) pessoas de maneira trágica.

Os embargos de declaração foram conhecidos e providos, parcialmente, em 03.02.2021, para determinar (i) ao Rio de Janeiro que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 90 dias, um plano visando à redução da letalidade policial; (ii) que até que o plano mais abrangente seja elaborado, que o emprego e a fiscalização da legalidade do uso da força sejam feitos à luz dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários

¹³⁵ Para consultar os embargos de declaração, Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635**. Processo: 0033465-47.2019.1.00.0000. Distrito Federal. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Relator: Min. Edson Fachin, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5816502>. Acesso em: 14 fev. 2022.

Responsáveis pela Aplicação da Lei, com todos os desdobramentos daí derivados, em especial, em relação à excepcionalidade da realização de operações policiais; (iii) a criação de um Observatório Judicial sobre Polícia Cidadã, formado por representantes do STF, pesquisadores e pesquisadoras, representantes das polícias e de entidades da sociedade civil, a serem, oportunamente, designados pelo Presidente do Tribunal, após aprovação de seus integrantes pelo Plenário da Corte; (iv) que só se justifica o uso da força letal por agentes de Estado em casos extremos quando exauridos todos os demais meios, inclusive os de armas não-letais, se ele for necessário para proteger a vida ou prevenir um dano sério e decorrente de uma ameaça concreta e iminente; (v) a prioridade absoluta nas investigações de incidentes que tenham como vítimas crianças e adolescentes; (vi) que, no caso de buscas domiciliares por parte das forças de segurança do Estado do Rio de Janeiro, sejam observadas as seguintes diretrizes constitucionais, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente policial: (a) a diligência, no caso específico de cumprimento de mandado judicial, deve ser realizada somente durante o dia, vedando-se, assim, o ingresso forçado a domicílios à noite; (b) a diligência, quando feita sem mandado judicial, pode ter por base denúncia anônima; (c) a diligência deve ser justificada e detalhada por meio da elaboração de auto circunstanciado, que deverá instruir eventual auto de prisão em flagrante ou de apreensão de adolescente por ato infracional e ser remetido ao juízo da audiência de custódia para viabilizar o controle judicial posterior; e (d) a diligência deve ser realizada nos estritos limites dos fins excepcionais a que se destinam; (vii) a obrigatoriedade de disponibilização de ambulâncias em operações policiais previamente planejadas em que haja a possibilidade de confrontos armados e (viii) que o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos.

Foram indeferidos os pedidos para (i) que o Conselho Nacional do Ministério Público avalie a eficiência e a eficácia da alteração promovida no GAESP do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e (ii) eventual descumprimento da decisão proferida por este Tribunal seja investigado pelo Ministério Público Federal.

A criação de um observatório dos planos de ação para superação de falhas estruturais retira sua base normativa do artigo 27, §2º, e 30, III do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal¹³⁶. Em verdade, tem natureza jurídica de comissão temporária de criação pelo Plenário

¹³⁶ Imperioso registrar que o regimento interno do STF tem força de lei ordinária, uma vez que editado em 1980, sob a Constituição de 1967, que previa que o STF poderia legislar sobre direito processual relacionado às suas

ou pelo Presidente da Corte, que tem a liberdade de fixar quem serão os membros e o número de participantes. Ademais, a comissão temporária pode ter o assessoramento de servidores do STF, nos termos do artigo 30, II, do RISTF. Lembrando sempre que os membros nomeados devem ter pertinência com a temática do problema enfrentado, que consiste na expertise para enfrentar a política pública que está sendo questionada em juízo.

A determinação de elaboração de um plano de superação da letalidade da ação policial do Estado do Rio de Janeiro tem nítido caráter estrutural e foi de bom alvitre a iniciativa do tribunal de constituir um observatório com formação heterogênea, que poderá reportar ao STF o avanço ou não do plano de superação, bem como opinar quais medidas devem constar do plano. Trata-se de um passo importante para que a medida estrutural seja exitosa na busca de produção de resultados satisfatórios.

competências. Esse entendimento de recepção do regimento interno como lei ordinária pela Constituição de 1988 foi elucidado na AP 470, já que no fenômeno da recepção apenas se analisa a compatibilidade material com a nova Constituição e não formal (STF. Plenário. AP 470 AgR - vigésimo quinto/MG, rel. orig. Min. Joaquim Barbosa, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki; AP 470 AgR - vigésimo sexto/MG, rel. orig. Min. Joaquim Barbosa, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso; AP 470 AgR - vigésimo sétimo/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgados em 18/9/2013 - Info 720).

3. EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES

Em um primeiro momento, deve-se reafirmar que se entende que o processo estrutural é o meio mais adequado para efetivar direitos sociais de minorias aviltadas em seus direitos humanos.¹³⁷

Ponto importante e realmente sensível, que se passa a discutir a seguir, é como o processo estrutural deve ser organizado e pensado para que as medidas estruturantes determinadas tenham ótimo índice de cumprimento, em regra espontâneo e colaborativo e de forma subsidiária impositivo, mediante sanções negativas.

O procedimento deve ser flexível para melhor enfrentar os diferentes temas, preocupar-se com uma ampla abertura de diálogo e contemplar vozes dissonantes na construção de soluções, além de possibilitar amplo monitoramento constante por diversos observadores.

César Rodriguez Garavito e Diana Rodriguez Fraco chegaram à conclusão, a partir da análise da sentença T-025 de 2004, que julgou o caso do deslocamento forçado na Colômbia, de que (i) as Cortes Constitucionais podem ser uma instância adequada para desbloquear políticas públicas omissas que precisam da realização de direitos constitucionais; (ii) o procedimento de intervenção judicial em políticas públicas, que incluem oportunidades de participação e deliberação públicas dos atores pertinentes, têm potencial de aprofundar a democracia e gerar soluções eficazes a problemas estruturais e (iii) há um impacto extraprocessual relevante, gerando efeitos indiretos e simbólicos para o desbloqueio das políticas públicas omissas¹³⁸.

O STF ainda não chegou na fase de monitoramento de nenhuma das arguições de preceitos fundamentais que veicularam pedidos estruturantes, sendo de suma importante discutir e se debruçar sobre a questão de como os processos serão conduzidos para obtenção de melhores resultados.

As estratégias mais exitosas, segundo César Rodriguez Garavito e Celeste Kauffman, para a efetividade dos processos estruturais a respeito de direitos sociais são (i) a conservação de uma jurisdição de seguimento por parte do tribunal; (ii) uso de indicadores de direitos

¹³⁷ Em que pese todas as críticas feitas e as reações políticas e legislativas que podem surgir (*backlash*). Nos Estados Unidos, o processo estrutural desencadeou o *Prision Litigation Reform Act (PLRA)*, mencionado no capítulo 1.2, na Colômbia o estado de coisas inconstitucional serviu de combustível para aprovação de emenda constitucional que conferiu nova redação ao artigo 334 da Constituição (conforme citado no capítulo 1.3) e no Brasil, o projeto de lei projeto de lei nº 736 de 2015 foi uma reação legislativa à decisão judicial, em sede liminar, na ADPF nº 347, do Supremo Tribunal Federal.

¹³⁸ RODRIGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. **Guía para Implementar Decisiones sobre Derechos Sociales: estrategias para lo jueces, funcionarios y activistas**. Bogotá: DeJusticia, 2014, p. 43. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_589.pdf. Acesso em 07 fev. 2022.

humanos para aferir o cumprimento; (iii) uso de comitê de especialistas; (iv) a reforma estrutural se levada a cabo mediante administração da justiça e (v) intercâmbio substantivo¹³⁹.

Como mencionado no tópico 1.3 foram desenvolvidas técnicas de supervisão da decisão que declarou o estado de coisas inconstitucional na Colômbia, a saber: (i) a realização de audiências públicas; (ii) a Comissão de Verificação e (iii) os autos de seguimento. Esse monitoramento constante das decisões, que implica sua alta mutabilidade a partir do método de tentativa-e-erro, fez com que essas decisões estruturais fossem denominadas de “sentenças em movimento” por César Rodrigues Garavito e Diana Rodriguez Fraco¹⁴⁰.

As audiências públicas, apesar de não terem previsão nas leis processuais nacionais que tratam de processos coletivos, encontram previsão nos artigos 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno do STF, no artigo 6º, §1º, da L. 9.882/99, e já são utilizadas em larga escala pela Corte Constitucional.

Os observatórios dos planos de ação podem ser criados com fulcro no 27, §2º, e 30, III do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, como feito na ADPF nº 635.

Os autos de seguimento não constam com previsão expressa. Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevatarese, Ana Borges Coêlho Santos e Felipe Meneses propugnam que os autos de seguimento podem tirar seu fundamento legal no artigo 56, IX, do Regimento Interno do STF¹⁴¹.

Apesar de o Regimento Interno do Tribunal não conter previsão expressa aos *autos de seguimento* de ordens estruturais, é possível pensar na formação de processos de acompanhamento a partir das classes “Petição” ou “Comunicação”, nos termos do art. 56, IX. Por meio desses processos, os magistrados encarregados do monitoramento da decisão seriam capazes de fiscalizar e ajustar as ordens proferidas pelo Tribunal. O rito colombiano da Sentencia T-025/2004 sugere que, em um primeiro momento, os magistrados formariam diversos autos de acompanhamento contendo ordens de implementação de correções dirigidas a cada instituição envolvida; em um segundo momento, os magistrados utilizariam indicadores para aferir o progresso das instituições no cumprimento das ordens proferidas; e, por fim, estabeleceriam um período de vigilância do cumprimento das ordens.

A prolação de ordens estruturais exigirá do Tribunal, ainda, a alocação de recursos humanos. Na Colômbia, os três magistrados autores da Sentencia T-025/2004 foram responsáveis por manter jurisdição sobre o caso, por meio de requerimentos feitos por oficiais, instituições de controle e grupos sociais organizados, nos *autos de seguimento*. A Corte colombiana mobilizou diversos funcionários para trabalharem

¹³⁹ RODRIGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. **Guía para Implementar Decisiones sobre Derechos Sociales: estrategias para lo jueces, funcionarios y activistas**. Bogotá: DeJusticia, 2014, p. 43. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_589.pdf. Acesso em 07 fev. 2022, p. 27.

¹⁴⁰ RODRIGUEZ GARAVITO, César; RODRIGUEZ FRACO, Diana. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia**. 1. Ed. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 84.

¹⁴¹ Art. 56. O Presidente resolverá, mediante instrução normativa, as dúvidas que se suscitarem na classificação dos feitos, observando-se as seguintes normas: [...]. IX – os expedientes que não tenham classificação específica nem sejam acessórios ou incidentes serão incluídos na classe Petição, se contiverem requerimento, ou na classe Comunicação, em qualquer outro caso.

exclusivamente no monitoramento das ordens. Inclusive, foi instituída a Comissão de Monitoramento, composta de ex-magistrados e líderes de grupos sociais organizados, responsáveis por fiscalizar e auxiliar a elaboração e o cumprimento das políticas públicas determinadas pela Corte¹⁴².

Como é cabível a cisão da sentença por capítulos e o cumprimento de parte da sentença, entende-se perfeitamente possível que sejam instaurados diversos autos de seguimento, com fins de monitoramento e aprimoramento para alguns grupos de falhas estruturantes que se vislumbrarem mais relevantes. Sem prejuízo, de posteriormente, um observatório ou comissão de verificação fazer uma análise holística. Em verdade, autos seguimento seriam, seguindo o raciocínio desta pesquisa, um nome para cumprimento de sentença, ou fase executiva, de cognição mais ampla.

O artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor (L. 8078/90)¹⁴³ determina inclusive sentença genérica para ações coletivas de reparação de dano. Com muito mais razão, nos processos coletivos em que haja decisões estruturais (ações coletivas “*policy oriented*” e não meramente *damage oriented*), a decisão é genérica para elaboração de planos de superação, não impedindo um conteúdo mínimo que deve ser observado no plano.

Destarte, obviamente que a carga cognitiva dos autos de seguimento é maior do que em uma fase executiva ordinária. O mesmo raciocínio já é feito para liquidações de sentença nos processos coletivos de reparação de dano. Inclusive utilizam-se da denominação de liquidação imprópria.

Neste sentido, vejamos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco:

O objeto desse especialíssimo processo de liquidação por artigos é mais amplo que o da autêntica e tradicional liquidação, porque inclui a pretensão do demandante ao reconhecimento de sua própria condição de lesado, ou seja, pretensão à declaração de existência do dano individual alegado¹⁴⁴.

Com efeito, se já utilizamos de uma fase de liquidação, nos processos coletivos, com cognição mais ampla, denominada “imprópria”, nada impede uma fase de execução, denominada autos de seguimento, com cognição mais ampla, com relativização do instituto da preclusão e coisa julgada, submetida uma cláusula *rebus sic standibus*.

Na ADPF nº 347, a partir de estudo feito por Karina Denari Gomes de Mattos, chegou-se à conclusão de que foram emitidas, no âmbito da cognição cautelar, 10 (dez) ordens

¹⁴² CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; MENESES Felipe. A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, 2019, p. 225.

¹⁴³ Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

¹⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4. p. 63-632.

direcionados a pelo menos um dos responsáveis¹⁴⁵. Sucede que o índice de realização de mandamentos foi considerado médio pela autora, de 75%, abaixo do atingido pela Argentina e Colômbia em processos estruturais¹⁴⁶.

Dessa forma, nos próximos tópicos deste capítulo, objetiva-se traçar um panorama de como o processo estrutural deve ser organizado, em cada um de suas fases, para tentar atingir, no máximo possível, uma melhor eficiência.

3.1 Solução Dialógica e Remédios Fracos

A Corte Constitucional, como guardiã da Constituição e dos direitos fundamentais nela previstos, acaba exercendo um papel contramajoritário à medida que tutela direito de minorias (não no sentido quantitativo), sub-representadas nas esferas de poder, que têm direitos humanos sistematicamente violados. A partir daí há uma interferência inevitável, podendo ser de maior ou menor monta.

As decisões contramajoritárias são alvos de diversas críticas, pois há uma concepção incorreta da democracia, limitada aos anseios das maiorias. Elucidativos são os ensinamentos de Owen Fiss:

Decisões judiciais como essas são, às vezes, acusadas de serem antidemocráticas. Tal crítica se baseia numa visão muito míope de Democracia, reduzindo-a a uma forma de majoritarismo. A democracia, em minha opinião, não faz do sentimento popular o padrão para medir o funcionamento de cada instituição de governo. Em vez disso, a Democracia é um padrão aplicado para julgar o sistema de governo tomado como um todo. Diferentes instituições no governo têm funções diferentes, algumas com conexões mais atenuadas do que outras em relação ao sentimento popular. Espera-se que algumas instituições governamentais como o governador ou a legislatura estadual, respondam às preferências ocorrentes de seus cidadãos; Outros, como o Judiciário, são encarregados da responsabilidade da interpretação da lei como ela é e da proteção da Constituição¹⁴⁷.

A solução por meio de litígios coletivos de difusão irradiada relativos a políticas públicas ineficientes e violadoras de direitos humanos em decorrência de decisões dialógicas e remédios fracos enquadra-se na ideia de constitucionalismo cooperativo, assim elucidado por Vanice Regina Lírio do Valle e Cecilia Silva:

Importa o constitucionalismo cooperativo, portanto, na afirmação de que, ainda que se tenha em conta a supremacia da Constituição, e que a proteção desse valor se tenha confiada ao Judiciário, disso não decorre a exclusão da possibilidade/utilidade do compartilhamento com as demais estruturas do poder, das distintas tarefas envolvidas no resultado final “efetividade de direitos”. Ao contrário, essa se revelaria a estratégia mais legítima do cumprimento desse mister, afastando como possibilidade a adoção

¹⁴⁵ MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Compliance judicial: por que e como aferir a efetividade de decisões estruturais**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 185.

¹⁴⁶ MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Compliance judicial: por que e como aferir a efetividade de decisões estruturais**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 243.

¹⁴⁷ FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 1005.

de uma judicial review encerrada no isolacionismo da supremacia clássica, hermética e não cooperativa¹⁴⁸.

O Poder Judiciário não pode adotar uma postura de autocontenção em relação a matérias que sejam essenciais para preservação da democracia e dos direitos fundamentais¹⁴⁹. Destarte, o ativismo judicial dialógico é preferível para proteção de direitos fundamentais de minorias do que a autocontenção.

O que se deve evitar é que o Judiciário substitua por completo os poderes representativos, devendo servir como catalisador para implementação efetiva de política públicas, ouvidas as autoridades administrativas. Para evitar essa substituição por completo é que se defende a utilização dos remédios fracos com decisões flexíveis, com ampla possibilidade de escolhas políticas pelas autoridades administrativas.

Nesse sentido, o processo estrutural tem efeitos indiretos e serve também como meio institucionalmente extravagante para pautar o debate da sociedade e, conseqüentemente, do próprio Legislativo acerca da matéria que está sendo discutido no âmbito do processo.

A chave de acesso do Judiciário para intervenção direta no ciclo de políticas públicas deve ser através de remédios que privilegiem uma solução dialógica, com remédios fracos, chamando e incentivando diversos órgãos a promover uma superação de um estado de coisas não ideal. Isto posto, o Poder Judiciário deve servir como verdadeiro centro promocional de sinergia para superação do estado inconstitucional de coisas em buscas de resultados holísticos positivos de avanços na política pública adormecida e ineficiente.

3.2 Adequabilidade e flexibilidade do procedimento sem significar um rito desordenado

São observadas diversas críticas em relação ao processo estrutural, mais precisamente do estado de coisas inconstitucional, como, por exemplo, de que seria um excesso de interferências em políticas públicas, ocupando o Poder Judiciário um papel que não lhe foi outorgado pela Constituição, tal como extrapolando os limites delineados pela separação de poderes e funções descritas na Carta Constitucional.

Do ponto de vista pragmático, é salutar repudiar essas críticas fazendo-se menção de que a não opção pelo litígio estrutural acarreta uma série de processos desestruturados, um ativismo judicial a “conta-gotas”, sem qualquer centralização em torno de decisões sobre um mesmo problema macro, com riscos de maior descontrole do orçamento público e diversas

¹⁴⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle; SILVA, Cecília de Almeida. Constitucionalismo Cooperativo ou a supremacia do Judiciário? **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo-SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de nov. de 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2209.pdf. Acesso em: 14 fev. 2022.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 17, jan./dez. 2009.

decisões contraditórias. A situação de processos desestruturados favorece indivíduos de classe média e alta, quem têm mais facilidade de acesso à Justiça¹⁵⁰.

Nesse ponto David Landau faz a seguinte observação:

Empiricamente, tribunais são mais propensos a fazer cumprir os direitos sociais por meios negativos (como derrubar uma lei) ou via aplicação individualizada de direitos, uma vez que estas são as ferramentas que os tribunais usam diariamente para a revisão judicial diária. Mas ambas são maneiras ruins de fazer cumprir as reivindicações dos direitos sociais - eles têm uma distribuição perversa e não parecem fazer nada para melhorar o desempenho da burocracia. Mesmo os remédios estruturais são difíceis de realizar com sucesso. Os exemplos da Colômbia e da Índia mostram que eles exigem muito recursos do tribunal e não funcionam em determinados contextos políticos. Mas às vezes, eles podem funcionar. Eles devem fazer parte do conjunto de ferramentas judiciais, e os estudiosos devem começar a construir teorias para quando e por que esses tipos de os remédios são eficazes (tradução livre)¹⁵¹.

Edilson Vitorelli¹⁵² alude a necessidade de que os juízes resistam à tentação de fazer reforma estrutural “a conta gotas”, confiando na crença que será possível uma reforma estrutural ao se julgar inúmeros casos repetitivos individuais. Cita o autor estudo promovido por Brinks e Gauri que demonstra que o Brasil, entre cinco países (Índia, Brasil, África do Sul, Indonésia e Nigéria), teve resultado apenas superior à Nigéria no que concerne aos impactos concretos das decisões alusivas às prestações de saúde. Os outros três países, julgando consideravelmente muito menos casos, impactaram de forma mais significativa um número maior de pessoas, à medida que os julgamentos se ativeram mais a questões gerais do problema, como falhas regulatórias ou deficiências prestacionais que impactavam a sociedade como um todo, não apenas aos demandantes.

Para que o estado de coisas inconstitucional tenha êxito e ganhe apoio da comunidade jurídica e da sociedade é importante que apresente resultados concretos da intervenção mediadora da corte. O método de tentativa-e-erro para aprimoramento dos planos de ação para desbloqueios institucionais (experimentalismo da jurisdição supervisora) é inovador e desafia

¹⁵⁰ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard Internacional Law Journal**, v. 53, 2012.p.191. “*Yet much of social rights enforcement is aimed not at the poor, but instead at middle- and upper-class groups*”.

¹⁵¹ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard Internacional Law Journal**, v. 53, 2012. p. 246 (tradução livre) “*Empirically, courts are most likely to enforce social rights by negative means (such as striking down a law) or via individualized rights enforcement, since these tools are closest to the tools courts use for everyday judicial review. But both are bad ways to enforce social rights claims—they have perverse distributive effects and do not appear to do anything to improve the performance of the bureaucracy. Even structural remedies are difficult to accomplish successfully. The Colombian and Indian examples show that they demand a lot of the court’s resources and do not work in certain political contexts. But, at least sometimes, they can work. They should be part of the judicial toolkit, and scholars should start building theories for when and why these kinds of remedies are effective.*”

¹⁵² VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 361.

a lógica de decisões estáveis e imutáveis, corolários do princípio da segurança jurídica.

Esse padrão de jurisdição mais preocupado com os resultados do que com a imutabilidade de suas decisões não pode ser encarado como uma falha do sistema processual, mas como uma decorrência natural do processo estrutural complexo que a corte tem que gerenciar¹⁵³.

A ideia central de que a jurisdição se diferencia de outras atividades semelhantes pelo caráter definitivo e estável de suas decisões deve ser repensada para os litígios estruturais. À vista disso, a senha para sair de uma perspectiva ortodoxa do processo para uma perspectiva heterodoxa é justamente estar diante de um litígio coletivo de difusão irradiada em que está presente a complexidade. No caso de problemas complexos a imprevisibilidade e a incerteza dos resultados são elementos indissociáveis do sistema¹⁵⁴.

Como dito no tópico 1.1, para tutelar de forma adequada e eficiente o direito perseguido em juízo num ambiente de litígio complexo, multipolarizado, policêntrico e com violação sistemática de direitos fundamentais, o processo para uma resolução prospectiva dos problemas apresentados deve adotar técnicas processuais próprias para melhor entrega possível da prestação jurisdicional.

É necessário, portanto, atenuar ou fugir das regras do processo tradicional diante de uma nova espécie de litígio, à medida que diversos princípios e regras que antes serviam mostraram-se ineficientes.

Bruno Dantas e Caio Victor Ribeiro assim se posicionam acerca da insuficiência das técnicas processuais atuais para a lides complexas, estruturais:

Complex litigation, nos EUA, decisões estruturais, no Brasil, por exemplo, são temas recentes que revelam a ineficácia das técnicas processuais tradicionais perante a complexidade das lides atuais. O passado nos conduziu até aqui não para que os operadores do direito repousassem sobre ele, mas para que possam, com a experiência da tradição, costurar um futuro melhor. Afinal, “a inteligência organiza o mundo organizando a si mesma, o conhecimento torna-se atualização dos possíveis ou criação de novos possíveis”, com acerto anotava o saudoso professor André-Jean Arnaud¹⁵⁵.

A resposta simples e certa não é capaz de solucionar problemas que necessitam de um procedimento cíclico de intervenção, em que há várias etapas como diagnóstico dos problemas,

¹⁵³ VALLE, Vanice Regina Lírio. Estado de coisas inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para construção de uma resposta adequada. In: BOLONHA, Carlos; BONIZATTO, Luigi; MAIA, Fabiana (Coords.). **Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 331-354.

¹⁵⁴ ARENHART, Sérgio Cruz et al. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 231. “Assim, o tratamento desses problemas envolve, necessariamente, comportamentos cíclicos, pautados pela “lógica do re-” (repensar, reorganizar, refazer etc.), em um processo contínuo de descoberta e intervenção”.

¹⁵⁵ DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro. Impactos transnacionais da tutela coletiva norte-americana: como a crise das class actions levou o Brasil a optar pela tutela pluri-individual. In: MENDES, Aluíso Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello (Coord). **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 19

eleição de soluções, implementação das medidas e avaliação dos resultados¹⁵⁶.

Ou seja, a resposta em forma de procedimento contínuo com implementação gradual e sujeito a reanálises cíclicas é incompatível com a estabilidade que tenha característica de imutabilidade.

O projeto de lei 8.058/14¹⁵⁷, que busca instituir uma regulamentação para processos especiais para controle e intervenção em políticas públicas pelo poder judiciário, traz diversas características e técnicas processuais que devem ser utilizados em um processo estrutural como: (i) flexibilidade do procedimento; (ii) ampla colaboração e participação envolvendo o poder público (no sentido aqui de poder executivo responsável pela política pública); (iii) amplo debate com maior participação e controle social possível; (iv) cognição ampla e profunda para propiciar o conhecimento pleno da realidade, (v) tendência de construção de soluções consensuais e (vi) acompanhamento do cumprimento das decisões por outras pessoa e órgãos, sob supervisão do juiz.

Outrossim, a alteração de estruturas institucionais não pode ficar congelada no tempo, pois as instituições precisam mudar de acordo com nas novas realidades sociais. Nesse aspecto, a coisa julgada precisa ser revista e sofrer uma releitura para os litígios estruturais. A implementação da reforma estrutural submete-se a uma cláusula *rebus sic standibus* que vai além das alterações fáticas típicas de uma relação de trato sucessivo¹⁵⁸.

Ou seja, o grau de estabilidade das decisões em cascata em processos estruturais deve ser menor do que decisões judiciais prolatadas em cognição exauriente em processos ordinários, admitindo-se maior grau de revisão, tangibilidade. Essa nova concepção de coisa julgada vai ao encontro da releitura proposta por Antonio do Passo Cabral que propõe que a segurança jurídica se preocupe com atos e acontecimentos futuros. Caso a realidade seja altamente mutável e instável, o ato estatal judicial deve estar dentro de uma “zona de movimentação e

¹⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz et al. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 231.

¹⁵⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8058/2014**. Autor: Deputado Paulo Teixeira. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01knonm4hjkx5c8561b6rslwyr963415.node0?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014. Acesso em 29 set. 2021. O projeto de lei 8.058/20214, que teve na sua elaboração o apoio de pesquisadores do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ, está em trâmite na Comissão de Finanças e Tributação. Tem como ênfase estabelecer um processo mais dialógico e colaborativo quando o objeto da ação é a intervenção em políticas públicas, conforme justificção descrita no projeto: “É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialogal e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública”.

¹⁵⁸ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 368.

alteração” capaz de se adaptar a essa situação¹⁵⁹. Com efeito, para as minorias marginalizadas que precisam da efetivação de medidas estruturantes, a mudança de alguma delas para se adaptar gera maior proteção jurídica a seus direitos fundamentais do que a inalterabilidade ortodoxa do regime tradicional da coisa julgada.

A estabilização da demanda, prevista no artigo 329, do Código de Processo Civil, precisa ser afastada no processo estrutural, uma vez que neste processo há necessidade de decisões progressivas adequadas às modificações da realidade. Os programas para solução das falhas estruturais são analisados periodicamente com modificações constantes, em um método tentativa-e-erro, o que é incompatível com a estabilização rigorosa da demanda. É um processo gradual, que exige contínuas reavaliações e reajustes.¹⁶⁰

Por vezes determinados problemas só são visualizados após a implementação de um programa de ação para resolução de problema anteriormente descrito. Ou seja, são revelados outros problemas, que necessitam de novas soluções. Os problemas e soluções são relidos e redescobertos ao longo do processo, não existindo uma ordenação lógica e temporal entre problemas, soluções e decisões¹⁶¹.

Contudo, se vislumbra possível a utilização dessas técnicas processuais com base no código de processo civil, não se podendo falar que o processo estrutural é uma invenção sem qualquer arrimo em lei.

Independentemente de apresentar legislação específica, a característica essencial do processo estrutural é justamente a flexibilidade do procedimento, sendo “inviável estipular previamente os circuitos procedimentais adequados ao desenvolvimento do processo estrutural, tendo em vista a extrema variância dos tipos de litígios estruturais”¹⁶².

Há quem defenda a necessidade de uma legislação prevendo procedimento especial para os processos estruturais. Por outro lado, alguns entendem que a grande margem de plasticidade que deve ser dado ao procedimento do processo estrutural é incompatível com um procedimento especial, sendo plenamente suficiente o procedimento comum instituído pelo Código de Processo Civil¹⁶³.

¹⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. 3ª ed., Salvador: JusPodivm, 2018, p. 367.

¹⁶⁰ GALDINO, Matheus Souza. Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 198.

¹⁶¹ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 371.

¹⁶² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Hermes; OLIVEIRA Raphael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 303, 2020, p. 53.

¹⁶³ NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 689.

Os que propugnam pela suficiência do procedimento comum para tratamento do processo estrutural enfatizam que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe um procedimento geral de natureza adaptável, maleável. Nesse sentido é a lição de Leonardo Silva Nunes:

[...] o vigente Código de Processo Civil brasileiro forjou um procedimento comum bem diferente, com feição amplamente adaptável, maleável e flexível. Além do mais, o procedimento comum instituído pelo código é receptível à incorporação de técnicas diferenciadas, previstas para procedimentos especiais. A título meramente exemplificativo, o procedimento comum do CPC permite a adaptação do processo em prol do efetivo contraditório (art. 7º), a adoção de medidas atípicas de execução (art. 139, IV, 297 e 536, §1º), a generalização da tutela provisória (art. 294 e ss), a convenção que disponha sobre mudanças no procedimentos para ajustá-lo às especificidades da causa, podendo as partes convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (art. 190), a calendarização processual (art. 191), a possibilidade de inversão na ordem de produção da prova (art. 456, PU), a permissão para o fracionamento da extinção do processo e da resolução da causa (art. 354, PU e 356), a previsão de decisão de saneamento e organização do processo, com grande potencial para adequar suas atividades às peculiaridades do caso concreto (art. 357), a amplitude da cooperação judiciária nacional (art. 67 e ss), entre tantos exemplos.

Como se não bastasse, o código adotou um modelo de procedimento comum permeável às técnicas especiais, estabelecendo o seu livre trânsito entre os procedimentos. O dispositivo do art. 327, §2º, verdadeira cláusula de flexibilização procedimental, poderia “ser a fonte normativa da reafirmação e do desenvolvimento do princípio da adequação do procedimento”¹⁶⁴.

Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Jr¹⁶⁵ vaticinam que a flexibilidade do processo estrutural deve ser assegurada pela aplicação de técnicas processuais flexibilizadoras, como a que atenua as regras da congruência objetiva e da estabilização objetiva da demanda, a ampliação do regime de participação no processo, a atipicidade dos meios de prova (art. 369, CPC), a atipicidade das medidas executivas (art. 139, IV, e art. 536, § 1º, CPC) e a atipicidade dos instrumentos de cooperação judiciária.

No que concerne às provas, nos processos estruturais é de ampla utilização a prova estatística, tanto para constatação de uma violação massiva de direitos fundamentais e declaração do estado de coisas inconstitucional, quanto para decidir quais medidas de natureza prospectiva serão determinadas para modificação do estado de coisas, quanto para analisar os resultados dos planos de superação. Não há fase específica de instrução probatória no processo estrutural, pois as provas são produzidas a todo momento, pois há necessidade de decisões em

¹⁶⁴ NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 696.

¹⁶⁵ DIDIER JR., Fred; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 3ª ed, p. 459, 2021

cascata, com a devida fundamentação em provas, que são paulatinas, prospectivas e progressivas, em método experimental.¹⁶⁶

3.3 Ampliação do debate, constante monitoramento, estrutura de apoio, divisão de trabalho e transparência (divulgação e aferição pública de resultados) para uma jurisdição efetiva pela Suprema Corte em litígios estruturais

Deve-se adotar um rito processual que garanta uma ampla participação dos grupos diretamente afetados pela decisão judicial, bem como de grupos contrários à reforma requerida em juízo.

Nesse ponto é crucial a realização de audiências públicas e a ampla participação de *amici curiae*, mas, sob controle jurisdicional, a fim de que o amplo debate não prejudique o regular andamento processual, que não pode ser demasiadamente demorado. Essa ampla participação deve ser garantida tanto na primeira fase do procedimento (de certificação da falha estrutural), quanto na fase de implementação da reforma estrutural.

O processo estrutural deve ser um verdadeiro *town meeting*¹⁶⁷, em que a oitiva de diversos grupos envolvidos ocorre como um estágio de consulta em um processo legislativo ou administrativo, à medida que o Judiciário está adentrando no lugar da administração, colhendo diversas visões para melhores soluções para o problema estrutural. Essa necessidade efetiva de participação popular é corolário da democratização da democracia¹⁶⁸.

No Brasil, a audiência pública nasceu com previsão no art. 58, § 2º, II, da CRFB¹⁶⁹. Este dispositivo atribui competência às comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para determinar a realização do procedimento no debate de assuntos pertinentes à temática de cada casa legislativa. No âmbito judicial, as leis 9.868/99 e 9.882/99, que regulam as ações constitucionais no âmbito do STF, foram as primeiras legislações a prever a realização e convocação de audiências públicas. A primeira audiência pública realizada no STF ocorreu somente em abril de 2007, no julgamento da ADI 3510, a respeito da constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei de Biossegurança.

¹⁶⁶ JUNIOR, Ulisses Lopes de Souza. Nem os Juízes são cientistas nem os Tribunais são Laboratórios: In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 3ª ed, p. 1128, 2021.

¹⁶⁷ Como indicado na nota de rodapé número 6, utiliza-se nesta pesquisa a expressão *town meeting* desenvolvida por Stephen Yeazell em YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles School Case. **UCLA Law Review**, vol. 25, 1977, p. 240-260.

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed., 2. reimp., Coimbra: Almedina, 1992, p. 421

¹⁶⁹ Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (...) § 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: (...) II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; (...)"

O objetivo das audiências públicas em processos estruturais é permitir o amplo intercâmbio de informações, aproximando os cidadãos do Poder Judiciário e da política pública discutida, para que, juntos, possam discutir e influir nos rumos do redesenho das instituições. Em consequência, busca-se uma melhor qualidade das decisões e uma maior aceitação popular, alcançando-se a legitimidade pelo debate.

Mas para possibilitar essa ampla participação é fundamental que o grupo envolvido na violação massiva de direitos fundamentais tenha pleno conhecimento do processo judicial. Nesse sentido, devem ser viabilizados por inúmeros meios de comunicação, que sejam de acesso do grupo, informações acerca da existência do processo estrutural em trâmite na Suprema Corte e as formas de efetiva participação no litígio. O processo judicial estrutural não pode ser enxergado pelos membros da minoria insulada como algo muito longe de seu alcance, altamente técnico e de difícil compreensão. Com efeito, é importante que a ação coletiva estrutural adote mecanismos participativos diretos e informais, não podendo a entrega do destino do grupo ficar a cargo apenas de um representante paternalista¹⁷⁰.

Não se podem repetir erros, como já acontecidos no âmbito de *class actions* do direito norte americano, de participação inexpressiva dos membros de uma determinada classe. Bruno Dantas e Caio Victor Ribeiro apontam como exemplo o caso de uma *class action* ajuizada em 1988 contra a *Wells Fargo*, multinacional sediada nos Estados Unidos que presta serviços de financiamento, em que nem 5% dos titulares de contas qualificados para reclamar uma parte dos recursos provenientes do acordo coletivo manifestaram interesse pela quantia¹⁷¹.

É preciso encorajar a participação dos grupos envolvidos, mobilizá-los, e com isso trazer efeitos extraprocessuais, uma vez que esse maior engajamento do grupo vulnerável gerará seu empoderamento e uma maior mobilização da sociedade em favor de alterações legislativas e administrativas necessárias para alteração duradoura da realidade.

Um dos riscos do litígio estrutural é atribuir ao Poder Judiciário decisões de caráter eminentemente técnico de políticas públicas para as quais os julgadores não têm capacidades institucionais. Para atenuar esse risco e evitar que julgadores da Corte Constitucional adentrem em assuntos que fogem totalmente às habilidades ordinárias, deve se valer a Corte de especialistas na matéria, comitês de consulta, audiências públicas e outras ajudas externas.

¹⁷⁰ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 3ª ed, p. 369

¹⁷¹ DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro. Impactos transnacionais da tutela coletiva norte-americana: como a crise das *class actions* levou o Brasil a optar pela tutela pluri-individual. In: MENDES, Aluíso Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello (Coord). **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 4.

Desse modo, os planos propostos pelas autoridades administrativas devem ser avaliados, fazendo-se juízo de valor se são adequados para devida homologação ou se há necessidade de alteração, com a ajuda de terceiros que entendam do assunto e também supervisionados mediante colaboração de especialistas de fora dos Tribunais. O professor Chayes aponta que tal prática vem sendo adotada cada vez mais pelos juízes nos Estados Unidos.

To avoid these problems, judge's have increasingly resorted to outside help – masteres, amici, experts, panels, advisory committees – for information and evaluation of proposals for relief. These outside sources commonly find themselves exercising mediating and even adjudicatory function among the parties. They may put forward their own remedial suggestions, wheter at the request of the judge or otherwise¹⁷².

Na Índia, já houve utilização pela Corte Constitucional, em processo estrutural, de um comitê de peritos para supervisionar a implementação do plano de ação, os quais devem reportar à Corte os avanços na solução dos problemas estruturais e sugerir medidas a serem implantadas¹⁷³.

Ou seja, o problema da alegada falta de capacidade institucional do Judiciário está muito mais ligado aos instrumentos que ele irá utilizar para construção de uma solução e não com o próprio órgão em si. Nesse sentido é a lição de Sérgio Cruz Arenhart, et al.:

O argumento da falta de capacidade institucional, portanto, pode não estar situado propriamente na instituição Judiciário, mas no instrumento utilizado pelos magistrados para a análise da controvérsia. Do ponto de vista institucional, com efeito, parece até que há inúmeras vantagens em se permitir ao Judiciário a sindicância desses problemas estruturais. A maior possibilidade do exercício da função contramajoritária, a argumentação pautada no Direito, a necessidade de oitiva dos envolvidos, a possibilidade de controle das decisões por várias instâncias, certa impermeabilidade das decisões a eventuais novas maiorias formadas no campo eleitoral e algumas características institucionais do Poder Judiciário podem, de fato, contar favoravelmente a que esse órgão seja admitido no debate de questões complexas e estruturais.

O juiz tem um papel central nos litígios estruturais. Em um órgão colegiado como o Supremo Tribunal Federal, esse papel fica a cargo do relator. Doug Raendelman bem pontua que no processo estrutural a ação não é baseada no modelo usual adversarial típico dos Estados Unidos, mas está focado na figura do juiz¹⁷⁴.

¹⁷² CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. **Harvard Law Review**. v. 89, n. 7, 1976, p. 1300-1301.

¹⁷³ MURALIDHAR, s; DESAI, Ashok H. Public Interest Litigation: Potential and Problemas. In: B.N. Kirpal et al. (orgs.), **Supreme but not Infallible - Essays in Honour of the Supreme Court of India**. New Delhi: Oxford University Press, 2000, p. 159. Disponível em: <http://www.ielrc.org/india/litigation.php>. Acesso em: 11 fev. 2022. p. 13. “In the matter relating to forests, in T.N Godavarman Tirumulkpad v Union of India, the Court constituted an expert committee to examine the issue of depletion of forest cover, and to consider questions such as who could be permite to use forest produce and in what circumstances this was permissible”

¹⁷⁴ RENDELMAN, Doug. **Complex Litigation: injunctions, structural remedies, and contempt**. New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2010, p. 498. No mesmo sentido é a lição de Susan Sturm: “*Frequently, the judge and the parties perceive that the traditional adversary process provides inadequate tools with which to meet*

Na Colômbia, especificamente na sentença de tutela T-025, a Suprema Corte Colombiana prolatou 289 decisões de cumprimento e 20 (vinte) audiências públicas de acompanhamento¹⁷⁵.

Muitos dos efeitos de uma decisão estruturante complexa só serão conhecidos a partir de sua implementação, quando as dificuldades de execução serão reveladas. Nesse sentido é esclarecedora a lição de Sérgio Cruz Arenhart, et al:

[...] é também impossível estabelecer quais dificuldades ou obstáculos surgirão à implementação da decisão, de modo que apenas quando essas dificuldades surgirem é que se poderá ter o cenário correto para a nova decisão. Ademais, as reações a uma decisão estrutural podem ser variadas. Pode haver resistência à sua implementação, assim como a decisão pode gerar consequências inesperadas ou mesmo reflexos indesejados. Tudo isso é muito difícil de ser previsto e antecipado em uma só decisão¹⁷⁶.

Uma boa prática que pode ser adotada para o exercício de tal jurisdição (fase de cumprimento ou provimentos “em cascata”), e com atribuição mais amplas que um mero observatório de decisões judiciais (vide item 2.2.3), é a constituição de um Grupo de Assessoramento Técnico (GTA) com competências para discutir os planos propostos pelos réus para superação de falhas estruturais, propor alterações e exercer constante monitoramento (decisões microinstitucionais), assim como foi feito no âmbito da denominada ACP do carvão (processo autuado sob o nº 93.8000533-4, junto à Justiça Federal de Criciúma)¹⁷⁷. Como bem descreveu Sérgio Cruz Arenhart:

Esse grupo, formado por representantes técnicos de todas as partes e por sujeitos externos ao processo ligados à questão ambiental, tinha por principais funções propor estratégias, métodos e técnicas para a recuperação ambiental. Releva salientar que as decisões desse grupo não seriam tomadas por maioria de votos, mas por consenso de todos, o que foi vital para a redução da litigiosidade interna do processo e para a redução de eventuais incidentes e recursos na efetivação da sentença¹⁷⁸.

Sabidamente os Ministros do Supremo não tem agenda para decidir tantas questões e a delegação de determinadas funções é crucial para que a jurisdição seja exercida em razoável duração. Os Ministros só decidiriam, na fase de cumprimento dos planos, os casos em que o

the demands of public remedial decisionmaking”. STURM, Susan. A normative theory of public law remedies. *The Georgetown Law Journal*, v. 79, 1990-1991, p. 1365

¹⁷⁵ RODRIGUES GARAVITO, César; RODRIGUEZ-FRANCO, Diana. **Radical deprivation on trial: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in the global South**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 14.

¹⁷⁶ ARENHART, Sérgio Cruz *et al.* **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 216.

¹⁷⁷ As informações do aludido processo foram extraídas de ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 1, n. 2, p. 211- 229, jul./dez. 2015.

¹⁷⁸ ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 1, n. 2, p. 211- 229, jul./dez. 2015.

grupo de assessoramento não formasse um consenso. Prestigia-se assim a consensualidade de soluções em detrimento da heterocomposição.

A GTA parece caminhar a fim de evitar também uma preocupação sempre ventilada de falta de estrutura do Supremo Tribunal Federal para exercer a jurisdição supervisora, uma vez que há necessidade de diversos provimentos em cascata¹⁷⁹ para a execução estrutural.

Essa delegação ao GTA assemelha-se à estrutura do administrador judicial, regulado pelos artigos 159 a 161 do CPC, ou à do mediador judicial, nos termos dos artigos 165 e seguintes do CPC¹⁸⁰.

Quanto ao monitoramento, não impede que sejam feitas delegações para uma instância judicial inferior, dentro da ideia encampada pelo Código de Processo Civil de atos concertados entre juízes cooperantes, nos termos do artigo 69, III. Dentro das hipóteses de atos concertados está a execução de decisão jurisdicional, de acordo com artigo 69, §2º, VII, do CPC. Imagine-se que haja necessidade de reforma estrutural em um presídio no interior de um estado do norte do Brasil, a supervisão e a decisão sobre medidas mais específicas do plano de superação podem ser adotadas por um juízo local, mais próximo dos fatos, que deve reportar toda sua atuação para o STF¹⁸¹. O próprio STF, em ato de cooperação administrativa, pode designar servidores e juízes auxiliares para que a falta de estrutura do Judiciário local não seja empecilho para uma efetiva jurisdição supervisora.

No âmbito internacional observa-se experiência de fiscalização atribuída a órgão técnico independente - a Human Rights Commission – de reconhecida expertise e prestígio na África do Sul em matéria de direitos fundamentais, a tarefa de supervisionar a elaboração e implementação do novo programa, reportando-se ao tribunal. Este modelo sul-africano foi muito elogiado pela doutrina comparativista, por ensejar a proteção de direitos sociais por meio de técnica do diálogo institucional, que minimiza o problema do déficit de expertise do Poder Judiciário para lidar com políticas públicas.

¹⁷⁹ Esses provimentos em cascata são medidas atípicas de execução, que decorrem de cláusulas gerais executivas, previstas nos artigos 139, IV e 536, §1º, do CPC, conforme lecionam DIDIER, Fredie; ZANETI JR, Hermes; ALEXANDRIA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, v.8, n.1, p. 46-64, jan/abril, 2017 ISSN 2191-1339.

¹⁸⁰ ARENHART, Sérgio Cruz *et al.* **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 224.

¹⁸¹ A proximidade do juiz em relação aos fatos é importante, uma vez que conhece mais a realidade local. Ainda mais em país tão diverso e grande como o Brasil. Esta problemática da Corte estar longe dos fatos é bem relatada em casos internacionais quando, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determina medidas estruturantes. KLUGE, César Henrique; VITORELLI, Edilson. O processo estrutural no âmbito do sistema interamericano: reflexões a partir do caso *Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala*. In: VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes. *Casebook de Processo Coletivo*. Vol. II. São Paulo: Almedina, 2020, p. 373-410.

Outra questão a ser enfrentada é a possibilidade de utilização ou não das entidades de infraestrutura específica (*claims resolution facilities*) para os processos estruturais de competência originária do STF, que tem por objeto políticas públicas em mau funcionamento.

Assim definem Antonio do Passo Cabral e Hermes Zaneti Jr as entidades de infraestrutura específica:

Pode-se dizer que as *claims resolution facilities* são entidades ou mais genericamente infraestruturas criadas para processar, resolver ou executar medidas para satisfazer situações jurídicas coletivas que afetam um ou mais grupos de pessoas, que judicialmente seriam tratadas como milhares de casos individuais, casos repetitivos e ações coletivas¹⁸².

[...]

Seu principal escopo é promover, com mais eficiência e menos custos, a execução de planos privados, autocomposições judiciais ou extrajudiciais, ou decisões judiciais em processos coletivos¹⁸³.

As *facilities* podem ser criadas especificamente para resolução de um problema estrutural ou resultar da atribuição de funções a entidades públicas ou privadas já existentes.

O objetivo é criar um caminho mais rápido e menos burocrático para adoção de medidas estruturantes pelos causadores dos danos. A vantagem da opção pelas *facilities* é que elas se adaptam com maior facilidade às peculiaridades do caso concreto, não estando sujeitas a regras e procedimentos mais rígidos do Judiciário. Os causadores do dano têm a vantagem de diminuir custos, evitando um processo mais moroso no Judiciário, ao optar por um outro método de solução de conflitos e melhorar suas imagens perante a sociedade e opinião pública, já que demonstram interesse em solucionar ou mitigar diversos danos causados. Para as vítimas é interessante, pois reduz consideravelmente seus esforços, já que responsabilidade do réu é pressuposta.

O monitoramento para ser efetivo e apontar os avanços ou não no cumprimento dos planos de superação das falhas estruturais, rompendo os bloqueios institucionais, precisa da maior transparência possível, com métodos modernos de divulgação de resultados para aferição pública. O Poder Judiciário deve inovar e trazer plataformas específicas, de amplo acesso pela população, que informem quais ações foram adotadas para cumprimento do plano, em que estágio se encontram e qual o cronograma. Ademais, estas novas plataformas devem permitir a interação da sociedade, com canais específicos para reclamações e sugestões.

¹⁸² CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v. 287, ano 44, p. 445-483. São Paulo: Ed. RT, jan. de 2019, p. 449.

¹⁸³ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v. 287, ano 44, p. 445-483. São Paulo: Ed. RT, jan. de 2019, p. 454.

A forma ordinária de publicidade dos atos processuais é insuficiente para um processo com maior carga participativa e colaborativa. Nesse sentido, a Fundação Renova é um bom exemplo de como o judiciário pode proceder para ampla divulgação do processo estrutural, já que tem um sítio específico na rede mundial de computadores, com informações de calendário, indenizações, programas e com portal do usuário.

Ainda que não se crie no processo estrutural uma entidade de infraestrutura específica, é salutar que se destine um local adequado e próprio para a política pública reconhecida como em situação de inconstitucionalidade, distinto da mera plataforma para acompanhamento do processo judicial, com o desiderato de acompanhamento dos planos estruturais, onde os relatórios dos *special masters*, comitê de peritos ou outras entidades fiscalizadoras possam ser facilmente acessados, em que se permita apresentar sugestões e fazer reclamações.

3.4 Atipicidade das técnicas processuais de apoio para efetivação das medidas estruturantes

A decisão-núcleo do processo estrutural, de caráter aberto, é um reconhecimento da ocorrência de violação sistemática de direitos por uma estrutura institucional falha combinada com uma determinação genérica¹⁸⁴ e flexível de que devem ser superadas as falhas estruturais, mediante a elaboração de um plano de ação, de implementação gradual.

Exsurge então a segunda fase do processo estrutural, mais longa, o âmago do processo estrutural, que é a fase de concretização da solução estrutural.

Preferencialmente, deve-se prestigiar a consensualidade na elaboração do plano de superação, com participação efetiva da parte ré (solução dialógica), a fixação de um calendário (calendarização do processo¹⁸⁵) e constante monitoramento com avaliação do cumprimento das

¹⁸⁴ O artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor (Lei. 8078/90) determina inclusive sentença genérica para ações coletivas de reparação de dano. Não há referência expressa a medidas estruturais no Projeto de Lei nº 1.641/21. Para conferir nova disciplina a ação civil pública, há determinação, preferencialmente, de sentença líquida para carga condenatória da sentença, mas na parte da sentença com carga estrutural, a sentença deve ser genérica, ainda que não haja previsão explícita no referido projeto, tratando-se de conclusão lógica, sob pena de obstaculizar um adequado plano dialógico de superação de falhas estruturais em um segundo momento, na fase de concretização do plano estrutural.

Art. 26. Além dos elementos e requisitos gerais, a sentença de procedência do pedido deve:

[...]

§ 5º **A sentença poderá determinar: I - a alteração em estrutura institucional, pública ou privada, de natureza cultural, econômica ou social, a fim de adequar seu funcionamento aos parâmetros legais e constitucionais; II - a adequada correção do estado de fato de violação sistemática de direitos” (grifo nosso).**

¹⁸⁵ A possibilidade de calendarização do procedimento já é prevista no artigo 191 do Código de Processo Civil “Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.”

etapas. Ressalte-se que a própria parte ré conhece de forma mais minuciosa os problemas enfrentados e tem expertise em lidar justamente com o empreendimento de risco em que atua, sendo de bom tom que incumbe a ela oferecer a proposta inicial do plano de superação, cabendo ajustes posteriores a serem deliberados com ajuda de terceiros especialistas¹⁸⁶.

O incentivo para que própria parte ré apresente seu plano é o receio de que o plano a ser traçado pelo Judiciário seja de muito mais difícil cumprimento com condições bem mais rígidas.

O Código de Processo Civil no artigo 139, IV, conferiu poderes ao juiz para adotar medidas de apoio atípicas para conferir efetividade às decisões.

Ainda que se chegue a um plano consensual de ações com um calendário também consensual, medidas de encorajamento e incentivo ao cumprimento do plano são de bom tom. Destaca-se, ainda, que há possibilidade de acordo entre as partes no que concerne à fixação da medida indutiva¹⁸⁷.

As técnicas processuais de apoio mais comuns são as medidas coercitivas, que tentam forçar o cumprimento da obrigação com sanções de caráter negativo, como a multa e prisão civil. Em um processo judicial em que se visa uma solução dialógica, com participação de diversos atores, a utilização de tais medidas é de extremo risco e pode gerar uma quebra de confiança e desestímulo à colaboração. Ou seja, a medida coercitiva pode acabar gerando um efeito contrário¹⁸⁸, servindo como catalizador para uma postura de enfrentamento e litigância (mediante a interposição de diversos recursos) da parte ré.

A calendarização pode ser decidida em audiência para tal fim com oitiva de todas as partes e terceiros envolvidos, com participação de técnicos sobre o assunto. Nesse sentido é o enunciado 299 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

“(arts. 357, §3º, e 191) O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento)”

¹⁸⁶ Importante observação é que o special master pode colaborar em diversas etapas do processo estrutural, seja na elaboração do plano de ação ou na fiscalização do plano de ação. Vitorelli, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 200. O Projeto de Lei 8.058/14 prevê a figura do special master denominando-o de comissário no artigo 19: “Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências. No mesmo sentido de que um dos modelos para solução de litígios complexos é o da indicação de experto ou de painel de notáveis, seja na fase de certificação ou remedial, vide STURM, Susan. *A normative theory of public law remedies*. *The Georgetown Law Journal*, v. 79, 1990-1991, p. 1371 e NAGEL, Robert F. *Controlling the structural injunction*. *Harvard journal of law and public policy*. Vol. 7, n. 2, 1984, p. 397.

¹⁸⁷ O artigo 190 do Código de Processo Civil permite celebração de negócio processual para estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. O enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis faz expressa menção à possibilidade de negócio processual de medidas indutivas.

¹⁸⁸ No sentido de que lançar mãos de instrumentos coercitivos pode desfavorecer um ambiente de colaboração e negociação pode ser citado: “*Punitive sanctions are difficult to calibrate, and there are many doctrinal and political obstacles to applying them. Moreover, they deter the cooperation and information-sharing among stakeholders upon which the rolling-rule regime depends*”. SABEL, C. F.; SIMON, W. H. *Destabilization Rights:*

Deve-se ponderar que nos processos estruturais é perfeitamente possível e comum a cumulação de medidas estruturantes prospectivas com medidas reparadoras voltadas a situações pretéritas.

Nesse aspecto, mostra-se de grande valia em processos dialógicos, nos quais a colaboração e consensualidade ganham maior relevo, buscar técnicas processuais que estimulem o cumprimento dos planos de ação por meio de sanções premiais. Por exemplo, no caso dos presídios, poderia ser feito um sistema que premia com maior transferência dos recursos do orçamento do DEPEN (seja por meio de convênio ou contrato de repasse)¹⁸⁹ os estados que melhor cumpram as etapas dos planos de superação das falhas estruturais.

Tal técnica processual está em consonância com a função promocional do direito e a necessidade de estimular comportamentos socialmente desejáveis, não bastando ao direito seguir um modelo protetivo-repressivo, com objetivos de conservação social. Há necessidade de medidas encorajadoras para uma mudança social, conforme bem propugnado por Norberto Bobbio¹⁹⁰.

How Public Law Litigation Succeeds. Harvard Law Review, 2004, v. 117, p. 1.073. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1824&context=faculty_scholarship. Acesso em: 13 fev. 2022.

¹⁸⁹A respeito de como funciona o sistema de transferência de recursos do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) para unidades da Federação, mais informações podem ser encontradas pelo endereço eletrônico <https://www.justica.gov.br/news/entenda-as-modalidades-de-repasse-de-recursos-para-o-sistema-penitenciario>. Acesso em: 13 fev. 2022.

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manóele, 2007, p.23. “[...] inovação mais importante no sistema de controle jurídico não é tanto o acréscimo dos comandos ou normas positivas, mas a introdução, cada vez mais difundida, de estímulos à execução ou à superexecução de comandos (e também de proibições), isto é, de sanções positivas, ou, de modo mais geral, o uso cada vez mais amplo das técnicas de encorajamento”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os litígios coletivos de difusão irradiada são realidades que precisam de soluções, mas que não encontram respostas suficientes nos meios tradicionais de resolução de conflitos.

Em um país com expressiva desigualdade social e que apresenta grandes índices de violência tornam-se imperiosas políticas públicas que implementem direitos sociais. Entretanto, o Estado acaba falhando e sendo omissivo, principalmente em políticas públicas voltadas para grupos marginalizados, impopulares, que formam uma minoria do ponto de vista de representatividade nas esferas de poder.

Essa ação insuficiente do Estado, em relação a estes grupos, acaba gerando violação massiva aos direitos humanos. Deve o Judiciário, no exercício de sua função contramajoritária, de proteção de direitos fundamentais, dar voz a esses grupos e servir como Poder que congrega diversas instituições e atores em prol de uma mudança na realidade das políticas públicas falhas.

Naturalmente, este papel pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, uma corte constitucional a quem a Constituição Federal atribuiu amplos poderes.

Os países do Sul Global já experimentaram diversos litígios estruturais acerca de políticas públicas em que a Suprema Corte teve papel fundamental na mudança de estruturas falhas, promovendo novo desenho e arranjo do funcionamento de instituições, podendo ser citados países como Colômbia, África do Sul, Índia e Argentina. Nos Estados Unidos o fenômeno ocorreu mais na década de sessenta do século XX, em questões voltadas principalmente para resolver a problemática da segregação racial e más condições de estabelecimentos penais. Nos subtítulos 1.2, 1.3 e 1.4 foram mencionados diversos casos ilustrativos do litígio estrutural em relação a políticas públicas ao redor do mundo e como essas experiências podem ser úteis para a experiência brasileira.

No capítulo 2 foram apresentadas as arguições de preceito fundamental em que se requereram medidas estruturais diretamente ao STF e como está o desenvolvimento dos processos. Ficou assentado que o escrutínio para o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional para deflagrar um processo estrutural dialógico deve ser severo, reservando-se ao STF um papel de apenas decidir questões de altíssimo relevo que envolvam políticas pública ineficientes que gerem graves violações a direitos humanos de minorias discretas e insulares.

No capítulo 3 enfrentaram-se questões de como o processo estrutural pode e deve ser efetivo com utilização de instrumentos processuais já existentes e que podem se adaptar para essa nova realidade processual. Sugeriram-se inovações e novas práticas, já adotadas em outros países, para que se possa ter um processo mais colaborativo, dialógico, sujeito a menos

preclusões e com uma fase de monitoramento longa, que incorpore cronogramas e análises periódicas.

Conclui-se, ao longo dos capítulos, que o diálogo institucional é possível e necessário para reestruturação de funcionamento de instituições falhas. Os remédios fracos são as respostas mais adequadas para o desbloqueio institucional, em um ambiente processual colaborativo e participativo.

A fase mais importante e demorada de monitoramento dos planos estruturais deve ser transparente, promovendo debates e fiscalizações periódicas, sujeitas ao mais amplo controle da sociedade.

Soluções fáceis e rápidas para problemas complexos não existem, não sendo a ambição desta pesquisa apontar caminhos prontos e tranquilos, que chegarão a um resultado certo. O objetivo e a discussão proposta é que o processo estrutural pode ser um bom ambiente para melhor tratar dos litígios estruturais que envolvam situações complexas de políticas públicas ineficientes, mais adequado do que os usualmente utilizados pelo Poder Judiciário, que muitas vezes geram ambientes desorganizados e sem enfrentar o problema de forma holística.

Nesse ambiente reputado como mais adequado, surgem questões de adaptação de práticas processuais que já são praticadas e sugestões de novas.

A questão crucial é que uma nova agenda para intervenções em política públicas, que envolvam direitos sociais de minorias insuladas por meio de decisões estruturais, consta na ordem do dia, com processos já deflagrados na Suprema Corte, e precisa ser amplamente debatida para melhor aperfeiçoamento e efetividade. Assim, esta pesquisa pretendeu oferecer a sua parcela de contribuição e convida a todos para refletir e se debruçar sobre o tema. Salutar a conclusão de Mark Tushnet em *“Reflection on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century”*:

Perhaps the most important conclusion I draw from these reflections is a much simpler one. The issues scholars in the field need to consider are substantially different from the ones that have preoccupied scholarship on the judicial enforcement of second-generation rights for the past decades. A new scholarly agenda is on the table, which is something that scholars should welcome¹⁹¹.

¹⁹¹ TUSHNET, Mark. *Reflection on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century*. **NUJS Law Review**, n. 177, abr/jun, 2011, p.177-187. Disponível em <http://nujlawreview.org/wp-content/uploads/2016/12/mark-tushnet.pdf>. Acesso em 08 fev. 2022.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. Direito das minorias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

ARENHART, Sérgio Cruz *et al.* **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

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

ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 1, n. 2, p. 211- 229, jul./dez. 2015.

ARKANSAS STATE. **Prison History and Events 2011-1838**. (Online): Division of Correction, [S.d]. Disponível em: <https://doc.arkansas.gov/correction/about-us/prison-history-and-events/prison-history-and-events-2011-1838/>. Acesso em 30 ago. 2021.

ARKANSAS STATE. U.S. District Court for the Eastern District of Arkansas. **Holt v. Sarver**, 300 F. Supp. 825, de 20 de junho de 1969. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/300/825/1820796/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manoele, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8058/2014**. Autor: Deputado Paulo Teixeira. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01knom4hjx5c8561b6rslwyr963415.node0?codteor=1283918&filename=PL+8058/201. Acesso em 29 set. 2021.

BRASIL. Justiça Federal do Amapá. **Ação Civil Pública Cível nº 0010380-70.2016.4.01.3100**. Ministério Público da União x Ferreira Gomes Energia AS. 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Macapá, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/137583470/processo-n-10380-7020164013100-do-trf-1>. Acesso em 10 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria Conjunta nº 4.094, de 20 de dezembro de 2018**. Define princípios, diretrizes e estratégias para a atenção à saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato. Brasília: Diário Oficial da União, publicado em 28 dez. 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57220459. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 736 de 2015**. Autor: Senador Antonio Carlos Valadares. 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Acesso em 14 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 272/DF**. Processo: ADPF 9930282-94.2013.1.00.0000. Distrito Federal. Requerente: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Data do julgamento: 25 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347**. Processo: 0003027-77.2015.1.00.0000. Distrito Federal. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Relator: Min. Marco Aurélio, 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 635**. Processo: 0033465-47.2019.1.00.0000. Distrito Federal. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Relator: Min. Edson Fachin, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5816502>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Ação Civil Pública n° 5000053-16.2019.8.13.0090**. Ministério Público x Vale S/A. 1ª Vara de Brumadinho. Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/data/files/21/F4/E1/51/2D44A7109CEB34A7760849A8/Brumadinho%20-%20ACP%20Principal%20-%20_rea%20socioec_nomica%20.pdf. Acesso em 10 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação Civil Pública n° 1000764-20.2017.4.01.3100**. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade x Empresa de Energia Cachoeira Caldeirão S.A. 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amapá, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/397932943/processo-n-1000764-2020174013100-do-trf01>. Acesso em 12 out. 2021.

BILCHITZ, David. Constitutionalism, the global south, and economic justice. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Coord). *Constitutionalism of the global south: the activism tribunals of India, South Africa and Colombia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013

BUDLENGENDER, Geoff. The role of the courts in achieving the transformative potential of socio-economic rights: panel discussion. *ESR Review: Economic and Social Rights in South Africa*, v. 8, n. 1, p. 9-11, 2007

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, v. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 219.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v. 287, ano 44, p. 445-483. São Paulo: Ed. RT, jan. de 2019.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, vol. 287, ano 44, São Paulo. Ed. RT, janeiro de 2019

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional?”** (Online), [S.l]: Consultor Jurídico, 15 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 13 out. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 159-160.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. (Online). [S.l]: Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural><https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas>. Acesso em 08 ago. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5. ed., 2. reimp., Coimbra: Almedina, 1992.

CARMO, Romeu Mendes do; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Gimarões de. A Governança para gestão dos efeitos do desastre em Mariana: avanços, dificuldades e desafios. In: CIRNE, Mariana Barbosa; LEUZINGER, Marcia Dieguez (coord.). **Direito dos desastres: meio ambiente natural, cultural e artificial**. Brasília: UniCEUB: ICPD, p. 11-32, 2020.

CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. **Harvard Law Review**. v. 89, n. 7, 1976.

CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; MENESES Felipe. A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, 2019.

CLÈVE, Merlin Clèmerson; LORENZETTO, Bruno Meneses. A jurisdição constitucional no século XXI entre processo e substância: um olhar sobre a experiência americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos** (Online), v. 20 n. 3, 2015.

CUMMING, Scott L. RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. *Fordham Urban law Journal*, v. 36, n. 4. P. 603-652, 2009

DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro. Impactos transnacionais da tutela coletiva norte-americana: como a crise das class actions levou o Brasil a optar pela tutela pluri-individual. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello (Coord). **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DIDIER JR., Fred; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DIDIER JR., Fred. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Hermes; OLIVEIRA Raphael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 303, 2020.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Raphael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 303, 2020.

DIDIER, Fredie; ZANETI JR, Hermes; ALEXANDRIA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, v.8, n.1, p. 46-64, jan/abril, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4. p. 63-632.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FISS, Owen M. The Allure of Individualism. *Yale Law Review*. v. 78. 1992/1993. p. 965-979. Disponível em: <<https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/Allure.pdf>>. Acesso em 15.02.2022.

FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

FREITAS, Hyndara. **Coronavírus: STF derruba liminar de Marco Aurélio que conclamava por medidas a presos**. (Online). Brasília, Portal Jota, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/coronavirus-stf-derruba-liminar-de-marco-aurelio-queconclamava-por-medidas-a-presos-18032020>. Acesso em: 10 fev. 2022.

GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade**. Salvador: Juspodivm, 2020.

GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo de. STF, povos indígenas e Sala de Situação: diálogo ilusório. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, 2021, p. 2197-2200. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/61730/39037>. Acesso em: 15 fev. 2022.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Ano VII, n. 14, p. 9-68. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1/2>. Acesso em 24 de ago. 2021.

GRELLET, Fabio. **Letalidade da polícia do RJ sobe 18,5% na comparação com 2018**. Portal Terra (Online), 22 out. 2019. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/letalidade-da-policia-do-rj-sobe-185-na-comparacao-com-2018,62051f4e8ce2d7b5647d586a2fc544c7lrx7wvfz.html>. Acesso em: 15 fev. 2022.

HENSLER, Deborah R. Of Groups, Class Actions, and Social Change: Reflections on From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action, 61 *UCLA L. Rev. Discourse*, 126 - 135 (2013)

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” **Estudios Constitucionales**, v. 1. n.1. 2003.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na Jurisdição Constitucional: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2021.

JOBIM, Marcos Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: Origem em Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

JUNIOR, Ulisses Lopes de Souza. Nem os Juízes são cientistas nem os Tribunais são Laboratórios: In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 3ª ed, p. 117-1133, 2021.

KLUGE, César Henrique; VITORELLI, Edilson. O processo estrutural no âmbito do sistema interamericano: reflexões a partir do caso *Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala*. In: VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes. **Casebook de Processo Coletivo**. Vol. II. São Paulo: Almedina, 2020, p. 373-410.

KOZICKI, Katya; BROOCKE, Bianca M. Shneider van der. O “compromisso significativo” (meaningful engagement) e a promoção do pluralismo democrático na concretização judicial dos direitos fundamentais sociais na África do Sul, **Revista Espaço Jurídico**, n. 2, jul/dez/2019. Dis[onível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/18445>. Acesso em: 12 fev. 2022.

LAGE, Daniel Dore; BRUGGER, Andrey da Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**, v.3, n. 2, p. 193-240, 2017. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/issue/view/1553>. Acesso em: 12 set. 2021.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, 2012.

LEGALE, Siddharta; MARTINS, Alisson Silva. Parâmetros para o acesso à justiça em um estado de coisas inconstitucional: a dignidade dos encarcerados e a ação civil pública de Uruguaiana. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 224-247.

LEITÃO, Matheus. **Conflito entre general Heleno e indígenas no gabinete de crise**. Revista Veja (Online), São Paulo, 17 jul. 2020, Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/matheus-leitao/conflito-entre-general-helena-e-indigenas-no-gabinete-de-crise/>. Acesso em 05 fev. 2022.

MAIA, Maurilio Casas. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no direito do consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. **Revista dos Tribunais**. (Online), São Paulo, n. 986, dez. 2017. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/retrieve/119436/Maur%20Casas%20Maia.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018. p. 45.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Compliance judicial: por que e como aferir a efetividade de decisões estruturais**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 45, 2011.

MULLENIX, Linda. O fim do processo coletivo tal como o conhecemos: repensando a *class action* norte-americana. Tradução realizada por Bruno Dantas. **Revista de Processo**, v. 283, 2018.

MURALIDHAR, s; DESAI, Ashok H. Public Interest Litigation: Potential and Problemas. In: B.N. Kirpal et al. (orgs.), **Supreme but not Infallible - Essays in Honour of the Supreme Court of India**. New Delhi: Oxford University Press, 2000, p. 159. Disponível em: <http://www.ielrc.org/india/litigation.php>. Acesso em: 11 fev. 2022.

NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. Harvard journal of law and public policy. Vol. 7, n. 2, 1984

NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

PATEL FILHO, Nicola. **O estado de coisas inconstitucional sob a perspectiva da omissão parcial**. (Online). [S.l]: Portal Empório do Direito, 28 fev. 2016. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-estado-de-coisas-inconstitucional-sob-a-perspectiva-da-omissao-parcial-parte-1>. Acesso em 08 ago. 2020.

RAMOS, Sílvia. Máquina de Matar: segurança no Rio de Janeiro, um padrão para não copiar. Portal Folha/UOL, 07 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/11/maquina-de-matar.shtml>. Acesso em: 18 fev. 2022.

RENDELMAN, Doug. **Complex Litigation: injunctions, structural remedies, and contempt**. New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2010.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU n. 559 de 1997**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em 12 set. 2021.

RODRIGUES GARAVITO, César; RODRIGUEZ-FRANCO, Diana. **Radical deprivation on trial: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in the global South**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição. **Revista de Processo**, v. 275, 2018.

RODRIGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. **Guía para Implementar Decisiones sobre Derechos Sociales: estrategias para lo jueces, funcionarios y activistas**. Bogotá: DeJusticia, 2014, p. 43. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_589.pdf. Acesso em 07 fev. 2022.

RODRIGUEZ GARAVITO, César; RODRIGUEZ FRACO, Diana. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia**. 1. Ed. Bogotá: Dejusticia, 2010.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008, p. 39-157.

SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Destabilization Rights: *How Public Law Litigation Succeeds*. **Harvard Law Review**, 2004, v. 117, p. 1.073. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1824&context=faculty_scholarship. Acesso em: 13 fev. 2022.

SANDLER, Ross; SCHOENBROD, David. **Democracy by decree**. New Haven: Yale University Press, 2003.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

STRAPAZZON, C. L.; TRAMONTINA, Robson. Direitos Fundamentais Sociais em Cortes Constitucionais: O Caso Grootboom. *Social Rights In Constitutional Courts: Grootboom's Case – Translation And Remarks*. **Espaço Jurídico**. Journal of Law, v. 17, n.1, 2016, p. 285-330. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ej1.v17i1.10347>. Acesso em: 10 fev. 2022.

STURM, Susan. A normative theory of public law remedies. *The Georgetown Law Journal*, v. 79, 1990-1991.

TARUFFO, Michele. Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective. **Duke Journal of Comparative & International Law**, n. 11, p. 405-422, 2001.

TIME MAGAZINE. **Prison: Hell in Arkansas**. (Online), 9 fev. 1968. Disponível em: <http://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,844402,00.html>. Acesso em 30 ago. 2021.

TUSHNET, Mark. *Reflection on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century*. **NUJS Law Review**, n. 177, abr/jun, 2011, p.177-187. Disponível em <http://nujlawreview.org/wp-content/uploads/2016/12/mark-tushnet.pdf>. Acesso em 08 fev. 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. Constitucionalismo Cooperativo ou a supremacia do Judiciário? **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo-SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de nov. de 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2209.pdf. Acesso em: 14 fev. 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio. Estado de coisas inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para construção de uma resposta adequada. In: BOLONHA, Carlos; BONIZATTO, Luigi; MAIA, Fabiana (Coords.). **Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: JusPodivm, 2021.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Sangeles School Case. **UCLA Law Review**, vol. 25, 1977.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.