

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BIANCA M. SCHNEIDER VAN DER BROOKE

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E *MANAGERIAL JUDGING*:
GESTÃO JUDICIAL ATIVA E DIALÓGICA NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIIS**

CURITIBA

2020

BIANCA M. SCHNEIDER VAN DER BROOKE

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E *MANAGERIAL JUDGING*:
GESTÃO JUDICIAL ATIVA E DIALÓGICA NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS**

Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de concentração: Direito Socioambiental e Sustentabilidade.

Linha de Pesquisa: Justiça, Democracia e Direitos Humanos.

Orientadora: Profa. Dra. Katya Kozicki.

CURITIBA

2020

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Pamela Travassos de Freitas – CRB 9/1960

V217e 2020	<p>Broocke, Bianca M. Schneider van der</p> <p>Estado de coisas inconstitucional e <i>managerial judging</i> : gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais / Bianca M. Schneider van der Broocke ; orientadora: Katya Kozicki. – 2020. 203 f. : il. ; 30 cm</p> <p>Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020 Bibliografia: f. 193-202</p> <p>1. Direito constitucional. 2. Democracia. 3. Democracia deliberativa. 4. Políticas Públicas. 4. Revisão judicial. I. Kozicki, Katya. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>Doris 4. ed. – 341.2</p>
---------------	---

BIANCA M. SCHNEIDER VAN DER BROOCKE

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E *MANAGERIAL JUDGING*:
GESTÃO JUDICIAL ATIVA E DIALÓGICA NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS**

Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professora Doutora Katya Kozicki – PUCPR (orientadora)

Professora Doutora Melina Girardi Fachin – UFPR

Professor Doutor William Soares Pugliese – Unibrasil

Professor Doutor Carlos Alexandre de Azevedo Campos – UERJ

Professor Doutor Jorge Ernesto Roa Roa – *Universidad Externado de Colombia*

Curitiba, 17 de março de 2020.

A Alexandre, Beatriz e Laura.

AGRADECIMENTOS

Terminar um doutorado não é uma tarefa fácil, exige percorrer um longo caminho, repleto de desafios, descobertas, renúncias e aprendizados. E para essa estrada, não vamos sozinhos, levamos conosco os nossos afetos mais caros, aqueles com quem convivemos e compartilhamos a vida, todos os dias. Na bagagem, vão os nossos sonhos, compromissos familiares, sociais, profissionais. Mas para quem é pesquisadora e mãe, também vai o gratificante peso da irredutível dedicação aos nossos amores incondicionais. Por isso, em primeiro lugar, eu agradeço ao meu maior e melhor companheiro de viagem, Alexandre, pelo apoio irrestrito, incentivo sincero e amor paciente de todas as horas. Sem você, o impossível jamais se tornaria possível. Agradeço também às minhas filhas Beatriz e Laura, meus motivos para continuar sempre em frente.

Deixo aqui registrada minha gratidão à Katya Kozicki, minha orientadora, que mesmo antes de me conhecer, aceitou me acompanhar durante esse percurso. Obrigada pela amizade, por acreditar, incentivar, inspirar, compartilhar e, principalmente, por fazer tudo isso com afeto e dedicação.

Aos meus caros amigos do PPGD, que dividiram comigo os sabores e dissabores desses quatro anos de estudos, deixo o meu muito obrigada pela parceria, pela convivência alegre, pelas conversas nos corredores e cabines da PUCPR, pelo papo no cafezinho e pelos brindes por aí fora. Agradeço em especial às minhas queridas Maria Helena, Camila, Ana Olsen e Anna Luísa, porque sem vocês nada seria como foi.

Meus agradecimentos ainda aos amigos da UFPR e do Núcleo Constitucionalismo e Democracia, com quem também tive o prazer de partilhar ideias, experiências e aprendizados durante esse processo.

E, por fim, fica o meu reconhecimento ao Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da CAPES, pelo apoio financeiro à minha pesquisa.

“Essa gente nada fez por meu destino, por minha educação, por minha formação, para me fazer melhor, para fazer de mim um homem. Essa gente não me deu de comer nem de beber, não me visitou no calabouço vazio, e eis que agora me manda para os trabalhos forçados. Estamos quites, agora não lhe devo nada nem devo nada a ninguém para todo o sempre. Ela é má, e eu serei mau, ela é cruel, e eu serei cruel”.

(Fietiukóvitch, advogado de defesa de Dimitri Fiódorovitch, em *Os Irmãos Karamázov*, de Fiódor Dostoiévski)

RESUMO

O presente trabalho trata da migração da doutrina colombiana do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) para a jurisprudência brasileira na ADPF 347/2015, ainda pendente de julgamento de mérito. A contextualização desse tema remete ao estudo dos denominados “litígios estruturais” e do modelo de intervenção judicial que esse tipo de demanda exige. A identificação dessa nova categoria de litigância teve origem no paradigmático caso *Brown vs. Board of Education* de 1954 e nos seus desdobramentos para a tutela jurisdicional de viés coletivo e interesse público nos Estados Unidos, que vieram a influenciar mais tarde o ativismo de cortes constitucionais do Sul Global. Destarte, a fim de expor o que o emprego do ECI significa para a jurisdição constitucional brasileira e quais são as expectativas possíveis em relação à atuação do STF na sua superação, empreende-se a pesquisa do direito comparado valendo-se da metodologia “culturalista” de Pierre Legrand. Ao se avaliar a trajetória dos processos estruturais no direito estadunidense, desde as peculiaridades do seu surgimento até o ápice do seu amadurecimento nos casos da *Prision Reform Litigation* nos anos de 1990, verifica-se que o modelo de atuação judicial aos poucos guinou de uma abordagem “*top-down*”, com um regime de imposição de regras fixas, numa intervenção corretiva do tipo comando-e-controle, para um modelo de regulamentação experimental, pautado na ideia de gestão processual catalisadora, que enfatiza a deliberação entre as partes interessadas, a eficiência e a transparência. Da mesma forma, analisando-se as experiências da Corte Constitucional da Colômbia e da África do Sul na solução de litígios estruturais, procura-se demonstrar que as opções tomadas pelos juízes nesses processos variam de acordo com o contexto sócio-político, jurídico e institucional local, mas a análise comparativa entre o grau de efetividade das sentenças aponta para o ativismo experimental e dialógico como modelo ideal. Voltando-se o olhar para o cenário brasileiro, a tese rejeita a ideia de que intervenções judiciais estruturais somente possam acontecer no âmbito de competência exclusiva do STF, afirmando a possibilidade de processos estruturais também na jurisdição ordinária. Argumenta-se, ademais, que o emprego de mecanismos participativos e deliberativos para a implementação das medidas estruturais na fase pós-julgamento é a peça chave para que processos dessa natureza sejam eficazes. Diante desse quadro, defende-se a adoção de uma abordagem judicial catalisadora deliberativa como caminho de efetividade na solução da ADPF 347/2015, que reconheceu o ECI do sistema carcerário e que pode servir de “*leading case*” para processos estruturais em outras searas. Por fim, considerando que a pedra de toque dessa forma de gestão judicial ativa e dialógica é a abertura da jurisdição constitucional à participação social, sugere-se o redesenho do atual padrão de Audiências Públicas adotado pelo STF, tomando como parâmetro a prática das “Audiências de Gestão Democrática de Processos” já consolidada no âmbito do direito privado nacional.

Palavras-chave: Litígios Estruturais. Estado de Coisas Inconstitucional. Ativismo Dialógico. Experimentalismo. Gestão Democrática do Processo.

ABSTRACT

The present dissertation addresses the migration from the Colombian doctrine, entitled “Unconstitutional State of Affairs” (ECI in the native language), to the Brazilian case law in the ADPF 347/2015, which is still pending of judgment. The contextualization of this theme refers to the study of the so-called "structural litigation" and the model of judicial intervention that this type of lawsuit requires. The identification of this new category of litigation arose from the paradigmatic case *Brown vs. Board of Education* (1954) and its consequences for the public law litigation in the United States, which later influenced the activism of constitutional courts in the Global South. Therefore, in order to expose what the use of ECI means for the Brazilian constitutional jurisdiction and what are the possible expectations regarding STF's role in overcoming it, a comparative law research is carried out using Pierre Legrand's “culturalist” methodology. When evaluating the trajectory of structural injunctions in USA, from the peculiarities of its emergence to the top of its maturity in the *Prison Reform Litigation* cases (1990), it is possible to verify that the model of litigation has shifted. It moved from a top-down approach, that is, an enforcement regime with fixed rules and a command-and-control corrective intervention, to an experimental regulation model, based on the idea of a catalytic procedural management, which emphasizes deliberation among stakeholders, efficiency and transparency. In the same way, by analyzing the experiences of the Constitutional Court of Colombia and South Africa in resolving structural litigation, we seek to demonstrate that the options taken by judges in these cases vary according to the socio-political, legal and institutional local context, but the comparative analysis between the degree of effectiveness of the judicial sentences points to an experimental and dialogical activism as the ideal model. Looking at the Brazilian scenario, the thesis rejects the idea that structural injunctions can only take place within the exclusive jurisdiction of the Supreme Court, affirming the possibility of judicial structural proceedings also in lower courts. It is argued that the use of participatory and deliberative mechanisms for the implementation of structural orders in the post-trial phase is the key to an effective structural judicial intervention. Given this situation, the adoption of a catalyst deliberative approach is advocated as a path of effectiveness in the solution of ADPF 347/2015, which recognized the ECI of the prison system in Brazil and can also serve as a “leading case” for structural judicial interventions in other fields. Finally, considering that the cornerstone of this form of active and dialogical judicial management is the opening of the constitutional jurisdiction to public participation, it is suggested to redesign the current standard of Public Hearings adopted by STF and take the practice of “Democratic Management Hearings” as a parameter, which is already consolidated within the scope of national private law.

Keywords: Structural Reform Litigation. Unconstitutional State of Affairs. Dialogical Judicial Activism. Experimentalism. Democratic Case Management.

RESUMEN

El presente trabajo se propone en investigar la migración de la doctrina colombiana del “Estado de las Cosas Inconstitucional” (ECI) a la jurisprudencia brasileña en la ADPF 347/2015, aún pendiente de juicio de mérito. La contextualización de este tema remite al estudio de los denominados “litigios estructurales” y del modelo de intervención judicial que ese tipo de demanda requiere. La identificación de esta nueva categoría de litigación tuvo origen en el paradigmático caso *Brown vs. Board of Education* de 1954 y en sus desdoblamientos para la tutela jurisdiccional de sesgo colectivo e interés público en Estados Unidos, que, después, vieron a influenciar el activismo de cortes constitucionales del Sur Global. Por lo cual, con la finalidad de exponer lo que el empleo del ECI significa para la jurisdicción constitucional brasileña y cuáles son las expectativas posibles en cuanto a la actuación del STF en su superación, se emprende la investigación del derecho comparado valiéndose de la metodología “culturalista” de Pierre Legrand. Al evaluar la trayectoria de los procesos estructurales en el derecho estadounidense, desde las peculiaridades del su surgimiento hasta el ápice de su madurez en los casos de la *Prisión Reform Litigation* en los años 1990, se observa que el modelo de la actuación judicial poco a poco se desvió de un enfoque “*top-down*”, con un régimen de imposición de reglas fijas, en una intervención correctiva del tipo mando-y-control, para un modelo de regulación experimental, basado en la idea de la gestión del proceso catalizador, que hace hincapié en la deliberación entre las partes interesadas, la eficiencia y la transparencia. Del mismo modo, analizando las experiencias de la Corte Constitucional de Colombia y Sudáfrica en la resolución de litigios estructurales, se busca enseñar que las opciones tomadas por los jueces, en esos procesos, varían en concordancia con que el contexto sociopolítico, jurídico e institucional local, pero el análisis comparativo entre el grado de efectividad de las sentencias apunta el activismo experimental y dialógico como modelo ideal. Volviéndose la mirada hacia en escenario brasileño, la tesis rechaza la idea de que intervenciones judiciales estructurales solo puedan suceder en el ámbito de la competencia exclusiva del STF, afirmando la posibilidad de procesos estructurales también en la jurisdicción ordinaria. Se argumenta, además, que el empleo de mecanismos participativos y deliberativos para la aplicación de las medidas estructurales en la fase posterior al juicio es la clave para que tales procesos sean eficaces. Ante este marco, se defiende la adopción de un enfoque judicial catalizador deliberativo como camino de efectividad en la solución de la ADPF 347/2015, que reconoció el ECI del sistema carcelario y que puede servir de “*leading case*” para procesos estructurales en otros ámbitos. Por último, considerando que el parámetro de ese modo de gestión judicial activa y dialógica es la apertura de jurisdicción constitucional a la participación social, se sugiere el rediseño del actual estándar de Audiencias Públicas adoptado por el STF, tomando como criterio la práctica de las “Audiencias de Gestión Democrática de Procesos” ya consolidada en el ámbito del derecho privado nacional.

Palabras clave: Litigios Estructurales. Estado de Cosas Inconstitucional. Activismo Dialógico. Experimentalismo. Gestión Democrática de Procesos.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1 – Comparação das sentenças estruturais da Corte Constitucional da Colômbia.....	95
Quadro 2 – Comparação das sentenças estruturais das Cortes Constitucionais da Colômbia e da África do Sul.....	117

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 LITÍGIOS ESTRUTURAIS NO CONTEXTO ESTADUNIDENSE: ORIGENS E PERSPECTIVAS DE UMA GESTÃO JUDICIAL ATIVA E DIALÓGICA.....	19
2.1 SEGREGAÇÃO RACIAL E <i>JUDICIAL REVIEW</i> NOS ESTADOS UNIDOS: O CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL QUE DÁ ORIGEM A <i>BROWN VS. BOARD OF EDUCATION</i>	22
2.2 <i>BROWN VS. BOARD OF EDUCATION</i> NA SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE: O <i>LEADING CASE</i> DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS E AS “NOVAS” (VELHAS) FORMAS DE <i>JUDICIAL REMEDY</i>	29
2.3 A <i>PRISION REFORM LITIGATION</i> E O <i>MANAGERIAL JUDGING</i> : AS NOVAS TAREFAS GERENCIAIS PARA UMA GESTÃO JUDICIAL ATIVA.....	42
2.4 OS MODELOS DE GESTÃO JUDICIAL E A EFICIÊNCIA DA ABORDAGEM CATALISADORA: POR UM PROCESSO DELIBERATIVO PARA A FORMULAÇÃO DA REFORMA ESTRUTURAL.....	48
2.5 EXPERIMENTALISMO E <i>ACCOUNTABILITY</i> JUDICIAL: DIREITOS DE DESESTABILIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA MODERNA <i>STRUCTURAL REFORM LITIGATION</i>	56
3 LITÍGIOS ESTRUTURAIS NO CONTEXTO DO SUL GLOBAL: CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E ATIVISMO DIALÓGICO DA COLÔMBIA À ÁFRICA DO SUL.....	63
3.1 LITÍGIOS ESTRUTURAIS E PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA COLÔMBIA: A TOMADA DE DECISÃO PARTICIPATIVA E O SURGIMENTO DA DOUTRINA DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”.....	68
3.2 O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” DOS <i>DESPLAZADOS</i> : A <i>SENTENCIA T-025/2004</i> COMO PARADIGMA PARA UMA GESTÃO JUDICIAL ATIVA E DIALÓGICA.....	78
3.3 ATIVISMO DIALÓGICO E <i>EXPERIMENTALIST REGULATION</i> : A MESMA FACE DA MESMA MOEDA E O VALOR DA ABORDAGEM JUDICIAL CATALISADORA DELIBERATIVA.....	86
3.4 ATIVISMO DIALÓGICO ENTRE A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: LEGITIMIDADE E <i>ACCOUNTABILITY</i> JUDICIAL NA RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS.....	96

3.5	CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E <i>ACTIVE JUDICIAL MANAGEMENT</i> NA ÁFRICA DO SUL: O “ <i>MEANINGFUL ENGAGEMENT</i> ” E OS IMPACTOS DA TOMADA DE DECISÃO PARTICIPATIVA.....	106
4	LITÍGIOS ESTRUTURAIS E REVISÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: DO MONÓLOGO AO DIÁLOGO E DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” À GESTÃO DEMOCRÁTICA DO PROCESSO.....	121
4.1	REVISÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS NO BRASIL: DA JUSTIÇA INDIVIDUAL À COLETIVA E AO LARGO DO DIÁLOGO.....	124
4.2	LITÍGIOS ESTRUTURAIS ENTRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E O ABSTRATO: POSSIBILIDADES E LEGITIMIDADE DO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL BRASILEIRO.....	137
4.3	LITÍGIOS IRRADIADOS DE REFORMA ESTRUTURAL E O <i>MANAGERIAL JUDGING</i> TRADUZIDO EM “ <i>TOWN MEETINGS</i> ”: PERSPECTIVAS PARA UMA NOVA RACIONALIDADE PROCEDIMENTAL E O (NOVO) PAPEL DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.....	147
4.4	A ADPF 347 E O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: O <i>LEADING CASE</i> DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS E AS (POSSÍVEIS) EXPECTATIVAS EM TORNO DA ATUAÇÃO DO STF.....	163
4.5	PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA E LIÇÕES DE <i>CASE MANAGEMENT</i> : A POSSÍVEL APLICAÇÃO DO MODELO DE “GESTÃO DEMOCRÁTICA DO PROCESSO” NA SUPERAÇÃO DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”.....	176
5	CONCLUSÃO.....	190
	REFERÊNCIAS.....	193
	ANEXOS.....	203

1 INTRODUÇÃO

Em setembro de 2015 o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de um “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) no sistema carcerário brasileiro, quando da análise do pedido de medida cautelar suscitado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, ainda pendente de julgamento. Referido instituto é construção da jurisprudência colombiana, mas representa uma nova classe de “ativismo judicial”¹ que vem sendo observada em países do Sul Global para a resolução dos denominados “litígios estruturais”. Esse tipo de controvérsia judicial se vê configurada quando há a identificação de uma situação de reiterada violação de direitos fundamentais de um número plural de pessoas, decorrente da inércia ou inadequação do agir estatal e institucional na concretização de políticas públicas², que exija a adoção de medidas complexas (ou estruturais) para a sua superação.

A “migração constitucional”³ do ECI para a jurisprudência brasileira instigou o debate acadêmico em torno dos riscos oriundos da possibilidade desse instituto resultar em mais uma forma de prática ativista do Supremo Tribunal Federal. Os posicionamentos mais pessimistas levantaram questões acerca da vagueza do conceito, que daria ensejo a subjetivismo e arbítrio judicial, ecoando objeções acerca da falta de legitimidade democrática e institucional dessa corte para interferir na esfera de competência dos demais poderes para a formulação e implementação de políticas públicas. Além disso, afirmaram a falibilidade do uso desse mecanismo procedimental no próprio contexto colombiano. Opiniões otimistas, por sua vez, se orientam no sentido de que se empregado nos estritos moldes de como aconteceu nos casos

¹ O termo “ativismo judicial” é aqui empregado no sentido de uma mudança comportamental por parte dos integrantes do Poder Judiciário, em prol de um protagonismo institucional, que se vislumbra no quadro de expansão do papel das Cortes Constitucionais em várias partes do mundo, mediante a interferência em questões sociais e políticas antes atinentes aos Poderes Executivo e Legislativo.

² É a partir do conceito formulado por Maria Paula Dallari Bucci que se emprega o termo “política pública” no presente trabalho, *in verbis*:

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39).

³ Aqui utilizando o conceito de Virgílio Afonso da Silva, para quem a migração (ou “empréstimo”) de ideias constitucionais significa a integração horizontal entre ordens jurídicas nacionais, por meio do diálogo entre tribunais, isto é, do livre câmbio de experiências, ideias, critérios interpretativos e teorias constitucionais (SILVA, Virgílio Afonso. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 519-524).

de sucesso na Corte Constitucional da Colômbia, o ECI teria o potencial de promover uma intervenção judicial estrutural e dialógica, pautada pela cooperação e deliberação entre todos os envolvidos, em busca de soluções efetivas.

Esse trabalho se alinha à segunda posição, buscando apresentar respostas a algumas das questões levantadas em desfavor do instituto. Os direitos fundamentais, a democracia e a jurisdição constitucional representam certamente os três pilares do constitucionalismo contemporâneo e o Brasil não fica de fora desse contexto. A existência de desacordos sobre o correto balanço entre a proteção das minorias e dos direitos individuais e valores políticos e sociais substantivos é natural e tem produzido frutíferas discussões doutrinárias, especialmente sobre questões envolvendo a legitimidade, utilidade e funcionamento do ativismo judicial. No entanto, a constatação da existência de litígios estruturais no país é um dado fático e tem cada vez mais chamado a atenção de uma (ainda) pequena parcela da doutrina, preocupada com a forma como deve se desenvolver a atividade jurisdicional que acarreta ingerências nas esferas de competência das autoridades representativas, no intento de promover desbloqueios políticos e institucionais. O tema também tem feito parte da agenda legislativa e inclusive ensejado algumas iniciativas pontuais em tribunais.

No país, assim como em boa parte da América Latina, a constitucionalização de direitos e liberdades fundamentais aliada ao fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade deu azo ao fenômeno da judicialização da política, passando questões de grande repercussão política ou impacto social a serem levadas ao Poder Judiciário e não ao Estado-Legislator ou ao Estado-Administração, enquanto representantes eleitos do povo. Em relação a obrigações de caráter prestacional derivadas dos direitos fundamentais, o Estado-juiz tem sido provocado em ações que se dirigem à efetivação e implementação das políticas estatais que não estão se concretizando de forma plena e satisfatória, como por exemplo nos casos que envolvem a “judicialização da saúde” (fornecimento de medicamentos, vagas em hospitais, fila de transplantes e etc.), a disponibilização de vagas em creches e escolas municipais e a falência da política pública carcerária.

Nesse campo, contudo, demandas individuais ou coletivas por prestações pontuais podem vir a resolver algumas das consequências, mas não a causa do quadro de inconstitucionalidade. Quando as falhas persistentes de política pública que contribuem para a violação de direitos fundamentais decorrem de ações inadequadas ou omissões reiteradas por parte do Poder Público, mostra-se necessária uma mudança na dinâmica organizacional dos entes envolvidos, que permita a institucionalização de um novo estado de coisas. Para tanto, os instrumentos processuais empregados na prática decisória habitual em sede de revisão

judicial de políticas públicas mostram-se insuficientes, já que direcionados a soluções definitivas e compensatórias que se exaurem por meio de ordens de dar, pagar, fazer ou não fazer. Uma demanda estrutural exige decisões voltadas para o futuro e que requerem criatividade e protagonismo do juiz no gerenciamento de um processo de execução complexo.

Destarte, o objetivo do presente estudo é dar continuidade à tarefa daqueles autores que se propuseram a desnudar a migrante doutrina colombiana do “Estado de Coisas Inconstitucional”, avaliando de forma crítica e situada o que a sua introdução na jurisprudência brasileira pode significar para a busca por soluções aos desafios que a tutela jurisdicional de direitos de cunho coletivo e interesse público, em sede de litígios estruturais, enfrenta.

Na Colômbia, a declaração de um ECI é uma das formas de resolução de litígios estruturais operadas pela Corte Constitucional e passou a ser utilizada no final do século XX, alcançando o seu auge na paradigmática *sentencia* T-025 de 2004, concernente à emergência humanitária causada pelo deslocamento forçado de famílias em meio ao conflito armado. A Corte Constitucional emitiu ordens flexíveis, deixando para os representantes do Estado a formulação das políticas e programas para o amparo dessa população vulnerável, bem como reteve a jurisdição e determinou a realização de Audiências Públicas periódicas para o monitoramento e deliberação contínuos sobre as medidas tomadas e o sucesso da sua implementação. Embora ainda não esteja completamente garantido o gozo efetivo dos direitos da população *despalazada* e o processo continue em andamento, esse modelo de intervenção judicial estrutural de caráter dialógico e deliberativo produziu consideráveis impactos em ralação aos demais casos em que foi declarado o ECI e a outras sentenças estruturais da mesma corte, como na T-760/2008, sobre falhas no sistema de saúde pública.

O desenvolvimento desse tipo de estratégia, no entanto, não é exclusividade da Corte Constitucional da Colômbia, mas sim faz parte de uma tendência atualmente observada na prática jurisdicional de outros países em desenvolvimento que enfrentam desafios semelhantes. Outros casos recentes e representativos de respostas judiciais consonantes com a ideia de um constitucionalismo cooperativo (ou dialógico), frequentemente citados pela doutrina nacional e internacional, se encontram na jurisprudência da Argentina, da África do Sul e da Índia. Contudo, o ponto de partida comum para o estudo de processos estruturais que refletem a necessidade da adoção de uma nova postura procedimental, de viés colaborativo, a fim de promover a reestruturação de instituições sociais ou políticas públicas, é o paradigmático julgamento da *class action* (ação coletiva) *Brown vs. Board of Education* que teve início em 1954 e os seus desdobramentos para a tutela jurisdicional de direito público

nos Estados Unidos. Foi a partir de *Brown* que, de forma pioneira, se identificou um novo tipo de litigância no país, que tinha como pano de fundo a necessidade de reformas em larga escala das organizações sociais que operavam de forma a violar a Constituição, denominada de *Structural Reform Litigation* (ou *Public Law Litigation*).

Os casos mais emblemáticos de reforma estrutural estadunidenses se inserem na chamada *Prision Reform Litigation*, que teve início com *Holt v. Sarver*, em 1969, no Estado do Arkansas. Foi nesse contexto que começou a surgir a necessidade do desenvolvimento de estratégias procedimentais adequadas à reestruturação a longo prazo e monitoramento de instituições públicas complexas, passando os juízes a desempenhar uma verdadeira função gerencial na fase de execução dos julgados. Não por acaso, esse novo modelo de ativismo judicial recebeu o nome de “*managerial judging*” e é nesse conceito que se encontram as lições que vieram a influenciar alguns tribunais superiores nacionais além fronteira, e também cortes internacionais de direitos humanos, que se depararam com o mesmo cenário anos mais tarde.

O empréstimo do ECI colombiano para a jurisprudência brasileira representa um passo importante na inserção do país no cenário de integração e diálogo horizontal entre ordens jurídicas dos países da América Latina e destes para com o Norte Global. Além disso, aponta para o reconhecimento da crise do sistema carcerário pátrio como um problema estrutural, que demanda uma gestão judicial diferenciada, estabelecendo um diálogo vertical com a percepção que Corte Interamericana de Direitos Humanos vem externando a respeito do tema, desde o litígio envolvendo o “Presídio Urso Branco”, de Porto Velho/RO, no início dos anos 2000.

Assim, a questão que se coloca é como o STF, inspirado por essas técnicas decisórias inovadoras, pode desenvolver uma solução contextualizada e compatível com o sistema jurídico local, para o litígio estrutural contido no bojo da ADPF 347/2015 e que sirva de marco-analítico a conformar a intervenção judicial estrutural em outras searas do direito público brasileiro?

Partindo dessa perspectiva, é valendo-se da obra de Pierre Legrand como referência metodológica, cuja abordagem culturalista tem como substrato o pensamento do “mais de um”, que fundamenta a filosofia da desconstrução de Derrida,⁴ que se orienta o presente trabalho de direito comparado. A linha de argumentação adotada neste estudo reflete as pré-compreensões da comparatista construídas com base na “análise diferencial das jurisculturas”,

⁴ LEGRAND, Pierre. *Como ler o Direito Estrangeiro*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 49.

a fim de tornar explícito aquilo que é característico dos sistemas jurídicos estrangeiros eleitos como possíveis nortes para a empreitada brasileira.

Para Legrand, ao contrário do que pensam os comparatistas que defendem a ideia de similaridade, não existem sistemas jurídicos que sejam os mesmos, práticas jurídicas que sejam iguais ou valores jurídicos que existam de forma compartilhada. A partir da ideia de alteridade jurídica, o estudo comparado deve se comprometer a constatar a singularidade (ainda que plural) do Direito. Cada ordenamento jurídico “responde às expectativas nacionais, que podem ser explicadas historicamente mediante o recurso a conceitos como a ‘cultura’ e a ‘tradição’”, referindo-se, portanto, a uma “episteme” (estrutura sócio-histórica do saber) específica.⁵ E, é a partir desse estranhamento que começa o caminho em busca de respostas ao questionamento que orienta esta tese.

A primeira seção de caráter predominantemente descritivo, busca contextualizar o surgimento dos litígios estruturais e o progresso do novo modelo de intervenção judicial a eles atrelado. Inicialmente, apresenta-se o quadro de transformações históricas e sociais que dão origem ao “*leading case*” *Brown vs. Board of Education*, evidenciando-se que as sentenças estruturais para a reformas em instituições públicas nascem da quebra de dois paradigmas. O primeiro, concernente à ampliação do papel da Suprema Corte estadunidense em relação à interpretação da cláusula constitucional de igual proteção, no que tange aos grupos vulneráveis a perversões do sistema democrático majoritário. O segundo, referente à constatação de que o processo judicial não é independente da substância, ou seja, dos direitos substantivos subjacentes ao litígio e, portanto, também deve se adequar às mudanças no cenário social.

Como ficará claro, o aparecimento e disseminação de *structural reform litigation* passa a exigir novas tarefas gerenciais para uma gestão judicial ativa e, no desenvolvimento dessa nova forma de adjudicação de direito público, se vislumbra a guinada de uma abordagem “*top-down*”, com um regime de imposição de regras fixas, numa intervenção corretiva do tipo comando-e-controle, para um modelo de regulamentação experimental, pautado na ideia de gestão processual catalisadora, que, por sua vez, enfatiza a deliberação entre as partes interessadas, a eficiência e a transparência.

A segunda seção parte do viés descritivo para o propositivo. Nela se empreende a análise de intervenções judiciais estruturais no contexto do Sul Global, elegendo-se como ponto de referência a Colômbia, país de origem do ECI, e a África do Sul, cuja Corte

⁵ *Ibid*, p. 23-30.

Constitucional também merece destaque no desenvolvimento de mecanismos procedimentais criativos para a tutela jurisdicional de direitos fundamentais. Demonstra-se que a cultura da tomada de decisão participativa, que norteia o constitucionalismo transformador colombiano, é um fator crucial para a atuação da Corte Constitucional Colombiana, inclusive no que diz respeito à criação da doutrina do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI). Verifica-se que o grau de efetividade deste instrumento ou de outras formas de intervenção judicial estrutural dessa corte está diretamente ligado ao emprego de um modelo de ativismo pautado na promoção da prática dialógica entre os ramos do Poder, a fim de superar a inação e a falta de coordenação entre as instituições relevantes, bem como o processo de monitoramento contínuo do cumprimento da sentença com o favorecimento do debate – a uma ampla variedade de atores governamentais e não governamentais – sobre os procedimentos a serem adotados e a implementação das políticas públicas para concretização dos direitos fundamentais envolvidos.

Ao se estudar os litígios estruturais na África do Sul, onde também vigora um constitucionalismo transformador, pautado pela ideia de que as esferas de Poder têm que consultar as partes afetadas pelas suas políticas públicas, realiza-se a análise comparativa entre as sentenças estruturais dos dois países, vendo-se reforçado o argumento no sentido de que o ativismo dialógico instrumentaliza maior eficácia aos remédios judiciais. Afirma-se, ademais, que tal modelo é compatível com a ideia de *experimentalist regulation* apresentada na seção anterior, já que propugna o desenvolvimento de mecanismos participativos e deliberativos para a implementação das medidas estruturais na fase de execução do julgado, sendo essa a peça chave para uma intervenção judicial estrutural exitosa.

A terceira seção, finalmente, vai da proposição à disposição, sendo dedicada à situar o “meu direito” em relação aos litígios estruturais e à abertura do sistema jurídico brasileiro a novas técnicas decisórias nesse campo. Voltando-se o olhar para o cenário do controle judicial de políticas públicas no Brasil, a tese rejeita a ideia de que intervenções judiciais estruturais somente sejam possíveis no âmbito de competência exclusiva do STF, afirmando a existência de litígios estruturais e a possibilidade de processos estruturais também na jurisdição ordinária. Argumenta-se que o atual regime processual civil permite interpretações que são harmônicas com as necessidades dos provimentos dessa natureza, mas não resolve o problema da abertura da jurisdição à participação social para a construção conjunta de soluções eficientes e adequadas à complexidade das demandas de reforma estrutural. O formato das Audiências Públicas deve ser revisto a fim de que se configurem em um ambiente processual de efetiva participação de representantes da sociedade civil, no planejamento e avaliação das

ações a serem tomadas ao longo da implementação das medidas estruturais. Defende-se a adoção de uma abordagem judicial catalisadora deliberativa como caminho de efetividade para a resolução dos litígios estruturais no Brasil e considera-se que a ADPF 347/2015, em que se reconheceu o ECI do sistema carcerário, pode servir de “*leading case*” para intervenções judiciais estruturais em outras esferas de jurisdição no país. Por fim, tendo como norte a perspectiva de *managerial judging* construída ao longo da tese, sugere-se o redesenho do atual padrão de Audiências Públicas adotado pelo STF, tomando como parâmetro a prática das “Audiências de Gestão Democrática de Processos” já consolidada no âmbito do direito privado nacional.

Rematando, por se tratar de um estudo de direito comparado, alguns esclarecimentos metodológicos são necessários. Para uma leitura “culturalista” do direito estrangeiro, optou-se, na medida do possível, pela utilização de autores pertencentes às “jurisculturas” em análise. Assim, na primeira seção o referencial teórico vem dos Estados Unidos, na segunda seção, da Colômbia e da África do Sul e, na terceira seção, do Brasil. No mesmo intuito, muitas passagens reproduzidas na forma de citações diretas foram mantidas na língua original, assim como termos e expressões que não encontram significado análogo na língua portuguesa. E, nas eventuais traduções realizadas no correr do texto, foram escolhidas de forma intuitiva as palavras que melhor expressam o seu significado para a compreensão do leitor brasileiro.

2 LITÍGIOS ESTRUTURAIS NO CONTEXTO ESTADUNIDENSE: ORIGENS E PERSPECTIVAS DE UMA GESTÃO JUDICIAL ATIVA E DIALÓGICA

Como afirma Andrés Mauricio Gutiérrez Bletrán, “*las sentencias estructurales no reclaman del Estado actos de abstención, sino un compromiso más enérgico para la realización de ambiciosas transformaciones sociales.*”⁶ Segundo o autor colombiano, que desenvolve na sua tese de doutoramento a edificação de uma teoria geral dos litígios estruturais, os fatores predominantes que concorrem para o surgimento desse tipo de demanda são a mobilização legal realizada por aqueles que sofrem a violação de seus direitos e pelas organizações sociais que respaldam essas reclamações, bem como a existência de uma cultura jurídica propícia para o envolvimento dos juízes em âmbitos tradicionalmente reservados à política.⁷

Nos Estados Unidos, onde foram pioneiramente identificados, os litígios estruturais tiveram origem em um novo momento político e constitucional, que teve início com os princípios estabelecidos nas práticas de *Welfare State* do *New Deal*, que passaram a ser implementadas por Roosevelt a partir de 1933. Nesse contexto, em 1937, a *opinion* lançada pela Suprema Corte dos Estados Unidos na *footnote 4*, do caso *United States v. Carolene Products Co.*, denota o primeiro passo para o que Bruce Ackerman denominou de esforço de redefinição intergeracional dos significados da Constituição,⁸ ao deixar claro que havia muito mais no ideal de liberdade individual, como instrumento para uma sociedade mais justa, do que a simples proteção do livre mercado. Embora essa interpretação não tenha implicado em uma efetiva mudança em relação à postura abstencionista do Estado, característica do constitucionalismo estadunidense, acabou por eliminar algumas barreiras à eventual eleição de uma agenda progressista pelo governo federal.

Essa abertura, somada ao surgimento do *Civil Rights Movement* e à pressão internacional do pós-Segunda Guerra Mundial, contra qualquer tipo de racismo e pelo reconhecimento e observância efetiva da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, compuseram o pano de fundo para uma campanha de litígios, encabeçada por organizações que lutavam pelos direitos dos afrodescendentes, contra as regras segregacionistas da chamada doutrina *separate but equal*, dentre os quais exsurge o paradigmático caso *Brown vs. Board of Education*.

⁶ BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutierrez. *El amparo estructural de los derechos*, Tese aprovada no Doutorado em Direito e Ciência Política da Universidade Autônoma de Madrid. Madrid, 2016, p. 03.

⁷ *Ibid*, p. 220.

⁸ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*, vol 1, Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 133.

Nessa *class action* (ação coletiva), em 17 de maio de 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a segregação no sistema público de ensino do Sul causava danos psicológicos e negava iguais oportunidades educativas aos negros, ferindo a *Equal Protection Clause* contida na Décima Quarta Emenda à Constituição. Referida decisão objetivava o fim de uma opressão intolerável e, ao longo dos anos, teve desdobramentos emblemáticos na jurisdição constitucional norte-americana, orientados por um ativismo judicial considerado progressista, a partir de uma interpretação desta cláusula de proteção no sentido de uma igualdade procedimental e também substancial, a ser norteadas por ações afirmativas em busca da invalidação das consequências prejudiciais da dominação hierárquica de alguns grupos sociais sobre outros⁹.

Além disso, inaugurou uma nova forma de atuação para a jurisdição constitucional, que se diferenciava do modo tradicional de resolução de disputas, por ter como escopo a implementação de reformas em larga escala nas instituições burocráticas do Estado, cujo funcionamento estava a ameaçar valores contidos na Constituição. Tal modelo de “adjudicação”¹⁰ em demandas de interesse público tomava corpo por meio de provimentos mandamentais (*injunctions*) diferenciados, baseados em diretrizes reconstrutivas e que partiam do pressuposto de uma relação de colaboração entre os juízes e as partes envolvidas, recebendo o nome de *structural injunctions*. Esse termo, que pode ser traduzido como “ordem estrutural”, “medida estruturante”, ou “medida estrutural”, e o seu *background*, atravessaram fronteiras juntamente com a disseminação do modelo de *judicial review* estadunidense, especialmente para as novas democracias constitucionais do Sul Global.

Nesses países, intervenções judiciais estruturais que buscam superar quadros complexos de inconstitucionalidade têm se revelado um instrumento decisivo para levar a cabo processos de transformação social, em contextos de desigualdade e déficit de proteção de direitos fundamentais, tornando-se uma das mais extremadas manifestações da judicialização da política na atualidade. Neste diapasão, distanciando-se das decisões que apenas impõem mudanças em relação a questões controversas e polêmicas para a sociedade,

⁹ WEST, Robin. Progressive and Conservative Constitutionalism. *Michigan Law Review*, vol. 88:641, 1990, p. 693-695.

¹⁰ Termo utilizado no presente trabalho no sentido genérico de atividade judicial, conforme seu emprego na linguagem de origem. Como explica Fiss, *adjudication* é o processo social por meio do qual os juízes dão sentido aos valores públicos do povo estadunidense (FISS, Owen M. The forms of justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979, p. 2). Na prática forense brasileira, o termo adjudicação geralmente faz referência à decisão judicial que determina que algo pertence ou deve ser transferido a alguém, como no caso de expropriação de bens do devedor, para satisfazer o direito do credor. Já o termo “judicação”, que talvez seja mais próximo, mas é de uso incomum, significa atividade judicial durante um processo. Da mesma forma “judicatura”, refere-se ao poder de julgar e ao exercício da função de juiz (GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). *Dicionário Técnico Jurídico*, São Paulo: Riddel, p. 44 e p. 378).

as sentenças estruturais têm acarretado uma ingerência permanente dos tribunais nas esferas de competência das autoridades representativas, no intento de moldar a ação pública do Estado, para assegurar a cessação da violação de direitos constitucionais.

Além disso, em geral, essas soluções têm oferecido respostas consonantes com os ideais do diálogo constitucional, que prometem minimizar as tradicionais objeções democráticas ao controle judicial de constitucionalidade, baseadas nas fracas credenciais democráticas do Poder Judiciário, ou no risco de que, ao impor a “última palavra”, afete o sentido e objeto da democracia constitucional, segundo o qual, as maiorias devem estar no centro da criação normativa.¹¹

A doutrina do “Estado de Coisas Inconstitucional” se insere nesse quadro, trazendo a lume o ativismo da Corte Constitucional da Colômbia com relação à concretização da faceta prestacional de direitos fundamentais, por meio da adoção de um novo mecanismo procedimental que busca a solução dos denominados “litígios estruturais”. Contudo, a sua recente migração para a jurisprudência brasileira produz os seus próprios significados dentro desta “espisteme” específica. E, para que se possa decifrá-los, há que se constatar aquilo que é característico do sistema jurídico onde originariamente surgiu esse conceito.

Destarte, é no intento de verificar e compreender as peculiaridades da intervenção judicial estrutural nos Estados Unidos, enquanto abordagem integrante de uma determinada cultura jurídica, que é marcada por fatores históricos, políticos, econômicos e sociais próprios, que a singularizam e diferenciam,¹² que a presente pesquisa comparativa terá início. Nesta seção, empreende-se a descrição do cenário que dá origem à emblemática decisão *Brown vs. Board of Education* e a faz ser o símbolo maior da Corte Warren, suscitando uma revolução no direito constitucional do país. Em seguida, são expostos os desdobramentos que o julgamento dessa ação teve para o processo jurisdicional nas demandas acerca da violação de *civil rights* no âmbito das instituições públicas. Por fim, são analisadas as novas formas que a atuação judicial assumiu diante dos desafios postos nesse tipo de litígio. Os casos de *structural reform litigation* exigiram uma gestão judicial ativa e a maior eficiência dessas novas tarefas gerenciais reside na estratégia catalisadora deliberativa, que se propaga na segunda geração de litígios estruturais estadunidense.

¹¹ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 124-125.

¹² LEGRAND, Pierre. *Como ler o Direito Estrangeiro*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 63-67.

2.1 SEGREGAÇÃO RACIAL E *JUDICIAL REVIEW* NOS ESTADOS UNIDOS: O CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL QUE DÁ ORIGEM A *BROWN VS. BOARD OF EDUCATION*

O caso *Brown vs. Board of Education* teve como base quatro demandas, promovidas por mais ou menos duzentas famílias, contra a segregação escolar em quatro diferentes Estados (Delaware, South Carolina, Kansas e Virginia)¹³, as quais foram reunidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos numa ação coletiva (*class action*). Como explica Mariela Puga, as leis estaduais e locais que permitiam a segregação racial nas escolas públicas e que foram invalidadas por essa paradigmática decisão, faziam parte de um conjunto de regulações expedidas num período de retrocesso em matéria racial no país,¹⁴ legitimado pelo Poder Judiciário, enquanto reflexo inequívoco das práticas sociais dominantes, consideradas como questões não justicáveis.

Nesse contexto, as regras segregacionistas vinham sendo validadas por juízos de primeira e segunda instância, a partir de uma série de decisões (que refletiam a racionalidade judicial dessa época), no sentido de que diante de violações sociais *de iure* e violações sociais *de facto*, somente haveria competência para o julgamento das primeiras. Dessa forma, a defesa de uma delimitação no alcance da competência dos juízes frente às desigualdades sociais de fato, consolidava a ideia da impossibilidade de uma resposta remediadora frente a práticas e políticas dominantes na comunidade, favorecendo a manutenção do *status quo*. Essa postura, segundo Puga, resta clara no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson* (1896), referente à segregação racial no transporte ferroviário. Nesta demanda, a Suprema Corte dos Estados

¹³ Os quatro casos são: *Brown v. Board of Education of Topeka* (Kansas), *Briggs v. Elliot* (Carolina do Sul), *Davis v. Board of Education of Prince Edward County* (Virgínia) e *Gebhart v. Ethel* (Delaware). Em cada um deles, crianças negras, por meio dos seus representantes legais, procuravam o auxílio das Cortes locais para conseguir a admissão em escolas públicas das suas comunidades, a partir do pressuposto da não segregação. Em cada caso, no entanto, lhes foi negada a admissão em escolas frequentadas por crianças brancas, com base em leis que exigiam ou permitiam a segregação de acordo com a raça (ALBERNATHY, Charles F.. *Law in the United States: Cases and Materials*, Washington D.C.:International Law Institute, 1995, p. 518-519).

¹⁴ Como descreve Mariela Puga, em meados do século XIX, com a abolição da escravidão, houve um período de mudanças extraordinárias nas relações raciais nos EUA, tanto em nível social, quanto legal e judicial, passando os negros a gozarem de direitos civis, como o de propriedade e o de liberdade contratual, e a exercer direitos políticos básicos, como votar e ser eleito. No entanto, essa fase, denominada de “primeira reconstrução”, durou pouco e, a partir de 1877 a situação das pessoas de cor começa a piorar novamente, na sociedade norte-americana, e particularmente nos estados do sul, onde passam a ser exploradas economicamente e a ter as suas liberdades severamente restringidas. Nas palavras da autora: “*La gran mayoría de las restricciones a libertades y de las prácticas de explotación, aunque ya no se enmarcaban en la institución de la esclavitud, recibirán el respaldo de leyes locales y estatales. Conocidas como las leyes de Jim Crow, las normativas de este período estaban estratégicamente diseñadas para no contradecir, ni explícita ni frontalmente, los estándares constitucionales que consagraban la igualdad de derechos para los negros. Sin embargo, darían el marco regulatório para que, de facto, se permitieran y refuerzan las prácticas sociales de privación de derechos civiles, políticos y económicos de las personas de color*” (PUGA, Mariela. *La Litis Estructural en El Caso Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.), *Processos Estruturais*, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 89).

Unidos decidiu que o contido na regra constitucional da “igualdade perante a lei”, estampada na Décima Quarta Emenda, não invalidava a lei segregacionista do Estado de Louisiana, que estabelecia vagões separados para os passageiros brancos e negros.¹⁵

Referida decisão é considerada como o momento inaugural da chamada doutrina *separate but equal*, por ter sustentado que haveria igualdade de tratamento quando as raças são providas de instalações substancialmente iguais, mesmo que essas instalações sejam separadas, permitindo, portanto, que os Estados impusessem a segregação de passageiros em trens privados.¹⁶ No entendimento da Corte, a regra de separação nos vagões não implicava a imposição de alguma inferioridade de status para os negros e, se tal inferioridade existia, não era por consequência da lei estadual, mas sim da própria sociedade: “se uma raça é inferior a outra socialmente, a Constituição dos Estados Unidos não pode colocá-las no mesmo plano”.¹⁷ Destarte, a doutrina do *separate but equal* aparece como uma técnica regulatória, orientada para manter a paz social, por meio do respeito aos costumes locais, não sendo função dos juízes contradizer essas práticas e tendências sociais dominantes. Nas palavras de Puga:

Esta distinción entre desigualdades sociales de hecho (o de facto) y desigualdades impuestas por la regulación o por la acción deliberada de autoridades públicas (o de iure), y el argumento de la impotencia de las Cortes frente a las primeras, aparece como la clave de la racionalidad judicial que funcionó en el transcurso de este período (...).

*El interés judicial, si es que hubiera alguno, queda restringido al análisis normativo en cuanto expresión de la acción estatal que no se vincula con las fuerzas sociales.*¹⁸

Contudo, diante da ampla participação de afro-americanos na Segunda Guerra (1939-1945) e, sob influência da ideologia antifascista no cenário mundial com o início da guerra fria, bem como dos ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos elaborada pela ONU (1948), o contexto político, cultural e social estadunidense começa a mudar em relação aos negros, cujos direitos civis passam a constar na agenda dos liberais dos estados do norte e a receber algumas concessões por parte dos conservadores dos estados do sul.¹⁹ Ao mesmo tempo, exsurge o *Civil Rights Movement*, composto por diversas organizações que lutavam pelos direitos dos afrodescendentes, como a *National Association for the Advance of Colored*

¹⁵ PUGA, Mariela. La Litis Estructural en El Caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.), *Processos Estruturais*, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 88-90.

¹⁶ ALBERNATHY, Charles F.. *Law in the United States: Cases and Materials*, Washington D.C.:International Law Institute, 1995, p. 519.

¹⁷ Excerto extraído da “opinião da maioria”, no caso de *Plessy v. Ferguson*, redigida pelo juiz Henry Billings Brown. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment> (tradução nossa). Acesso em: 05 de junho de 2017.

¹⁸ PUGA, *op. cit.*, p. 91.

¹⁹ *Ibid*, p. 96-100.

People (NAACP), que ganha força e passa a adotar, como estratégia para a reivindicação da igualdade racial, uma campanha de litígios contra as regras segregacionistas nas instituições,²⁰ o que acaba se tornando a força motriz de toda a transformação social desse “momento constitucional”²¹ estadunidense.

Entre 1951 e 1952, quando os quatro casos encabeçados pela NAACP que desafiavam a constitucionalidade da segregação nas escolas públicas, e que deram origem a *Brown*, começavam a ser examinados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, embora já houvessem sido produzidos fortes câmbios culturais e sociais em matéria racial, ainda existia muita resistência nos Estados do sul. Cerca de 80% da população negra permanecia sem direito a voto e desprovida de qualquer participação política, mesmo nas localidades em que era maioria. Muitas cidades já haviam estabelecido práticas menos ofensivas de segregação nos transportes públicos, nas forças policiais e times de *baseball*, no entanto segregação racial nas escolas públicas permanecia completamente intacta e era alvo de resistência massiva por parte dos “supremacistas brancos” da região.²²

Além disso, os Poderes Executivo e Legislativo mantinham-se praticamente inertes, não havendo políticas nacionais que confrontassem abertamente as políticas raciais mais extremas que se desenvolviam no sul. Vários projetos legislativos, que afrontavam mais explicitamente as regulações de cunho segregacionista, eram obstruídos por meio do veto sistemático exercido pelos representantes dos sulistas no Congresso. E, embora o Poder Executivo se mostrasse favorável à reivindicação de direitos civis pelos negros, isso não se refletia concretamente em suas políticas, tendo influência apenas naquelas relativas à organização da administração pública federal.²³ Nesse sentido, a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brown*, além de desafiar as regras instauradas e consolidadas

²⁰ Como explica Puga, a NAACP se fortalece com o realinhamento político decorrente do *New Deal* (1933 – 1938) implantado pelo presidente Franklin D. Roosevelt, que conta com o apoio dos sindicatos e de várias organizações de minorias (dentre as quais várias do movimento negro), para tirar a economia estadunidense da depressão decorrente da crise econômica de 1929. Também alinhada com as premissas da guerra fria, acaba se convertendo na protagonista das estratégias legislativas do movimento afro-americano e da agenda dos direitos civis constitucionais. Assim, nos anos 40 adota como campanha de litígio a reivindicação dos trabalhadores negros por direitos trabalhistas e sociais, com amparo nas políticas do *New Deal*, e, nos anos 50, passa a desafiar a segregação racial das instituições (PUGA, Mariela. *La Litis Estructural en El Caso Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.), *Processos Estruturais*, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 97).

²¹ Aqui utilizando o termo cunhado por Bruce Ackerman para descrever aqueles períodos da história dos Estados Unidos em que a sociedade pode mudar completamente seus valores e começar um novo curso, o que acaba por resultar em mudanças constitucionais legítimas, operadas por meio de Emendas à Constituição ou do *judicial review* (ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*, vol 1, Cambridge: Harvard University Press, 1991).

²² KLARMAN, Michael. *Brown Vs. Board of Education. Law or Politics?* UVA School of Law, Public Law Research Paper No. 02-11, Dec/2002, p. 3.

²³ PUGA. *op. cit.*, p. 99.

num período anterior, representa “*una particular reacción de ‘desbloqueo político’ frente a la inercia de los otros poderes.*”²⁴

Para Bruce Ackerman, a inércia do Poder Executivo e do Congresso para superar a resistência maciça do Sul às reivindicações do *Civil Rights Movement* por igualdade racial, nesse período, deveu-se ao fato de que não existia um movimento de massas mobilizado, que pudesse encorajar democratas progressistas e republicanos a superá-la.²⁵ A cena política de 1953 não indicava o surgimento de uma cidadania mobilizada, que suscitasse uma mudança constitucional fundamental, respaldada por “Nós, o Povo”²⁶, como ocorrera em momentos importantes de exercício da política constitucional anteriores.²⁷ Na análise do autor, com o caso *Brown*, a Suprema Corte estadunidense assumiu a liderança em forçar a questão da igualdade racial ao centro da agenda constitucional do país, revelando os esforços da Corte Warren para conduzir o povo americano a novos valores constitucionais. Diante disso, o autor

²⁴ *Ibid*, p. 100.

²⁵ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*, vol 1, Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 133-149.

²⁶ Importante mencionar que a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 (assim como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França de 1789) faz uma ligação direta entre dois princípios fundamentais: o princípio do Estado de Direito e o princípio da Democracia. Esse documento é entendido, em si, como um ato político de autogoverno democrático e isso significa que “nós, o povo”, conforme consta do preâmbulo, é quem se apresenta como sujeito. Nesse diapasão, proclama que uma vez que todos os homens possuem certos direitos inalienáveis, para a sua garantia se institui entre eles uma forma de governo que tem seus poderes legítimos derivados do consentimento dos governados. A ideia formulada na Declaração é a de que a totalidade do sistema político dos EUA é expressão do autogoverno do povo. O “poder do povo” é o critério fundamental para a legitimidade política de todas as instituições, portanto, só podem ser legítimas aquelas ordens políticas que tenham sido consentidas por aqueles que estão submetidos a estas ordens (MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. *Filosofia de los Derechos Humanos*. Barcelona: Herder Editorial, 2010. p. 181-186).

²⁷ Ackerman afirma que a Constituição dos Estados Unidos de hoje pode ser melhor vista como o produto de três grandes exercícios de soberania popular, liderados pelos “pais fundadores” da Federação na década de 1780, pelos republicanos da Reconstrução na década de 1860 e, pelos democratas do *New Deal* na década de 1930. Ao examinar os papéis desempenhados durante cada um desses períodos pelo Congresso, pela Presidência e pela Suprema Corte, o autor demonstra que os norte-americanos construíram um tipo distinto de democracia constitucional, por ele denominada de dualista e caracterizada por seu esforço contínuo para distinguir entre dois tipos de política: a política normal, na qual grupos de interesse organizados tentam influenciar representantes democraticamente eleitos; e política constitucional, em que a massa de cidadãos se mobiliza para debater questões fundamentais acerca dos princípios de governo. Essa cultura de mobilização popular em torno dos significados da Constituição também é descrita por Robert Post e Reva Siegel, que propõem o modelo do constitucionalismo democrático a partir da análise da história estadunidense, a qual demonstra que o povo americano tem lutado continuamente para moldar o sentido do texto constitucional, a partir de protestos, mobilizações políticas e apelo legislativo, assim como aconteceu nas questões raciais nos anos 60, nas questões de gênero nos anos 70, e mais recentemente, se observa nas questões envolvendo aborto, direitos dos homossexuais e religião. Segundo eles, a autoridade da Constituição depende da sua legitimação democrática, a partir da habilidade da própria Constituição de inspirar os americanos a reconhecê-la como “sua” Constituição. Desta crença derivam as tradições de engajamento popular por meio do qual os cidadãos reivindicam significados ao texto da Constituição em oposição aos representantes do governo, bem como sobre as interpretações das Cortes quando da análise de importantes valores sociais. Mas para eles, diversamente do que acredita Ackerman, essa responsividade democrática, que representa a conexão entre o direito constitucional e a soberania popular, não pode ser assegurada por vinte e sete emendas constitucionais ou por três ou quatro discretos “momentos constitucionais” (POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 50-53).

vislumbra a decisão *Brown vs. Board of Education* como um ato de política constitucional, adotado num contexto em que juízes ativistas confrontavam a sociedade americana da primeira metade do Século XX,²⁸ com uma agenda moral que os representantes eleitos não tinham coragem de trazer para o centro da arena política dos EUA. E, desta feita, Ackerman entende que *Brown* pode ser melhor compreendida como uma continuação do projeto de elaboração e reforço dos novos princípios constitucionais do *New Deal*,²⁹ pela Suprema Corte que, a partir de 1937, por meio de uma série de *opinions*, busca negar os ideais orientadores dos momentos constitucionais anteriores, centrados na “proteção igualitária” da propriedade privada e dos contratos.³⁰

Esse esforço de redefinição intergeracional dos significados da Constituição, por parte da Corte, na esteira do *New Deal*, teve início com a paradigmática *footnote 4*, do juiz Harlan Stone, no caso *United States v. Carolene Products Co.* de 1938,³¹ em que se distingue o

²⁸ Adotando uma leitura não contramajoritária da atuação da Suprema Corte estadunidense nesse caso, Michel Klarman afirma, a partir de levantamento histórico, que embora os poderes majoritários permanecessem inertes em relação à promoção de mudanças em matéria racial, à época, mais da metade da nação respaldava a decisão proferida em *Brown*, representando essa “*la conversión de un emergente consenso nacional en un mandato constitucional*”. Segundo ele, a maior parte dos estados do país já não possuía regras segregacionistas em vigor e não havia uma lei de alcance nacional a favor da segregação, pelo contrário, há décadas estavam em debate no Poder Legislativo projetos para proteger os direitos dos negros (KLARMAN, Michael. *Brown Vs. Board of Education. Law or Politics?* UVA School of Law, Public Law Research Paper No. 02-11, Dec/2002, p. 77). No mesmo sentido, entende Puga que o caso *Brown* representa um exemplo da “*especial capacidad de las cortes para optimizar la democracia en cuanto gobierno de mayorías actuales, aún frente a la inercia de los órganos elegidos por las mayorías formales*” (PUGA, Mariela. *La Litis Estructural en El Caso Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.), *Processos Estruturais*, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 127).

²⁹ Explica Ackerman que, no início, o programa de recuperação nacional desenvolvido a partir das políticas de *Welfare State* do *New Deal*, proposto pelo governo Roosevelt, estava sendo obstruído pelos juízes conservadores da Suprema Corte dos EUA, que continuavam seguindo a linha jurisprudencial do liberalismo econômico, da Era Lochner (1905 – 1937). Contudo, após o envio de projeto de lei ao Congresso (conhecido como “Court – packing plan”), que pretendia aumentar o número de magistrados da Suprema Corte de 9 (nove) para 15 (quinze), no intuito de permitir ao Presidente a nomeação de pessoas ideologicamente vinculadas às políticas do *New Deal*, a corte judicial passa a apoiar o governo nacional ativista e tem início mais um grande momento de mudança na história constitucional estadunidense (ACKERMAN, *We the People: Foundations*, vol 1, Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 47- 49).

³⁰ *Ibid*, p. 130-233.

³¹ *In verbis*: “*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. See Stromberg v. California, 283 U.S. 359, 369-370; Lovell v. Griffin, 303 U.S. 444, 452. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, see Nixon v. Herndon, 273 U.S. 536; Nixon v. Condon, 286 U.S. 73; on restraints upon the dissemination of information, see Near v. Minnesota ex rel. Olson, 283 U.S. 697, 713-714, 718-720, 722; Grosjean v. American Press Co., 297 U.S. 233; Lovell v. Griffin, supra; on interferences with political organizations, see Stromberg v. California, supra, 369; Fiske v. Kansas, 274 U.S. 380; Whitney v. California, 274 U.S. 357, 373-378; Herndon v. Lowry, 301 U.S. 242; and see Holmes, J., in Gitlow v. New York, 268 U.S. 652, 673; as to prohibition of peaceable assembly, see De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353, 365. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510, or national, Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390; Bartels v. Iowa, 262 U.S. 404;*

controle de constitucionalidade das leis de finalidade meramente regulatória da economia, do das que, de algum modo, restringem garantias individuais constitucionais, a fim de se afirmar que deve haver uma forte presunção de constitucionalidade somente em relação às primeiras. Além de negar que a intervenção ativista do Estado na economia põe em risco valores constitucionais fundamentais, a Corte enfatiza que há muito mais no ideal de liberdade proclamado no texto constitucional do que a proteção do livre mercado (*laissez-faire*). E, nesse sentido, *Carolene* redireciona a preocupação igualitária das Emendas da Reconstrução, priorizando a proteção das minorias contra a tirania da maioria, sugerindo que a preocupação contida na *equal clause protection* (14ª Emenda) deve assumir um significado mais profundo nas políticas do *welfare state*. Nas palavras de Ackerman:

Not only did Carolene propose this political reorientation of the meaning of the Reconstruction amendments; it conceived the political process in an especially broad way. Although the footnote emphasized the importance of distributing to all citizens a fair share of crucial inputs into the political process— votes, information, and so forth— it suggested that policing the fairness of political inputs might not be enough, and that judges must scrutinize the outputs of normal politics as well. In contrast to the Justices in the middle republic, the Court in the modern era no longer feared that political power may be used to exploit the propertied classes. Instead, it redirected the Fourteenth Amendment’s central concern toward the protection of “discrete and insular minorities” against majoritarian “prejudice.”³²

A *footnote 4* acaba por exigir um padrão mais rigoroso de escrutínio da cláusula constitucional de igual proteção estadunidense, contudo, essa ampliação do escopo da *judicial review* se justifica não pelo valor especial dos direitos que dela podem ser extraídos, mas sim em termos de sua vulnerabilidade às “perversões do processo majoritário”³³. Como explica Robert Cover, em especial as minorias raciais, mas também as étnicas, religiosas e nacionais, tornaram-se objeto especial de proteção judicial apenas com *Carolene* e, é essa característica do grupo, sua “minoridade”, que justifica a prática de um controle judicial de constitucionalidade ativista. As mencionadas minorias “discretas e insulares” não são simplesmente perdedoras na arena política, são “bodes expiatórios” nas lutas políticas reais entre outros grupos.³⁴ Em sua marginalização social, sofrem com o desamparo e o preconceito, sendo vítimas passivas do processo político.

Farrington v. Tokushige, 273 U.S. 484 [sic]; or racial minorities, *Nixon v. Herndon*, supra; *Nixon v. Condon*, supra: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. Compare *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 428; *South Carolina v. Barnwell Bros.*, 303 U.S. 177, 184, n. 2, and cases cited.” (*United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. at 152-53 n.4).

³² ACKERMAN, *We the People: Foundations*, vol 1, Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 129.

³³ COVER, Robert. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities, *Yale Law Journal*, vol. 91, 1981/1982, p. 1291.

³⁴ *Ibid*, p. 1292-1296.

Dessa forma, segundo Cover, a *footnote* 4 sugere duas razões para a proteção judicial das minorias: “*the clearest reason is contained in paragraph three: a discrete and insular minority cannot expect majoritarian politics to protect its members as it protects others. Less clearly stated is the additional argument of paragraph two that prejudice and race hatred are also levers of manipulation in the mass political arena*”.³⁵

No mesmo diapasão, afirma John Hart Ely, que a interpretação mais sensata a respeito da *footnote* 4, é aquela que entende ser atribuição dos tribunais proteger os que não conseguem se defender politicamente, ou seja, aqueles grupos da sociedade cujos interesses e necessidades os representantes eleitos não têm vontade manifesta de atender. Segundo ele, os motivos para que essas minorias fiquem de fora são injustificáveis,³⁶ giram em torno da ideia de preconceito e de subordinação, representando tentativas oficiais de infligir a desigualdade pela desigualdade. Nesse sentido, assevera o autor que o que o juiz Stone quis dizer, é que devem ser consideradas como suspeitas as classificações *de jure* que deixam em desvantagem os grupos que, nitidamente, são objeto de depreciação generalizada e possíveis alvos de danos por parte dos outros grupos, principalmente aqueles que detém o poder acerca das deliberações legislativas.³⁷

Nos anos que se seguem, a “leitura anti-subordinação”³⁸ da *Equal Protection Clause* dá origem uma mudança de paradigma em relação ao papel do Poder Judiciário e das garantias constitucionais no estado democrático estadunidense, abrindo as portas para intervenções igualitárias da Corte, no constitucionalismo progressista que predominará na jurisprudência e teoria constitucional durante os anos de 1950, 1960 e 1970.³⁹ Como afirma Owen Fiss, a *footnote* 4 representa o marco moderno de regulamentação da relação entre os

³⁵ *Ibid*, p. 1297.

³⁶ Para o autor motivos injustificáveis são aqueles que dão origem a classificações suspeitas, isto é, uma classificação que na realidade foi motivada por intenções inconstitucionais. A meta que os legisladores de fato tinham em mente para realizar a classificação é considerada inconstitucional quando pretende tratar um grupo de maneira pior, não em nome de uma meta social prioritária, mas sim apenas com o intuito de deixar seus membros em desvantagem, como acontecia no caso da segregação racial (ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 195-201).

³⁷ *Ibid*, p. 202-207.

³⁸ No sentido de que a razão para se ter o direito à igualdade está, em primeiro lugar, na erradicação da subordinação de alguns grupos a outros, sendo uma obrigação do Estado promover a igualdade racial, eliminando qualquer forma de hierarquização social. Essa interpretação da *Equal Protection Clause*, que requer uma igualdade substancial e não apenas formal, bem como tem por escopo a má-distribuição de poder social, ao invés das classificações legislativas irracionais, passa a ser defendida por movimentos políticos e jurisprudenciais progressistas a partir de 1950. (WEST, Robin. *Progressive and Conservative Constitutionalism. Michigan Law Review*, Vol. 88, Rev. 641, 1989-1990, p. 693-694).

³⁹ *Ibid*, p. 695-699.

juízes e os outros entes estatais, fornecendo uma estrutura para o ativismo judicial em apoio aos direitos e interesses dos negros, que estava prestes a acontecer.⁴⁰

Na fase em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América passou a ser presidida por Earl Warren, a denominada “Era Warren” (1953-1969), houve a ampliação dos direitos civis e políticos dos cidadãos, para além das questões que envolviam a igualdade racial, por meio de uma atuação judicial expansiva.⁴¹ Como descreve Bernard Schwrtz, a “Era Warren” representa um dos dois grandes períodos criativos do direito público estadunidense⁴², desempenhando a tarefa de acompanhar o ritmo frenético de mudanças sociais do século XX. Para tanto, a Corte teve que realizar um papel transformador, geralmente considerado mais adequado ao legislador do que ao juiz e, nesse processo, “*rewrote much of the corpus of american constitutional law*”.⁴³ E, a paradigmática decisão em *Brown versus Board of Education* representa o símbolo maior em termos de impacto criativo da Corte Warren, pois encerra a doutrina do *separate but equal*, inaugurada pouco mais de 50 anos antes no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson* de 1896, desestabilizando alguns valores tradicionais, que tinham raízes profundas nos costumes do país.⁴⁴

A importância crucial de *Brown* foi remover qualquer dúvida sobre o compromisso da Corte com o programa estabelecido em *Carolene*, de reescrever a Constituição, como forma de corrigir o padrão generalizado de opressão que a segregação racial impunha a uma minoria discreta, insular e sem qualquer participação no processo majoritário.⁴⁵

2.2 *BROWN VS. BOARD OF EDUCATION* NA SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE: O LEADING CASE DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS E AS “NOVAS” (VELHAS) FORMAS DE *JUDICIAL REMEDY*

Como afirma Reva Siegel, *Brown* suscitou uma revolução no direito constitucional estadunidense ao reclamar um lugar para a igualdade tão central como o espaço para a liberdade. Contudo, embora se possa afirmar que essa decisão foi o ponto de partida para o

⁴⁰ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979, p. 06.^[1]^[2]

⁴¹ ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.199.

⁴² O outro grande momento do direito público estadunidense, segundo o autor, foi a “Era Formativa”, quando a Corte Marshall estabeleceu as bases do direito constitucional dos EUA, dando conteúdo específico para os termos gerais em que a Constituição foi escrita. A tarefa judicial naquele momento consistia em elaborar, a partir do texto constitucional, um corpo de doutrinas jurídicas adaptadas às necessidades da nova nação e à nova era que estava iniciando (SCHWARTZ, Bernard, *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 263).

⁴³ *Ibid*, p. 263.

⁴⁴ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*, vol 1, Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 131.

⁴⁵ COVER, Robert. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities, *Yale Law Journal*, vol. 91, 1981/1982, p. 1313-1316.

fim da era de segregação *de jure*, a proibição das classificações com base na raça, que inaugura a tradição moderna da doutrina da igual proteção nos Estados Unidos, não estava no centro dos primeiros debates acerca da referida decisão.⁴⁶ Isto porque, num primeiro momento, a decisão da Corte não impõe esse compromisso anticlassificatório, mas sim dirige-se às consequências psicológicas prejudiciais de separar as crianças em idade escolar num contexto constitucional específico, com base em evidências empíricas.⁴⁷

Ao basear a sua decisão no prejuízo psicológico à autoestima das crianças negras que a ação estatal de segregar as escolas com base na raça gerava – e não na avaliação das condições de desigualdade material das escolas –, esse dano, causado pela regra do *separate but equal*, foi eleito pela Corte como efeito juridicamente relevante no tratamento do conflito segregacionista. Nesse sentido, como elucida Puga, *Brown* não desafia a racionalidade judicial que restringia a competência para o julgamento de violações de *facto* e, assim como

46 SIEGEL, Reva. El discurso de la igualdad: los valores de antsubordinación y anticlassificación em las luchas constitucionales em torno al caso “Brown”. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 173-179.

47 Descreve Siegel que após discorrer sobre a importância do acesso à educação na vida moderna, a Corte entendeu que a segregação nas escolas públicas era inconstitucional porque separar algumas crianças de outras com idade e qualificações similares somente devido a sua raça gera um sentimento de inferioridade a respeito do seu status na comunidade, que pode afetar os seus corações e mentes de um modo que dificilmente se possa reparar (*Ibid*, p. 185). A Corte justificou este argumento citando evidências empíricas, nos seguintes termos:

“We come then to the question presented: Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other “tangible” factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities? We believe that it does.

In Sweatt v. Painter, supra, in finding that a segregated law school for Negroes could not provide them equal educational opportunities, this Court relied in large part on “those qualities which are incapable of objective measurement but which make for greatness in a law school.” In McLaurin v. Oklahoma State Regents, supra, the Court, in requiring that a Negro admitted to a white graduate school be treated like all other students, again resorted to intangible considerations: “. . . his ability to study, to engage in discussions and exchange views with other students, and, in general, to learn his profession.” [347 U.S. 483, 494] Such considerations apply with added force to children in grade and high schools. To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone. The effect of this separation on their educational opportunities was well stated by a finding in the Kansas case by a court which nevertheless felt compelled to rule against the Negro plaintiffs:

‘Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law; for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial[ly] integrated school system.’

Whatever may have been the extent of psychological knowledge at the time of *Plessy v. Ferguson*, this finding is amply supported by modern authority. Any language [347 U.S. 483, 495] in *Plessy v. Ferguson* contrary to this finding is rejected.

We conclude that in the field of public education the doctrine of “separate but equal” has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment” (“*Brown v. Board of Educ.*”, 347 U.S. 1954, p. 483-495).

aconteceu no caso *Plessy*, deixa de examinar a situação social objetiva de inferioridade da comunidade afro-descendente.⁴⁸

Todavia, ao julgar a inconstitucionalidade de práticas institucionais segregacionistas fundadas em normas legais (de *iure*), a Corte estrategicamente “*expandió el terreno de lo justiciable a todos los casos em que las escuelas estuvieran segregadas (sin distinguir según condiciones materiales)*”.⁴⁹ Os quatro casos que chegaram à Suprema Corte estadunidense e foram reunidos sob a denominação de *Brown*, postulavam o reconhecimento de um direito socioeconômico, baseando-se nas condições materiais inferiores em que se encontravam as escolas para crianças negras, em relação às escolas para crianças brancas.⁵⁰ E, para remediar essa situação, poderiam os juízes valer-se apenas de uma ordem de equiparação de tais condições, sem a eliminação das restrições raciais na admissão a qualquer escola.

Para a autora argentina, o nexos causal reconhecido pela Corte para decidir o caso *Brown* vem a demonstrar o comprometimento com uma racionalidade judicial mais conservadora, que tem como ponto fulcral a histórica distinção entre violações *de facto* e *de iure*, estritamente vinculada à distinção entre direitos positivos e negativos e à ideia de não justiciabilidade dos direitos de conteúdo socioeconômico, princípios que permeiam a tradição constitucional estadunidense⁵¹. Ao mesmo tempo, a decisão denota os contornos do exercício

⁴⁸ PUGA, Mariela. La *Litis Estructural* en El Caso *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.), *Processos Estruturais*, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 108-116.

⁴⁹ *Ibid*, p. 116.

⁵⁰ Como anota Puga, o conteúdo econômico dessas ações era congruente com o tipo de demandas e litígios que o movimento negro da década de 1940 havia empreendido em matéria trabalhista, antidiscriminatória e anti-exploração, partindo de uma formulação claramente substantiva da regra constitucional da igualdade perante a lei (*Ibid*, p. 114).

⁵¹ Diferentemente de algumas Constituições latino-americanas e europeias, a Constituição dos Estados Unidos não contém a garantia de direitos sociais explícita em seu texto, nem qualquer cláusula que comprometa o governo federal na resolução de problemas sociais por meio de políticas de bem-estar. Além disso, todas as Emendas Constitucionais, inclusive a *Bill of Rights*, utilizam o viés negativo para descrever os direitos criados, revelando o desejo de limitação ao Poder do Estado e não de autorizá-lo ou obrigá-lo a agir. Daí decorre a denominada “*negative rights thesis*”, bastante presente na teoria e na prática constitucional estadunidense, predominantemente liberal: *constitutional rights are created when the government is disable to act, leaving the citizen free to persue her own interest* (ALBERNATHY, Charles F.. *Law in the United States: Cases and Materials*, Washington D.C.:International Law Institute, 1995, p. 504-505). A constituição norte-americana é entendida como um instrumento para trazer uma sociedade mais justa, principalmente na medida em que fornece uma estrutura dentro da qual os indivíduos podem exercer sua liberdade, tanto para o bem público quanto para o privado. Mesmo a guinada histórica da Suprema Corte no rescaldo do *New Deal*, por conta do “*switch in time*” (Cf. nota 29), não implicou numa mudança no sentido de ver a Constituição como um instrumento para forçar a ação positiva do Estado, apenas eliminou as barreiras constitucionais para tal ação caso ela surja (ou seja, caso os cidadãos dos EUA e seus representantes eleitos decidam adotar uma agenda política progressista em nível federal). Por isso a relutância em desenvolver deveres estatais constitucionais e correspondentes direitos positivos para os cidadãos. Não obstante, há muitos teóricos de viés progressista que postulam interpretações progressistas da Constituição, entendendo haver um mandato constitucional substantivo em cláusulas como a *Equal Clause Protection*, que obrigaria os estados a adotarem ações afirmativas para alcançar a igualdade social e, por consequência, autorizaria a justiciabilidade de direitos de conteúdo socioeconômico (WEST, Robin. *Progressive and Conservative Constitutionalism*, Michigan Law Review, vol. 88 Rev. 641, 1989-1990, p. 641 – 721).

do controle judicial de constitucionalidade sob uma nova perspectiva, que transcendia o interesse individual das partes e assentava-se numa lógica causal “não adversarial”⁵², requerendo a reestruturação da instituição escolar como um todo, a fim de proteger e promover o direito à igualdade de determinado grupo social menos favorecido.⁵³ A decisão refletiu o esforço da Suprema Corte estadunidense em se ajustar às reivindicações de interesses de um tipo bem diferente do conjunto de direitos voltados à proteção da propriedade e do livre mercado, outrora no cerne da preocupação igualitária. Pretendia assim, fazer cumprir novos direitos constitucionais afirmativos, que eram produto da história recente do país e faziam parte de um rearranjo contínuo de poder, dentro de uma estrutura política e social maior, como visto no subtítulo anterior.

Esperando oposição, especialmente nos estados do Sul, a Corte não tentou imediatamente exarar orientações para a implementação da sentença. Em vez disso, pediu aos procuradores-gerais de todos os estados que possuísem leis que permitiam a segregação em suas escolas públicas, que apresentassem planos de como proceder à integração entre estudantes negros e brancos. Além do esforço para superar a intensa resistência de uma maioria branca com influência e poder, contrária à mudança no *status quo* segregacionista, a implementação de *Brown* exigia transformar “sistemas escolares duais” em “sistemas escolares unitários e não-raciais”, implicando uma reforma organizacional completa.⁵⁴

Um ano depois, em 31 de maio de 1955, diante desse quadro e do intenso debate acerca da fundamentação de *Brown*, bem como da possibilidade de apropriação do discurso do dano por aqueles que pretendiam manter a doutrina do *separate but equal*,⁵⁵ a Corte, em

52 O sistema processual estadunidense é tradicionalmente adversarial (e não inquisitorial), cabendo às partes o controle do ritmo e da forma de desenvolvimento da lide. São as partes que investigam, preparam e apresentam evidências e argumentos, sendo a “party-presentation” e a “party-prosecution” os dois elementos fundamentais do adversarialismo. São as partes, não o juiz, quem têm a maior responsabilidade e controle sobre a definição da lide. (FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives: An Introduction to Procedure*, New York: Foundation Press, 2003, p. 09).

53 PUGA, Mariela. La *Litis Estructural* en El Caso *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.), *Processos Estruturais*, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 117.

54 Como aponta o autor, essa larga reforma institucional requeria “*new procedures for the assignment of students; new criteria for the construction of schools; reassignment of faculty; revision of the transportation systems to accommodate new routes and new distances; reallocation of resources among schools and among new activities; curriculum modification; increased appropriations; revision of interscholastic sports schedules; new information systems for monitoring the performance of the organization; and more. In time it was understood that desegregation was a total transformational process in which the judge undertook the reconstruction of an ongoing social institution*”(FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978, p. 02-03).^[1]^[2]^[3]

55 Como explica Reva Siegel, a fundamentação de *Brown* sobre os “danos” da segregação, elaborada a partir de provas retiradas das ciências sociais, foi alvo de ataques massivos por parte dos sulistas, que impugnavam a credibilidade dos argumentos baseados em registros empíricos e psicológicos apresentados pela Corte, ao mesmo tempo em que afirmavam, também com fulcro em evidências científicas, que era a integração, e não a segregação, o que ocasionava uma variedade de danos sobre aqueles que estavam sujeitos a ela. Neste sentido,

decisão unânime, revisitou a paradigmática sentença anterior. Assim, tomando por base o reconhecimento do princípio segundo o qual a separação imposta pelo Estado com base na raça é uma classificação injusta e, por esta razão, inconstitucional, afirmou que a separação compulsória é por si discriminatória contra os negros.⁵⁶ Ademais, reconhecendo a magnitude da tarefa de reestruturar os sistemas escolares públicos, o novo decreto judicial procurou estabelecer regras em relação ao decurso temporal e etapas necessárias para alcançar, de maneira efetiva, o fim da segregação racial. Para tanto, delegou responsabilidade para as autoridades escolares locais e juízos federais de primeira instância, no cumprimento dos princípios estabelecidos na decisão original, de 1954, nos seguintes termos:

*Full implementation of these constitutional principles may require solution of varied local school problems. School authorities have the primary responsibility for elucidating, assessing, and solving these problems; courts will have to consider whether the action of school authorities constitutes good faith implementation of the governing constitutional principles (...)*⁵⁷.

Como aponta Robert Cover, as Cortes federais distritais foram transformadas em entidades quase-administrativas para gerenciar o fim da segregação racial nas escolas e outras tarefas ocasionais envolvidas no seu desmantelamento, o que “*may appear from one perspective to have been a radical institutional step at the borderland of legitimacy, and surely it did change the courts and their relations to their milieu*”⁵⁸. Mas, partindo de outra perspectiva, considera o autor ter sido a opção menos intrusiva, já que se concretizou aos poucos, ao longo do tempo e com diferentes velocidades de localidade para localidade. Segundo ele:

Any legislatively imposed program creating or extending the administrative apparatus necessary for success would have been quicker, less sensitive to variations, and overwhelmingly coercive. When legislative programs finally did come, long after the ground had been broken and the worst shocks absorbed by the

argumentavam que o “dano” pode referir-se também a uma variedade de outras lesões como, por exemplo, os efeitos psíquicos da ameaça ao privilégio racial que implicava a integração imposta por lei. Até mesmo os juízes dos Estados do Sul promoveram estas críticas em uma série de decisões provocativas, que exerciam uma “resistência massiva” em nível judicial, como aconteceu no caso “*Naim v. Naim*”, em que a Corte Suprema de Apelações da Virgínia convalidou uma lei estadual que proibia o matrimônio inter-racial. Afirma a autora que se a Suprema Corte tentou desmantelar as leis segregacionistas, com o argumento de que prejudicavam aos negros, os brancos do sul demonstrariam que esse projeto infligiria um dano em si mesmo, tanto aos negros como aos brancos. Além disso, os sulistas se aproveitariam dos debates acerca do “dano” para demonstrar que “*las afirmaciones sobre hechos sociológicos eran indeterminadas y parciales y, por lo tanto, constituían una base ilegítima para una decisión que proclamaba la autoridad del derecho constitucional*” (SIEGEL, Reva. El discurso de la igualdad: los valores de antilibertad y anticlasificación en las luchas constitucionales em torno al caso “Brown”. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 189-192).

⁵⁶ *Ibid*, p. 202-206.

⁵⁷ Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>. Acesso em: 22/06/2016.

⁵⁸ COVER, Robert. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities, *Yale Law Journal*, vol. 91, 1981/1982, p.1314.

*judiciary, they were more pervasive, evenhanded, and effective than the courts had been*⁵⁹.

Em resposta a *Brown II* (1955), surgem importantes iniciativas legislativas de escopo antidiscriminatório, como os *Civil Rights Act* de 1957 e de 1960, que visavam proteger o direito de voto dos afro-americanos, o *Civil Rights Act* de 1964, que proibiu qualquer tipo de discriminação e segregação social, e o *Civil Rights Act* de 1968, que estipulou a igualdade de oportunidades de moradia.⁶⁰ Mas, a presunção de inconstitucionalidade das classificações com base na raça, somente passa a ser largamente adotada pela Suprema Corte estadunidense a partir da metade da década de 1960, a medida em que avança o *Civil Rights Movement* e o Congresso sanciona o mencionado Ato de 1964, legitimando “majoritariamente” *Brown*.⁶¹ As sentenças sobre a *Equal Protection Clause* passam a focar os males que a ação estatal que fazia classificações provocavam, como a imposição de um sistema de subordinação baseado na hierarquia racial, dando início ao debate sobre os prejuízos decorrentes da segregação *de facto*.⁶²

Ademais, inaugura-se um novo modelo de atuação judicial para a proteção de *civil rights* nos Estados Unidos, em demandas judiciais que ultrapassam a tradicional controvérsia civil entre partes privadas, trazendo à tona a tutela coletiva em questões de direito público.⁶³

⁵⁹ *Ibid*, p. 1315.

⁶⁰ FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978, p. 25.

⁶¹ Descreve Ackerman que à medida que as atividades do *Civil Rights Movement* se aceleravam no início dos anos 60, o governo do democrata Kennedy fazia uma série de escolhas que definiam a sua relação com esse movimento ascendente, que nessa época tinha como pano de fundo a liderança de Martin Luther King, cuja atuação priorizava a construção de uma coalizão cidadã de base ampla contra o racismo. Finalmente, em 1963, o então Presidente propõe um *Civil Rights Act* que, sancionado em 1964 por uma maioria de democratas, começa a colocar o governo nacional decisivamente por trás da campanha antidiscriminatória na educação, no trabalho e nas repartições públicas (ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*, vol 1, Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 109).

⁶² SIEGEL, Reva. El discurso de la igualdad: los valores de antisubordinación y anticlasificación em las luchas constitucionales em torno al caso “Brown”. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 206-213.

⁶³ Cumpre mencionar que o texto da Seção n. 1983, do Título 42, do *U.S. Code*, é a base para a reivindicação dos *civil rights* em juízo, já que instrui as Cortes estadunidenses a dar uma resposta legal e equitativa por violações à Constituição ou a leis federais. Essa normativa é proveniente do *Civil Rights Act* de 1871, tendo sido originalmente concebida para combater a violência racial pós-Guerra Civil nos estados do Sul, possibilitando que indivíduos tentassem buscar a aplicação da Décima Quarta Emenda por meio de Cortes federais ou estaduais, nos seguintes termos:

“Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer’s judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia” (Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/1983>. Acesso em 08/04/2019). No sistema jurídico dos Estados Unidos existem dois tipos de demandas judiciais: legais e equitativas. Enquanto os

A partir da análise do provimento mandamental (*injunction*) proferido em 1955 em *Brown II*, Owen M. Fiss, identifica e descreve um novo tipo de *Civil Rights Injunction*⁶⁴, por ele denominada *structural injunction remedy*.⁶⁵ Diante da delegação de competência operada pela Suprema Corte dos EUA para dar efetividade à sua decisão, foi por meio da adoção dessa forma de *injunction* que os juízos federais locais passaram a fixar as diretrizes reconstrutivas necessárias para a reforma do sistema público de ensino, nos diversos estados em que havia resistência à dessegregação racial. A legitimidade foi equacionada com a necessidade e, nesse sentido, o procedimento tornou-se dependente do direito substancial subjacente à lide. Foi o compromisso primordial com a garantia da igualdade racial que motivou essa inovação processual e justificou o ativismo judicial.⁶⁶

A sistemática negação do direito à igualdade a um determinado grupo socialmente marginalizado e sem representação política, justificou o propósito preponderantemente transformador, inerente a essas ordens estruturais. Nesse sentido, esclarece Fiss, que “*procedure is not independent of substance. In the context of injunctive remedies, and perhaps other contexts as well, the civil rights era teaches that procedure is, and should be, ineluctably tied to the merits and nature of the underlying substantive claim*”⁶⁷.

A partir do sucesso dessa experiência, nos anos que se seguiram, litigantes e advogados começaram a postular e obter a reorganização estrutural de outras instituições públicas dos Estados Unidos, que também operavam de forma a violar a Constituição. As lições da dessegregação escolar foram transferidas para outros contextos como o da proteção de minorias contra abusos policiais, da realização do ideal de tratamento humano nas prisões e

demandantes que buscam uma demanda legal pedem a um tribunal que conceda uma reparação pecuniária, os litigantes que apresentam uma reivindicação equitativa pedem a um tribunal que provoque ou faça cessar uma ação ou evento em particular.

⁶⁴ No sistema jurídico dos EUA utiliza-se o conceito “*remedy*” para identificar os diversos tipos de determinações que os tribunais ordenam após o julgamento do mérito das reivindicações de um litigante, podendo incluir: (a) a determinação do ressarcimento de danos; (b) a declaração dos direitos e obrigações das partes; e (c) uma variedade de ordens denominadas de “*injunctions*”, que instruem o réu a cessar sua conduta prejudicial ou adotar uma conduta exigida por lei. Este último tipo de ordem, especificamente, requer a existência de danos irreparáveis e a ausência de outras medidas adequadas para solucionar a lide (FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives: An Introduction to Procedure*, New York: Foundation Press, 2003, p. 29 e ss.).

⁶⁵ FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978, p. 9-10.

⁶⁶ Como ressalta Fiss, embora *footnote 4* do caso *Carolene Products* tenha tido por escopo ordenar a relação entre juízes e outras agências do governo, fornecendo uma estrutura para o ativismo judicial que teria início na “Era Warren”, o papel dos tribunais, mesmo em questões constitucionais, foi definido em termos de “fracasso legislativo”. Isto é, prevalecia o compromisso com o majoritarismo e, portanto, com a supremacia da legislatura, a menos que houvesse alguma razão para supor que os processos legislativos eram inadequados. A vitimização de uma minoria discreta e insular, de um grupo incapacitado de formar coalizões e de participar efetivamente de políticas majoritárias, como os negros àquela época, é um exemplo dessa situação de falha legislativa (FISS, Owen M. *The forms of justice. Harvard Law Review*, 1979, vol. 93, n. 1, p. 6).

⁶⁷*Id.* *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978, p. 97.

nos hospitais psiquiátricos, e da equalização de gastos nos sistemas educacionais dos estados.⁶⁸ E, por meio das inovações processuais daí advindas, a função jurisdicional foi se conformando a uma novo modelo de litígio judicial, orientado pela reivindicação de significado concreto e aplicação a valores centrais para a ordem constitucional estadunidense, como a igualdade, a liberdade, a segurança e a proibição de punições cruéis, no seio na burocracia estatal.

Essa nova forma de adjudicação, que Fiss identifica como *structural reform litigation*, inova ao ocasionar uma mudança de postura do juiz, bem como uma relação de longa duração entre ele e a instituição envolvida, mediante uma série de *structural injunctions*, que buscam adequar o procedimento às especificidades da causa. O que exige o constante aprimoramento ou modificação das decisões previamente emitidas, o incentivo à participação de terceiros interessados na construção de soluções, bem como a criação de novas agências para ajudar no controle do cumprimento da decisão judicial.⁶⁹ Assim, o tipo de adjudicação que a reforma estrutural traz a lume se distingue pelo caráter constitucional dos valores públicos envolvidos e pela promoção de um encontro entre o judiciário e as burocracias estatais. Como explica o autor norte-americano:

Structural reform is premised on the notion that the quality of our social life is affected in important ways by the operation of large-scale organizations, not just by individuals acting either beyond or within these organizations. It is also premised on the belief that our constitutional values cannot be fully secured without effectuating basic changes in the structures of these organizations. The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means by which these reconstructive directives are transmitted.⁷⁰

Para Fiss, a reforma estrutural surge para remover a ameaça a valores constitucionais, quando perpetrada pelas burocracias do Estado moderno. Isto é, trata-se de um modelo de resolução de disputas ligado ao ambiente organizacional e que, nesse diapasão, reflete a evolução da forma de adjudicação. Destarte, as medidas judiciais originadas deste tipo de litígio consubstanciam-se em um dos legados mais importantes da defesa dos *civil rights* norte-americanos em juízo, sendo o seu propósito a reorganização de uma instituição social a

⁶⁸ Em um artigo datado de 1984, Robert F. Nagel afirma que, naquele momento, as cortes federais controlavam mais decisões e instituições públicas, de forma detalhada e por um período extenso de tempo, do que em qualquer outra época da história dos EUA. Descreve o autor que já havia mais de 600 distritos escolares sendo controlados de forma significativa por juízes federais. Além disso, o judiciário federal também estava controlando sistemas prisionais, de saúde mental e de moradia pública, bem como programas de bem-estar social, em diversos estados (NAGEL, Robert F.. Controlling the Structural Injunction, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 7, n. 2, 1984, p. 396).

⁶⁹ FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978, p. 92-93.

⁷⁰ *Id.* The forms of justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979, p. 2.

fim de evitar que uma ilegalidade se repita⁷¹. Além disso, devem ser entendidas como precursoras de um relacionamento entre o Poder Judiciário e os entes governamentais, visto que a emissão de uma decisão dessa natureza significa menos um ato coercitivo, um comando, e mais um ato de colaboração, traduzido na declaração de que, doravante, “*the Court will direct or manage the reconstruction of the social institution, in order to bring it into conformity with the Constitution*”⁷².

Abram Chayes, outro autor pioneiro na identificação dessas mudanças na adjudicação de direito público nos Estados Unidos, por seu turno, parte de uma abordagem histórico-descritiva, argumentando que os esforços para aplicar os princípios do Estado de Direito às instituições do moderno *welfare state* produziram um novo tipo de litigância acerca dos *civil rights*, por ele identificada como *Public Law Litigation*.⁷³

Apesar da similaridade com a *Structural Reform Litigation* de Fiss, Chayes prioriza o caráter público dos direitos envolvidos em detrimento das controvérsias individuais, afirmando que esse novo modelo diferencia-se do tradicional conceito de adjudicação estadunidense⁷⁴ em razão das seguintes características: a) o alcance da demanda não é dado exogenamente, mas é moldado principalmente pelo juízo e pelas partes; b) a relação processual não se dá exclusivamente entre duas partes (autor e réu) em conflito, mas sim é dispersa e amorfa (multipolar); c) o levantamento dos fatos não é histórico, retrospectivo e circunscrito à demanda judicial, mas sim preditivo e com vistas a superar uma inércia do legislativo; d) a solução não é concebida a partir de uma compensação por um erro passado, mas sim é voltada para o futuro, elaborada *ad hoc*, em linhas flexíveis e amplamente corretivas, geralmente tendo consequências importantes para muitas pessoas, além das partes imediatas; e) o remédio judicial não é imposto unilateralmente, mas sim negociado; f) a sentença não põe termo ao envolvimento do juízo no caso: sua administração requer uma relação de continuidade e retenção de jurisdição; g) o juiz não é passivo, sua função não fica limitada à análise e declaração de regras legais vigentes ao caso: ele é ativo, com responsabilidade não só pela avaliação factível e crível dos fatos, mas também por organizar e moldar o remédio judicial, a fim de garantir um resultado justo e viável; e h) o objeto da ação

⁷¹ FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978, p. 11-12.

⁷² *Ibid*, p. 36-37.

⁷³ CHAYES, Abram. The Role of The Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 07, mai/1976.

⁷⁴ Cumpre mencionar que o autor caracteriza esse “*traditional model*” como bipolar (afetando apenas duas partes), retrospectivo (concernente a fatos do passado), envolvendo reivindicações de direito que implicavam soluções definitivas proporcionais ao dano alegado, autocontenção (no sentido de que com o julgamento terminava o envolvimento do tribunal), e com o controle atribuído às partes (implicando um papel judicial passivo) (*Ibid*, p. 1282-1283).

não é uma disputa entre indivíduos privados quanto a direitos privados, mas sim uma queixa sobre a operacionalização de políticas e ações de ordem pública.⁷⁵

Segundo o autor, em casos desse tipo, a concepção fundamental do litígio judicial como mecanismo de solução de conflitos privados não mais se mostra adequada, já que a lide gira em torno de se e como uma política ou programa de governo deve ser executado. Nesse sentido, o tradicional sistema adversarial ganha novos contornos, a partir de processos de negociação e mediação, organizados e guiados pelo juiz, que para isso conta com o suporte de especialistas e terceiros interessados na lide.⁷⁶ De fato, como explica o autor, o juízo competente acaba se tornando “*the creator and manager of complex forms of ongoing relief, which have widespread effects on persons not before the court and require the judge’s continuing involvement in administration and implementation*”.⁷⁷

Todavia, dizer que a forma de adjudicação evoluiu não significa asseverar que a função do Poder Judiciário também tenha mudado. Como pontua Fiss, a expertise das cortes é, e sempre foi, a de dar sentido aos valores públicos do povo estadunidense na realidade prática, com base no diálogo e na independência, enquanto qualidades especiais da atuação jurisdicional.⁷⁸ E, nessa toada:

*The function of adjudication, whether in the nineteenth century or twentieth century, torts or criminal law, contract or antitrust, McCulloch v. Maryland or Brown v. Board of Education, has not been to resolve disputes between individuals, but rather to give meaning to our public values. What has changed is social structure, the emergence of a society dominated by the operation of large-scale organizations, and it is these changes in social structure that account for the changes over time in adjudicatory forms.*⁷⁹

Tanto Fiss quanto Chayes reconhecem ser possível encontrar antecedentes para o modelo de adjudicação encetado na *structural reform litigation* ou *public law litigation*, identificada a partir de *Brown II*, em casos de direito privado do século XIX e início do século XX. Essa “nova” forma de atuação judicial que ambos identificam no contexto da reforma estrutural de instituições públicas, que pressupõe a prolação de sentenças mais detalhadas e a exigência de uma atuação intrusiva na fase de execução do julgado, tem seus antecedentes nos processos de insolvência supervisionados judicialmente e consequente reorganização de

⁷⁵ CHAYES, Abram. The Role of The Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 07, mai/1976, p 1302.

⁷⁶ *Ibid*, p. 1281-1295.

⁷⁷ *Ibid*, p. 1284.

⁷⁸ FISS, Owen M. .The forms of justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979, p. 34.

⁷⁹ *Ibid*, p. 36.

entidades corporativas complexas, que teve início com o paradigmático caso *Railroad Company v. Harris* (1870), envolvendo ferrovias interestaduais dos Estados Unidos.⁸⁰

Como esclarecem os historiadores Theodore Eisenberg e Stephen C. Yeazell, nesse tipo de litígio, que envolvia empresas complexas e, no qual a relação processual era travada entre credores e devedores insolventes e intransigentes, há muito tempo as cortes federais especializadas (*U.S. Bankruptcy Courts*) já desenvolveram e administraram, por conta própria, formas de remédio judicial que as obrigavam a exercer uma supervisão contínua sobre as instituições.⁸¹ Nesse sentido, destacam os autores que leis que surgiram contendo instruções detalhadas para auxiliar a recuperação ou liquidação judicial de empresas com problemas financeiros, como o pioneiro *Bankruptcy Act* de 1933 (que versava especificamente sobre a situação das estradas de ferro utilizadas no comércio interestadual)⁸², eram derivadas das práticas de reorganização desenvolvidas por cortes federais no final do século XIX e início do século XX, quando os juízes se embrenharam nos mínimos detalhes de processos de execução que envolviam grandes e complexas corporações.

Segundo Eisenberg e Yeazell, a legislação falimentar sempre garantiu⁸³ que fossem adotados os procedimentos necessários para a resolução rápida e econômica do caso e, para

⁸⁰ EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C.. The ordinary and the extraordinary in Institutional Litigation, *Harvard Law Review*, vol. 93, jan/1980, n. 3, p. 492. SCHLANGER, Margo. Beyond The Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation, *Michigan Law Review*, vol. 97, mai/1999, p. 1.995; FISS, Owen M.. The forms of justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979, p. 37; e CHAYES, Abram. The Role of The Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 07, mai/1976, p. 1.303.

⁸¹ EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C., *op. cit.*, p. 481-489.

⁸² Esclarecem os autores que uma provisão para a reorganização de outras corporações foi adicionada a essa lei federal em 1934. Ademais, referida legislação foi a predecessora do *Bankruptcy Act* de 1976, que posteriormente foi substituído pelo *Bankruptcy Reform Act* de 1978 (lei n. 95-598/1978), o qual revisou e compilou toda a legislação de falência editada anteriormente, passando a ser adotado como Título 11 do *U.S. Code*, então denominado de *The Bankruptcy Code* (*Ibid*, p. 495).

⁸³A Seção 105 do Título 11 do *U.S. Code* (*The Bankruptcy Code*), concede ao juiz o poder de suplementar as disposições legais, tomando decisões e adotando medidas que não têm disposição expressa na lei. Nesse sentido, o juiz de falências está autorizado a determinar qualquer ação que seja necessária para os objetivos da lei, de acordo com o caso específico. O juiz de falências também pode, *ex officio*, ou a pedido das partes, designar audiências denominadas *status conferences* a qualquer momento e quantas vezes julgar necessário, a fim de monitorar o desenvolvimento dos casos e determinar a realização mais rápida, mais efetiva e econômica do julgamento, para um resultado final útil, conforme segue:

“(a) *The court may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title. No provision of this title providing for the raising of an issue by a party in interest shall be construed to preclude the court from, sua sponte, taking any action or making any determination necessary or appropriate to enforce or implement court orders or rules, or to prevent an abuse of process.*

(b) *Notwithstanding subsection (a) of this section, a court may not appoint a receiver in a case under this title.*

(c) *The ability of any district judge or other officer or employee of a district court to exercise any of the authority or responsibilities conferred upon the court under this title shall be determined by reference to the provisions relating to such judge, officer, or employee set forth in title 28. This subsection shall not be interpreted to exclude bankruptcy judges and other officers or employees appointed pursuant to chapter 6 of title 28 from its operation.*

(d) *The court, on its own motion or on the request of a party in interest—*

tanto, a administração de falências exigia das cortes o desempenho de duas funções. Primeiro, a de auxiliar na operação de uma empresa antes da liquidação e distribuição de ativos aos credores, contando, para tanto, com a ajuda de um administrador, que deveria operar o negócio até que o juiz possa aprovar um plano de venda. Em segundo lugar, nos casos mais complexos, cabia às cortes restabelecer os negócios em condições financeiras diferentes, reorganizando-os de uma forma que fosse justa para com os seus credores e financeiramente sólida. Afirmam os autores que “*courts routinely handle such difficult reorganization cases, passing on aspects of financial structure that are unlikely to be second nature to most judges*”.⁸⁴

Com base nesse e em outros exemplos do direito privado estadunidense,⁸⁵ sugerem os autores que questões envolvendo a estagnação e a natureza complexa de instituições, há séculos vêm sendo resolvidas judicialmente por meio de decisões mais elaboradas e com algum grau de supervisão.⁸⁶ As cortes têm invocado esse tipo de remédio para reivindicar o conjunto de direitos estabelecido em torno da propriedade, desde tempos antanhos e, a partir

(1)shall hold such status conferences as are necessary to further the expeditious and economical resolution of the case; and

(2)unless inconsistent with another provision of this title or with applicable Federal Rules of Bankruptcy Procedure, may issue an order at any such conference prescribing such limitations and conditions as the court deems appropriate to ensure that the case is handled expeditiously and economically, including an order that—

(A)sets the date by which the trustee must assume or reject an executory contract or unexpired lease; or

(B)in a case under chapter 11 of this title—

(i)sets a date by which the debtor, or trustee if one has been appointed, shall file a disclosure statement and plan;

(ii)sets a date by which the debtor, or trustee if one has been appointed, shall solicit acceptances of a plan;

(iii)sets the date by which a party in interest other than a debtor may file a plan;

(iv)sets a date by which a proponent of a plan, other than the debtor, shall solicit acceptances of such plan;

(v)fixes the scope and format of the notice to be provided regarding the hearing on approval of the disclosure statement; or

(vi)provides that the hearing on approval of the disclosure statement may be combined with the hearing on confirmation of the plan” (Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/105>. Acesso em 06/04/2019).

⁸⁴ EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C.. The ordinary and the extraordinary in Institutional Litigation, *Harvard Law Review*, vol. 93, jan/1980, n. 3, p. 485-486.

⁸⁵ Eisenberg e Yeazell também trazem exemplos, mais recentes, no contexto das ações de sucessão hereditária (*probate*) e do crédito fiduciário (*trust assets*) (*Ibid*, p. 482-485).

⁸⁶ Como explicam os autores:

“*The American colonies and their successor states embraced much of the British law of trusts, estates, and writs in their common law systems. And in the relatively recent American past courts, without direct statutory authority, have become deeply involved in the affairs of that most complex institution - the modern business corporation. Both the newly enacted and the recently superseded bankruptcy acts contain detailed instructions for assisting financially troubled businesses. It is easy to forget, however, that these provisions, unlike much of the rest of bankruptcy law, derive from court-made bankruptcy law predating the country's first business reorganization legislation. Those first statutes built upon reorganization practices developed by federal courts without statutory guidance during late nineteenth- and early twentieth-century equitable receiverships. In the course of such receiverships courts involved themselves in the minute details of running large complicated businesses*” (*Ibid*, p. 490-491).

de *Brown vs. Board of Education*, passaram a invoca-los para concretizar os novos direitos de indivíduos e grupos.

Desta feita, confirmando o que os próprios fundadores das ideias de *public law litigation* e *structural reform litigation* já haviam indicado, embora de forma menos contundente, Eisenberg e Yeazell asseveram que muito do que se descreve como extraordinário nessas novidades processuais, representa em realidade, apenas o uso de procedimentos familiares em novos contextos substantivos.⁸⁷ Nas palavras deles:

*Courts often have had to monitor executors and various kinds of trustees, including some operating large, complex businesses. Moreover, courts have shown willingness to participate in the continuous supervision of large enterprises for reasons no more compelling than that such arrangements are useful to those who have more property than they can conveniently manage or dispose of themselves. By comparison, it does not seem to be an outrageous abuse of judicial authority for courts to supervise state and local authorities in order to ensure that these officials protect the constitutional rights of prisoners, patients, and school children.*⁸⁸

Com efeito, como já apontava Fiss, a função dos juízes sob o *common law* nunca foi a solução de controvérsias, mas sim dar sentido a valores públicos através da aplicação e criação de normas públicas, tais como aquelas incorporadas na lei criminal e as regras relativas à propriedade, contratos e fraudes. As cortes federais criaram o direito dos Estados Unidos e sempre foram as instituições centrais da política. A atuação jurisdicional no contencioso constitucional da década de 1960 em diante, que abarca a reforma estrutural, representa uma continuidade. As questões mudaram e também o cenário social, o que exigiu uma mudança na forma de adjudicação, mas não sua função.⁸⁹

O reconhecimento de novos direitos constitucionais com conteúdo afirmativo e não puramente defensivo, em benefício de grupos menos favorecidos, exigiu uma inovação procedimental em relação à forma de adjudicação nas demandas acerca da violação de *civil rights* no âmbito das instituições públicas, nos Estados Unidos da segunda metade do século XX. E, nesse passo, os juízes tomaram emprestado um arsenal de soluções (“*remedies*”), que primeiro serviram à reivindicação de interesses de um tipo bem diferente. Embora os meios não fossem novidade, os fins eram e isso exigiu o aperfeiçoamento das “antigas” estratégias judiciais, em prol da proteção dos direitos substantivos subjacentes aos litígios estruturais.

⁸⁷ EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C.. The ordinary and the extraordinary in Institutional Litigation, *Harvard Law Review*, vol. 93, jan/1980, n. 3, p. 474-475.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 494.

⁸⁹ FISS, Owen M. .The forms of justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979, p. 36-37.

2.3 A *PRISION REFORM LITIGATION* E O *MANAGERIAL JUDGING*: AS NOVAS TAREFAS GERENCIAIS PARA UMA GESTÃO JUDICIAL ATIVA.

O desenvolvimento e propagação da *structural reform litigation* a partir do final da década de 1960 nos Estados Unidos demonstrou que a passividade judicial inerente ao modelo adversarial, vinculado ao tradicional conceito de adjudicação, tornou-se mais atenuada à medida que o contencioso constitucional se mostra mais complexo e multifacetado. Os juízos federais que passaram a ser acionados para promover a reforma das instituições sociais que estavam em desacordo com os princípios constitucionais, perceberam que, dependendo do contexto, a passividade talvez não fosse um valor judicial positivo. Assim, passaram a adequar as medidas judiciais de forma incremental, adaptando o procedimento às dificuldades que surgiam durante o processo de reforma organizacional.

Ao invés da tolerância às violações de *civil rights* em curso, o papel judicial passa a ser definido em resposta ao fracasso dos atores políticos em determinadas áreas, em prejuízo a determinados grupos minoritários. Essa alteração judicial do equilíbrio de poder, que tem início no contexto da igualdade racial,⁹⁰ se revela por meio de uma conduta ativista dos membros da judicatura e se justifica e delimita com base na proteção dos direitos de grupos sociais que são vulneráveis a "perversões pelo processo majoritário", nos termos definidos pela nota de rodapé 4 de *Carolene*.

Um dos casos mais emblemáticos de reforma estrutural que se sucedeu a *Brown II* foi a *class action* denominada de *Holt v. Sarver*, que reuniu seis causas, entre ações e recursos, que tramitaram entre 1969 e 1982,⁹¹ questionando a constitucionalidade do sistema prisional do Estado do Arkansas, com base na cláusula que proíbe punições cruéis e incomuns,⁹² contida na Oitava Emenda à Constituição estadunidense. Como descreve Margo Schlanger, foi somente a partir da década de 1960 e, especificamente, do julgamento deste caso, que os

⁹⁰ Além da decisão de *Brown* e do movimento que a produziu, outro pré-requisito importante para a difusão dessa nova forma de litígio foram as emendas de 1966 às *Federal Rules of Civil Procedure*, que estabeleceram uma prática moderna de *class action*, prevendo, inclusive, uma *injunction class action* para os casos estruturais, como aqueles que envolveram a questão racial, nos anos antecedentes (sobre o tema: FERRARO, Marcela Pereira. *Do Processo Bipolar a um Processo Coletivo-Estrutural*, dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 101-102).

⁹¹ *Holt v. Sarver I*; *Holt v. Sarver II*; *Holt v. Hutto*; *Finney v. Arkansas Board of Correctios*; *Finney v. Hutto*; e *Finney v. Mabry*. Para uma contextualização histórica e descrição de cada uma dessas demandas, ver: VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*, Salvador: Juspodvum, 2017, p. 307-333.

⁹² Conhecida como "*The Cruel and Unusual Punishments Clause*", essa cláusula constitucional proíbe o Estado de impor penalidades indevidamente severas a réus em processos criminais, seja como preço para obter liberação preventiva ou como punição por crime depois de prolatada a sentença, assim dispendo: "*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*" (Disponível em: <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-viii>. Acesso em 27/03/2019).

juízes federais distritais começaram a considerar que a prescrição contida na referida cláusula constitucional poderia fornecer um direito, judicialmente executável a condições prisionais ao menos minimamente adequadas.⁹³

Nessa demanda e nas que se seguiram a ela, os pedidos versavam precipuamente sobre as punições corporais e as condições de isolamento disciplinar dentro das prisões, todavia, os juízes acabaram por se ver confrontados com provas da existência de ambientes brutais e insalubres, não apenas nas solitárias, mas em todas as instalações dessas instituições, passando então a adotar a emissão de *structural injunctions*, a fim de ver reparada a violação massiva e generalizada dos direitos constitucionais dos presos. Assim tem início uma intervenção judicial maciça no sistema prisional de boa parte estados do país,⁹⁴ que ficou conhecida como *Prision Reform Litigation*.

No caso do Arkansas, assim como nos litígios estruturais que surgiram para a reforma prisional de outros estados⁹⁵, em síntese, a ação coletiva (*class action*) teve início com base na reunião de demandas individuais de pessoas privadas de liberdade, que postulavam o reconhecimento da violação dos seus direitos constitucionais em razão dos maus-tratos e dos procedimentos disciplinares arbitrários dentro das prisões, mas no decorrer da lide foram acrescentados relatos de superlotação, condições insalubres, falta de tratamento médico adequado, ausência de recreação e banho de sol, bem como restrições a visitas e correspondências.

A atuação dos juízes federais distritais também seguiu um padrão, a que Judith Resnik chamou de *managerial judging*.⁹⁶ A partir da análise dos vários processos judiciais destinados a melhorar as condições das instituições que compunham os sistemas prisionais estaduais, a autora identifica o surgimento de um novo papel para os juízes estadunidenses, que passaram a desempenhar uma função gerencial no momento da execução da sentença.⁹⁷ Trata-se de uma nova forma de ativismo judicial, a qual denomina de *judicial management* e que, segundo ela, reflete o esforço sincero desses juízes para atender as necessidades por eles

⁹³ SCHLANGER, Margo. Beyond The Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation, *Michigan Law Review*, vol. 97, mai/1999, p. 2003-2004.

⁹⁴ Em 1984, como aponta Schlanger, 24% dos 903 presídios estaduais (incluindo pelo menos um em cada um dos quarenta e três estados e o Distrito de Columbia), estavam operando sob uma ordem judicial. E, em 1983, 15% das 3.338 cadeias de Municípios e Condados, também estavam sob supervisão judicial (*Ibid*, p. 2004).

⁹⁵ Por exemplo: Texas, *Ruiz v. Estelle*, 503 F. Supp. 1265 (S.D. Tex, 1972) e Colorado, *Ramos v. Lamm*, 485 F. Supp. 122 (D. Colo, 1979).

⁹⁶ RESNIK, Judith. Managerial Judges, *Harvard Law Review*, vol 96, n. 378, 1982-1983, p. 377.

⁹⁷ O estudo da autora parece querer dar continuidade à abordagem de Eisenberg e Yeazell, visto que há citações do trabalho dos historiadores em notas de rodapé, em alguns momentos do texto, inclusive quando ela afirma que: “*Posttrial judicial management is also a creature, in part, of a shift - this time not in procedure, but in the use of lawsuits by diverse groups to assert novel legal rights*” (*Ibid*, p. 377; 391; 393).

percepcionadas nesses tipos de litigância, a fim de obter maior eficiência e melhores resultados.⁹⁸

Na análise de Resnik, a emergência do *managerial judging* deveu-se à necessidade do desenvolvimento de um mecanismo procedimental adequado à reestruturação a longo prazo e monitoramento de instituições públicas que estavam em desacordo com a Constituição, no contexto de expansão dos casos de *public law litigation* (ou *structural reform litigation*). Tal transformação não poderia ser realizada com uma simples ordem judicial unilateral e não se encaixavam na tradicional concepção estadunidense de adjudicação, mas sim exigia a adoção de estratégias típicas da atividade administrativa estatal.⁹⁹

O estudo da autora, contudo, abrange as novas tarefas gerenciais que passam a ser realizadas por juízes federais tanto na fase pós-julgamento (*posttrial*), em processos judiciais de direito público, envolvendo a reforma estrutural das prisões e hospitais psiquiátricos, como na fase pré-julgamento (*pretrial*), em demandas de direito privado, acerca da responsabilidade civil de empresas por produtos defeituosos (*products liability suit*). Nesse sentido, partindo de uma perspectiva histórica, explica a autora que os juízes estadunidenses, paulatinamente, passaram a experimentar técnicas de gestão, também em resposta a críticas sobre a sua falta de eficiência.¹⁰⁰

Em 1938, por autorização do Congresso,¹⁰¹ a Suprema Corte promulgou novas *Federal Rules*, afirmando o poder das cortes federais para elaborar regras locais e estabelecer “*the just, speedy, and inexpensive determination of every action as the goal of all judicial rulemaking*”. Nessa toada, considerando o aumento considerável da carga de trabalho ocorrido entre 1960 e 1970, com a conseqüente proclamação de uma crise no Poder Judiciário, por conta da demora na resolução dos processos e da falta de *accountability*¹⁰² judicial, juízes distritais e especialistas passaram a se reunir em busca de soluções, encontrando um caminho por meio da implantação sistemas de gestão.¹⁰³

⁹⁸ RESNIK, Judith. *Managerial Judges*, *Harvard Law Review*, vol 96, n. 378, 1982-1983, p. 387.

⁹⁹ *Ibid*, p. 387-388.

¹⁰⁰ *Ibid*, p. 395.

¹⁰¹ No *Rules Enabling Act* de 1934 o Congresso dos EUA expressamente autorizou a Suprema Corte a escrever as regras federais para o procedimento civil (“*federal rules of civil procedure*”), bem como afirmou o poder de todas as cortes para “*prescribe rules for the conduct of their business*” (*Ibid*, p. 396).

¹⁰² Seguindo a linha do discurso político e acadêmico estadunidense, o termo *accountability* é aqui usado como um conceito normativo, ou seja, a partir da ideia de um conjunto de padrões para a avaliação do comportamento dos atores públicos. Nos Estados Unidos, como explica Mark Bovens, ser *accountable* – ou, mais precisamente, prestar contas, ser responsável –, é visto como uma qualidade positiva de organizações ou funcionários. Assim, os estudos de *accountability* geralmente se concentram em questões normativas, na avaliação do comportamento real e ativo dos agentes públicos. (BOVENS, Mark. *Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanism*, *West European Politics Journal*, vol 33, 2010, p. 949).

¹⁰³ RESNIK, *op. cit.*, p. 397-398.

Em 1967 o Congresso dos Estados Unidos cria o *Federal Judicial Center*, que passa a treinar juízes recém-nomeados em técnicas de gestão por meio de seminários e workshops. E, a fim de aumentar a *accountability* e melhorar o processamento das demandas, as cortes distritais federais começam a instituir um sistema de calendário individual, por meio do qual os juízes distritais eram designados como responsáveis diretos por casos determinados, tendo a sua atuação pautada em metas pré-definidas. Além disso, em meados de 1979, diversos juízos já haviam promulgado regras locais que obrigavam os litigantes a apresentar planos de ação na fase pré-julgamento, a fim de se conformarem ao prazo judicial para a preparação do julgamento. Em 1982 é proposta uma alteração no artigo 16 das *Federal Rules*,¹⁰⁴ para tornar obrigatório que o juiz emitisse ordens pré-julgamento no prazo de 120 dias após a protocolização da ação, a partir da realização de audiências preparatórias com as partes.¹⁰⁵

Essa postura mais ativa e gerencial dos juízos federais, identificada por Resnik nos anos 80, tomava corpo por meio da realização de audiências informais e se desenvolvia por iniciativa do próprio juiz na fase pré-julgamento, a fim de controlar e otimizar a colheita de

¹⁰⁴ A título de informação, a redação atual é a seguinte:

“*Rule 16. Pretrial Conferences; Scheduling; Management*

(a) *Purposes of a Pretrial Conference. In any action, the court may order the attorneys and any unrepresented parties to appear for one or more pretrial conferences for such purposes as:*

(1) *expediting disposition of the action;*

(2) *establishing early and continuing control so that the case will not be protracted because of lack of management;*

(3) *discouraging wasteful pretrial activities;*

(4) *improving the quality of the trial through more thorough preparation; and*

(5) *facilitating settlement.*

(b) *Scheduling.*

(1) *Scheduling Order. Except in categories of actions exempted by local rule, the district judge—or a magistrate judge when authorized by local rule—must issue a scheduling order:*

(A) *after receiving the parties’ report under Rule 26(f); or*

(B) *after consulting with the parties’ attorneys and any unrepresented parties at a scheduling conference.*

(2) *Time to Issue. The judge must issue the scheduling order as soon as practicable, but unless the judge finds good cause for delay, the judge must issue it within the earlier of 90 days after any defendant has been served with the complaint or 60 days after any defendant has appeared.*

(3) *Contents of the Order.*

(A) *Required Contents. The scheduling order must limit the time to join other parties, amend the pleadings, complete discovery, and file motions.*

(B) *Permitted Contents. The scheduling order may:*

(i) *modify the timing of disclosures under Rules 26(a) and 26(e)(1);*

(ii) *modify the extent of discovery;*

(iii) *provide for disclosure, discovery, or preservation of electronically stored information;*

(iv) *include any agreements the parties reach for asserting claims of privilege or of protection as trial-preparation material after information is produced, including agreements reached under Federal Rule of Evidence 502;*

(v) *direct that before moving for an order relating to discovery, the movant must request a conference with the court;*

(vi) *set dates for pretrial conferences and for trial; and*

(vii) *include other appropriate matters.”* (Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_16. Acesso em 04/04/2019).

¹⁰⁵ RESNIK, Judith. Managerial Judges, *Harvard Law Review*, vol 96, n. 378, 1982-1983, p. 399-400.

provas, bem como de facilitar a feitura de um acordo. Já na fase pós-julgamento, geralmente acontecia por solicitação da parte vencedora, que mesmo tendo obtido a procedência do seu pedido, não lograva a implementação da ordem judicial. Nesse caso, os juízes também utilizavam técnicas informais de gestão, mas com o escopo de economizar tempo e evitar as pressões geradas pela controvérsia de direito público. Enquanto a maioria dos casos cíveis passou a comportar o *case management* na fase pré-julgamento, nos termos da citada *rule 16*, eram poucos os processos em que se dava o *posttrial management*, mas justamente os que envolviam instituições públicas complexas. Como explica a autora, “*only a tiny fraction of all civil cases requires significant postdecision judicial activity; generally (...) cases in which equitable orders involving complex institutions have been made.*”¹⁰⁶

A natureza das tarefas envolvidas na gestão judicial de processos, tanto na fase pré quanto na fase pós-julgamento, requeria um grande investimento de tempo e energia por parte dos juízes. A duração do período de supervisão judicial poderia se estender ao logo de décadas e, até mesmo perdurar indefinidamente, especificamente nos casos de *posttrial management*, em *public law litigation* (ou *structural reform litigation*). Além do mais, era comum que nessas demandas as negociações informais falhassem e as disputas frequentemente desembocassem em medidas e audiências formais. Na verdade, além de afetar terceiros de fora do processo, as ordens específicas emanadas nesses casos levantavam importantes questões políticas e constitucionais. O esquema judicialmente elaborado para a solução do litígio estrutural acabava por exigir grandes gastos públicos e envolver juízes na administração detalhada de instituições geralmente administradas por outros ramos do governo.¹⁰⁷

Nos casos que embasaram a *Prision Reform Litigation*, que são os que interessam aos objetivos do presente tópico, descreve Resnik que, após prolatada a sentença declarando que as condições de vida dentro do respectivo sistema prisional violavam os direitos constitucionais dos internos, os juízes federais ordenavam que os acusados tomassem medidas imediatas para reverter esse quadro de inconstitucionalidade. Posteriormente, diante de reclamações dos autores em relação ao não cumprimento dessa decisão por parte do Estado, os juízes determinavam às partes um prazo para que, com seriedade, negociassem e resolvessem as suas diferenças, solicitando a emissão de relatórios periódicos sobre os resultados alcançados. Não obtendo grande êxito dessa forma, passaram os juízes a participar

¹⁰⁶ *Ibid*, p. 404-406.

¹⁰⁷ *Ibid*, p. 407-410.

ativamente das discussões entre autor e réu, a fim de tentar obter um acordo sobre um plano de ação para solucionar os problemas de insegurança e insalubridade dentro das prisões.

Por fim, diante da ineficiência também dessa abordagem, em razão do ritmo lento de melhoria verificado ao longo do tempo e da falta de vontade política dos atores governamentais envolvidos na demanda, passaram os juízes a emitir novas ordens judiciais, agora mais específicas, a fim de promover a efetiva reforma estrutural dessas instituições.¹⁰⁸ A intervenção judicial passa a ser direcionada a praticamente todos os aspectos das prisões estaduais. As Cortes Federais acabam por promulgar uma regulamentação geral para o gerenciamento dessas instituições, que cobria os mais diversos assuntos, como as condições das celas, o saneamento, a comida, roupas, cuidados médicos, disciplina, contratação de pessoal, bibliotecas, trabalho e educação. A fase de implementação de muitos desses casos durou décadas e, no geral, houve uma melhora significativa, especialmente nos sistemas mais severos do sul do país.¹⁰⁹

Assim, diante da ineficácia de uma postura de autocontenção e deferência, os juízes acabaram por se enredar em relações de longo prazo com as instituições carcerárias, envolvendo-se pessoalmente na implementação de políticas de ordem pública. Cada juiz “*descended into the trenches to manage the case*”¹¹⁰, e isso representou uma mudança substancial nos procedimentos para resolução de litígios estruturais na *Prision Reform Litigation*.¹¹¹

O próprio legislativo concordava e até mesmo incentivava esse tipo de intervenção, vindo a promulgar, em 1980, o *Civil Rights of Institutionalized Persons Act*, que autorizava o *Attorney General* a propor ações judiciais para remediar “condições flagrantes e notórias” de privação de direitos legais ou constitucionais, por meio de práticas reiteradas que causassem danos graves a pessoas institucionalizadas. Esse estatuto deixou a cargo do *Justice Department* a proteção dos direitos civis daqueles indivíduos que estavam sob os cuidados de

¹⁰⁸ Essa descrição parte de um caso hipotético construído por Judith Resnik, “*Petite v. Governor*”, que é resultado da cuidadosa junção de diversos *structural reform litigation* acerca da melhoria de sistemas prisionais, para ilustrar o que o novo papel gerencial dos juízes implica (RESNIK, Judith. Managerial Judges, *Harvard Law Review*, vol 96, n. 378, 1982-1983, p. 387-388).

¹⁰⁹ SABEL, Charles F; SIMON, William H.. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 4, fev/2004, p. 1035.

¹¹⁰ RESNIK, *op.cit.*, p. 391.

¹¹¹ VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*, Salvador: Juspodvum, 2017, p. 319-333.

instituições estatais, permitindo que procuradores públicos intervissem em nome daqueles cujos direitos pudessem estar sendo reprimidos ou violados.¹¹²

E, apesar de críticas em relação à falta de capacidade técnica e de informações necessárias, para que os juízos federais alcançassem a efetiva reestruturação institucional almejada, bem assim, no que concerne à ausência de legitimidade do Poder Judiciário para se imiscuir nas esferas de competência dos Poderes Executivo e Legislativo, esse modelo de atuação judicial em casos de *structural reform litigation* desempenhou um papel crucial até o início dos anos 2000.¹¹³

2.4 OS MODELOS DE GESTÃO JUDICIAL E A EFICIÊNCIA DA ABORDAGEM CATALISADORA: POR UM PROCESSO DELIBERATIVO PARA A FORMULAÇÃO DA REFORMA ESTRUTURAL

O *managerial judging* identificado por Resnik no contexto da reforma prisional nos Estados Unidos, também trouxe à tona estudos acerca de como as cortes poderiam estruturar essa atuação judicial expansiva de forma eficiente, ou seja, de modo a efetivamente promover a transformação institucional. Com esse escopo, em um trabalho datado de 1990, a professora Susan Sturm primeiramente estudou os fatores que influenciavam a dinâmica organizacional que originava as condições inconstitucionais e impedia a autocorreção institucional, no contexto do sistema carcerário dos Estados Unidos. Segundo ela, a eficácia da intervenção judicial nesses casos de *structural reform litigation* dependia da capacidade das cortes de

¹¹² “Civil Rights of Institutionalized Persons Act - Authorizes the Attorney General to initiate a civil action in an appropriate district court against a State or local government or its employees or agents, and to intervene in an existing Federal action, with respect to institutionalized persons whose rights are being denied.

Makes this Act applicable with respect to any institution which is: (1) owned, operated, or managed by, or provides services for, a State or local government; and (2) (A) for the mentally impaired, chronically ill, or handicapped, (B) a correctional facility, (C) a pretrial detention facility, (D) for juveniles awaiting trial or residing for any State purpose (except elementary and secondary education), or (E) providing skilled nursing, intermediate or long-term care, or custodial or residential care.

Excludes privately owned facilities if the sole nexus between such facility and the State consists of: (1) State licensing; and/or (2) the receipt of Medicare, Medicaid, or Supplemental Security Income payments.

Requires for the initiation of an action that the Attorney General have reasonable cause to believe that: (1) an institutionalized person is being subjected to egregious or flagrant conditions which deprive him or her of Federal constitutional or statutory rights causing such person grievous harm; and (2) such deprivation is pursuant to a pattern or practice of resistance to such rights.

Permits in any such action an award of appropriate equitable action to insure the minimum corrective measures necessary to insure the full enjoyment of constitutional and statutory rights, but limits relief, with respect to persons institutionalized in correctional facilities, to constitutional deprivations” (Disponível em <https://www.congress.gov/bill/96th-congress/house-bill/10>. Acesso em 04/04/2019).

¹¹³ SABEL, Charles F; SIMON, William H.. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 4, fev/2004, p.1019-1020.

influenciar as questões subjacentes a essa dinâmica.¹¹⁴ Partindo dessa premissa, a autora discriminou quatro diferentes abordagens judiciais na intervenção prisional e avaliou a capacidade de cada uma dessas estratégias de gerenciamento para alterar o *status quo*.¹¹⁵

Compete ao juiz responsável pela demanda que envolve condições e práticas prisionais inconstitucionais eleger a melhor forma para se chegar a uma solução, decidindo quem participará deste processo, que incentivos devem ser usados para induzir a necessária cooperação das partes, como monitorar a execução das ordens estruturais e como lidar com o descumprimento por parte de funcionários das penitenciárias. Essas escolhas podem ser feitas dentre várias opções e técnicas e, nos casos de reforma prisional, revelaram para Sturm os seguintes estilos gerenciais dos juízes: o deferente, o diretor, o mediador e o catalisador.¹¹⁶ A estratégia de gestão empregada não necessariamente é reconhecida ou explicitada por eles, além disso, esses estilos raramente aparecem em sua forma pura, podendo o magistrado utilizar mais de uma, ou mudar a sua abordagem, em diferentes pontos do processo.¹¹⁷

O juiz deferente entende que a responsabilidade pela correção das condições carcerárias é dos demandados, invocando-os para que tomem as medidas necessárias para o cumprimento da sentença. Para tanto, ordena que desenvolvam um plano de ação e lhe reportem acerca do seu adimplemento, ficando o monitoramento por conta das próprias partes. A corte federal só se envolve no processo de execução em resposta a queixas específicas dos demandantes, no entanto permanece no papel passivo e não-intervencionista,

¹¹⁴ Sturm usa o termo “*dynamics of organizational stasis*”, para denominar o conjunto que abrange as normas, incentivos, padrões de informação e as estruturas de poder, que permeiam as condições encontradas nas prisões dos Estados Unidos. Na análise da autora:

“*In order to understand the dynamics that lock in "cruel and unusual" prison conditions, one must move beyond the image of the organization as a unitary actor rationally pursuing goals and policies established by the formal leadership. The prison functions as a dynamic system, consisting of both formal organizational structures and informal subgroups with particular norms, interests, and power bases. The prison organization is further influenced by the political environment in which it is situated. Any attempted change in the conditions, policies, or practices is filtered through the dynamics of interaction both within and among the various participants in the prison system. Thus, it is necessary to examine the four factors underlying the dynamics of organizational stasis in prisons: (1) norms, (2) incentives, (3) information, and (4) power.*” (STURM, Susan. Resolving the Remedial Dilemma: Strategies of Judicial Intervention in Prisons, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 138, 1990, p. 810; 813-814).

¹¹⁵ *Ibid*, p. 808-811.

¹¹⁶ *Ibid*, p. 848-849.

¹¹⁷ Explica a autora que os fatores que mais frequentemente afetam a decisão de uma corte sobre a adoção de um estilo de gestão em particular, incluem: (1) a visão atual do juiz sobre a natureza e limitações do papel do Poder Judiciário e a sua legitimidade para intervir ativamente na administração de uma instituição estadual; (2) a visão do juiz sobre as causas subjacentes das condições prisionais inconstitucionais e suas expectativas em relação à resposta das autoridades penitenciárias ao mandato judicial; (3) a visão do juiz sobre a natureza da prisão como instituição e o papel e capacidade da administração penitenciária; (4) uma reavaliação dos pressupostos subjacentes às estratégias judiciais anteriores à luz da experiência, ou em resposta à frustração ou insatisfação da corte com o descumprimento da norma constitucional pela instituição (*Ibid*, p. 851, nota 187).

apenas reafirmando os deveres dos réus.¹¹⁸ Essa abordagem foi bastante comum nos estágios iniciais da *Prision Reform Litigation*, como aconteceu no já mencionado caso *Holt v. Sarver*.

O juiz diretor, por sua vez, assume a responsabilidade direta pelo desenvolvimento e implementação do remédio processual. Ele formula uma solução, seja por conta própria, ou com a ajuda de advogados dos demandantes, ou de um especialista nomeado pela Corte, e impõe aos demandados. Trabalha com a cooperação direta das partes para implementar a sentença e fica com a tarefa de supervisionar as etapas do seu cumprimento. No entanto, em caso de descumprimento ou falta de cooperação, assume maior controle sobre a fase de execução, aumentando a especificidade de suas ordens, inclusive de maneira a alterar a conduta dos funcionários de dentro da prisão, por meio de demissões e transferências.¹¹⁹ O juízo federal desempenha um papel ativista e gerencial, acreditando que “*a court's constitutional and equitable duty to intervene effectively in response to executive and legislative failure to fulfill their constitutional responsibilities justifies an expansive, managerial approach*”.¹²⁰

Tal regime gestão judicial do processo na fase pós-julgamento, que contava com o estabelecimento de regras fixas e específicas por uma autoridade central, prescrevendo os *inputs* e procedimentos operacionais para a reforma das instituições públicas envolvidas, bem como a nomeação de fiscais para a supervisão *in loco*, foi denominado de “*command-and-control injunctive regulation*”, por Charles F. Sabel e William H. Simon.¹²¹

O juiz mediador, por outro lado, rejeita formalidades e usa o seu poder de persuasão sobre os advogados das partes, induzindo-os a elaboração de um acordo para colocar fim às práticas inconstitucionais. Ele estabelece diretrizes, oferece sugestões para encorajar as negociações, elogia os esforços dos envolvidos e, em caso de não cumprimento da sentença, ameaça impor sanções ou passar a ter uma atuação mais intrusiva na fase de execução. Atua como intermediário nas disputas entre os advogados dos demandantes e dos demandados, priorizando a mínima intervenção possível do juízo federal nos processos de tomada de decisão política no âmbito da reforma prisional. Quando as partes chegam a um impasse atua encorajando-as a moderar suas demandas, bem como rejeita técnicas formais de

¹¹⁸ STURM, Susan. Resolving the Remedial Dilemma: Strategies of Judicial Intervention in Prisons, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 138, 1990, p. 851-854.

¹¹⁹ *Ibid*, p. 849-851.

¹²⁰ *Ibid*, p. 853.

¹²¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 4, fev/2004, p. 1019.

monitoramento, como audiências periódicas, devido à sua tendência de polarizar os envolvidos.¹²²

O mediador valoriza o voluntarismo e o consentimento como um meio de produzir um remédio justo que os réus aceitarão. Os processos pelos quais a solução é formulada, a participação dos funcionários responsáveis pela implementação e o resultado substantivo das negociações são secundários diante do objetivo de alcançar um acordo. Os advogados são os atores principais e o foco está no resultado jurídico dessas negociações e não no procedimento por meio do qual ele foi alcançado.¹²³

Esse estilo de gestão processual começou a tomar forma em meados dos anos de 1980 e representou a superação do modelo “comando-e-controle”¹²⁴, conduzido pelo juiz diretor, predominante na primeira geração de casos de reforma prisional nos Estados Unidos¹²⁵. Como descreve Schlanger, à época as cortes estavam funcionando como uma arena de disputa política e os juízes passaram a desempenhar um papel substancial no encorajamento das partes para a elaboração de acordos complexos, a fim de superar o quadro de inconstitucionalidade dos estabelecimentos carcerários estaduais. A mudança institucional necessária requeria a interferência em políticas públicas e, por consequência, a cooperação dos réus, que era mais facilmente obtida por meio do consentimento do que por ordem judicial. Assim, *settlements* dos mais variados tipos passaram a ser, de fato, a principal fonte para a resolução das demandas envolvidas na *Prision Reform Litigation*, sendo a prática judiciária moldada por meio da contribuição estratégica de participantes não-judiciais.¹²⁶ Como afirma a autora, “*defendants who agree to a decree may transform themselves in the eyes of the public, and even in their own eyes, from ‘lawbreakers to law implementers’*”.¹²⁷

Nesse contexto, a maioria das *structural injunctions* passou a ser resultado de *consent decrees* (acordos judiciais) firmados entre detentos e os funcionários das prisões, endossados pelos juízos federais, indo muitas vezes além do necessário para corrigir a violação constitucional declarada na sentença e exigindo ações corretivas dispendiosas.¹²⁸

¹²² STURM, Susan. Resolving the Remedial Dilema: Strategies of Judicial Intervention in Prisons, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 138, 1990, p. 854.

¹²³ *Ibid*, p. 855-856.

¹²⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 4, fev/2004, p. 1035.

¹²⁵ Aqui referindo-se aos primeiros 15 anos da *Prision Reform Litigation* nos EUA (SCHLANGER, Margo. Beyond The Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation, *Michigan Law Review*, vol. 97, mai/1999, p. 1997).

¹²⁶ *Ibid*, p. 2009-2030.

¹²⁷ *Ibid*, p. 2012.

¹²⁸ *Ibid*, p. 2010.

Por fim, o juiz catalisador é aquele que cria mecanismos e incentivos para induzir as partes a participarem de um processo deliberativo, a fim de formular e implementar um remédio judicial eficaz. Para tanto, o catalisador exige que os funcionários da prisão se envolvam em rodadas deliberativas com os representantes dos queixosos, para a construção das medidas estruturais pertinentes, utilizando-se das tradicionais sanções para conseguir a colaboração necessária. Os envolvidos devem identificar as condições que causam a violação constitucional, reunir as informações, conhecimentos e recursos requeridos para a elaboração de uma solução viável, bem como contar com a experiência dos atores essenciais para que a reforma institucional bem-sucedida. Caso seja necessário, o juiz faz uso de intermediários e especialistas indicados pelo próprio Poder Judiciário, para fornecer às autoridades penitenciárias o apoio técnico para que se desenvolva um plano de ação conjunto.¹²⁹ E, essa interação entre especialistas e participantes da dinâmica prisional acaba por expor os agentes penitenciários a abordagens alternativas, que podem facilitar o desenvolvimento de soluções mais eficazes para os problemas em questão.¹³⁰

Após avaliar se a forma de resolução proposta é adequada e razoável à luz das informações coletadas, o juiz catalisador estabelece prazos para o cumprimento das medidas previstas, bem como estipula a criação de um sistema monitoramento acerca do seu adimplemento gradativo, de responsabilidade dos réus, para que possa avaliar o seu progresso. A coleta regular de informações e a obrigatoriedade de relatórios periódicos, juntamente com os prazos para determinadas atividades de adimplemento, pressionam os demandados a dar cumprimento à decisão judicial.¹³¹

Nesse modelo de gestão processual vislumbra-se um ativismo judicial limitado, já que ao mesmo tempo que o juiz impõe uma pressão externa, por meio do emprego de instrumentos que tradicionalmente dispõe,¹³² prioriza a responsabilidade organizacional interna e os canais de participação, para induzir os funcionários das prisões a levar as

¹²⁹ Como explica a autora, se os funcionários carcerários não tiverem as habilidades e os conhecimentos necessários para fazer uso efetivo do processo estruturado pelo catalisador, a nomeação de intermediários e especialistas pela corte criará oportunidades de intercâmbio e coordenação de informações (STURM, Susan. *Resolving the Remedial Dilemma: Strategies of Judicial Intervention in Prisons*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 138, 1990, p. 891).

¹³⁰ *Ibid*, p. 856.

¹³¹ *Ibid*, p. 857.

¹³² Aduz a autora que uma corte tem o poder de impor custos diretos por incumprimento. Pode aumentar o seu grau de supervisão e reduzir a discricão e a autonomia dos funcionários prisionais em face da contínua recusa em desenvolver um plano para alcançar a execução da ordem judicial. Os juízes podem forçar as prisões a internalizarem o custo de violações constitucionais continuadas, exigindo que o Estado compense os internos pela contínua privação de seus direitos constitucionais por meio de reparações pecuniárias. Também podem ser impostas multas, bem como ser ordenada a soltura de presos e o fechamento da instituição em resposta à intransigência do réu (*Ibid*, p. 884-885).

disposições constitucionais a sério e assumir a responsabilidade pela reestruturação institucional. Como explica Sturm:

*The catalyst believes that prison officials will remain unable or unwilling to initiate meaningful compliance in the absence of a strong judicial presence during the remedial implementation stage. Nevertheless, the catalyst has limited confidence in the court's capacity to manage change directly. In the view of the catalyst, noncompliance with prison decrees is no different than similar resistance in less controversial cases, and protection of the court's authority requires enforcement of its mandate.*¹³³

Esse modelo representou um avanço em relação à abordagem do mediador e passou a ser empregado no contexto da *Prison Reform Litigation* estadunidense a partir dos anos 1990. Na análise da autora, dentre as estratégias gerenciais adotadas na supervisão do processo de execução das sentenças que declararam a inconstitucionalidade das condições carcerárias, a abordagem catalisadora é a que tem um potencial real para lidar com a dinâmica da estagnação organizacional e promover o desbloqueio político e institucional, permanecendo dentro dos limites do exercício da função judicial. Isso porque, ao invés de aderir às regras existentes no sistema prisional, como faz o juiz deferente, ou impor unilateralmente as normas judiciais, como faz o juiz diretor, ou depender exclusivamente dos advogados das partes para produzir um acordo,¹³⁴ como faz o juiz mediador, o juiz catalisador estrutura um processo deliberativo por meio do qual os principais atores do sistema prisional desenvolvem uma solução.¹³⁵

Ao envolver os responsáveis pela implementação dos resultados das deliberações, esse estilo de gestão permite que aqueles que promovem as mudanças adotem uma perspectiva mais sistêmica dos problemas subjacentes às violações constitucionais. Ademais, a pressão pública e política gerada pela imposição de sanções pelo juiz pode fornecer aos administradores prisionais os incentivos e apoio necessários para confrontar a resistência interna à mudança.¹³⁶ Assim, por meio da exposição, participação e deliberação, essa

¹³³ STURM, Susan. Resolving the Remedial Dilemma: Strategies of Judicial Intervention in Prisons, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 138, 1990, p. 858-859.

¹³⁴ O catalisador difere do mediador porque foca na natureza do processo e não na obtenção de acordo, envolve diretamente os participantes da instituição e respalda seu processo com o uso de sanções judiciais formais (*Ibid*, p. 854).

¹³⁵ *Ibid*, p. 891-894.

¹³⁶ Como afirma Sturm, os membros da comunidade carcerária que apoiam a mudança muitas vezes carecem de poder político e organizacional e, a intervenção judicial pode inclinar o equilíbrio de poder na direção da mudança. Ao reconhecer a necessidade constitucional de reestruturação, a corte aumenta a visibilidade e a legitimidade dos reformadores internos. A intervenção judicial alavanca os pedidos de aumento orçamentário das casas de correção, bem como aumenta o apoio público à reforma do sistema prisional, expondo as condições e práticas inconstitucionais e legitimando as queixas dos internos. A reforma ordenada pelo Poder Judiciário pode facilitar o crescimento de novos grupos de defesa tanto no legislativo quanto no setor privado e, o pessoal da prisão comprometido com a mudança pode ter aumentado o acesso ao poder. A intervenção judicial pode, assim,

estratégia evita os problemas que frustram os esforços de reforma do deferente, do diretor e do mediador.¹³⁷ O compromisso do catalisador com um processo deliberativo para a formulação da solução e a internalização da mudança, influencia diretamente a dinâmica da “estase organizacional”¹³⁸ e permite que a corte desenvolva e institucionalize um novo estado de coisas.¹³⁹

Em 1996, descontente com a amplitude da atuação judicial, como forma de *backlash*¹⁴⁰, o Congresso dos Estados Unidos promulgou o *Prision Litigation Reform Act* (PLRA), para tentar conter a discricionariedade das cortes federais, impondo uma série de restrições processuais nesses tipos de ação. Em síntese, esse estatuto passou a exigir que as ordens estruturais contra a Administração Prisional fossem menos intrusivas e abarcassem apenas o necessário para corrigir as violações ao contido na Oitava Emenda à Constituição estadunidense. Além disso, previu que após dois anos as medidas em desfavor dos demandados fossem revogadas, a menos que os demandantes comprovassem a continuidade das violações. Também dispôs acerca da obrigatoriedade de os prisioneiros esgotarem os recursos administrativos antes de entrar com uma demanda judicial, prevendo sanções para

compensar a ausência de um eleitorado político efetivo para a reforma das prisões. A pressão pública imposta às autoridades penitenciárias e estatais através da exposição das condições carcerárias e da imposição de custos pelo descumprimento cria uma nova fonte de poder para aqueles que geralmente são frustrados pela ausência de apoio executivo e legislativo à reforma (STURM, Susan. *Resolving the Remedial Dilema: Strategies of Judicial Intervention in Prisons*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 138, 1990, p. 902-904).

¹³⁷ Na análise de Sturm, o deferente, o diretor e o mediador acreditam que é injusto impor sanções ou indenizar danos, porque o não-cumprimento é, pelo menos em parte, causado por fatores que estão além do controle do réus, ou que os problemas subjacentes ao não cumprimento são muito complexos e políticos para garantir sanções. E, assim, recusam-se a usar as ferramentas judiciais tradicionais disponíveis para impor suas decisões, deixando de induzir os funcionários da prisão a levar a sério a intervenção judicial e assumir a responsabilidade pela mudança institucional (*Ibid*, p. 858).

¹³⁸ *Cf.* nota 114.

¹³⁹ STURM, *op. cit.*, p. 895-898.

¹⁴⁰ O termo *backlash* pode ser aqui entendido como forte reação social e/ou institucional contrária a mudanças decorrentes da decisão proferida em sede de controle judicial de constitucionalidade. Como explicam Robert Post e Reva Siegel, a palavra *backlash* começou a ser rotineiramente aplicada na arena política durante o Movimento dos Direitos Civis dos negros nos EUA (1955 – 1968), quando o termo desenvolveu um "uso mais amplo", que se refere tanto à resistência do sul aos direitos civis e também a "reação branca" na Norte. Neste sentido, *backlash* passou a designar as contraforças desencadeadas por mudanças ameaçadoras no *status quo* e os cientistas sociais começaram a defini-lo como a reação por parte de grupos que estão em declínio, em um sentido de importância, influência e poder, como resultado de mudanças endêmicas seculares na sociedade. Já na perspectiva do modelo do constitucionalismo democrático proposto pelos autores norte-americanos, o *backlash* é uma forma de resistência às decisões que ameaçam alterar o *status quo* da ordem constitucional, sendo um dos possíveis resultados da luta da política democrática para moldar o exercício do controle judicial de constitucionalidade. Afirmam Post e Siegel que este conflito entre a jurisdição constitucional e a democracia é uma consequência inevitável da vindicação de direitos constitucionais, sendo que o processo de tomada de decisão judicial não é incompatível com este tipo de engajamento político, que busca a manutenção de uma responsividade democrática na construção dos significados constitucionais (POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage: Democratic constitutionalism and Backlash*, *Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review*. v. 42. Cambridge: Harvard University, 2007, p. 16 - 20)

petições com conteúdo frívolo e a desconsideração de ações sobre danos que não fossem físicos.¹⁴¹

Não obstante as restrições legais impostas, o volume de casos envolvendo a reforma estrutural do sistema carcerário continuou sendo considerável e o modelo de gestão judicial desses processos, na fase pós-julgamento, passou a adotar, definitivamente, os contornos da abordagem catalisadora identificada por Sturm e a que Simon e Sabel denominaram de “*experimentalist regulation*”. Como afirmam esses autores, algumas das disposições fundamentais do PLRA, inclusive, poderiam ser interpretadas de forma a incentivar a predominância desse viés experimentalista/catalisador.

A exigência da exaustão das vias administrativas, por exemplo, contribuía para o objetivo, tão enfatizado por Sturm, de desenvolver uma capacidade autônoma e contínua de aprendizado e de autocorreção por parte da própria Administração Prisional. E, quanto à previsão de que as medidas estruturais ordenadas judicialmente teriam a duração de dois anos, a menos que haja prova de violações atuais, elucidam Sabel e Simon que, na medida em que os remédios tomam uma feição experimentalista, criam transparência, facilitado a demonstração de eventual continuidade nas violações. Uma vez que a responsabilidade pela inconstitucionalidade é declarada e se estabelecem, de maneira deliberativa, os critérios e procedimentos para a correção, o processo de instrução se funde com o da implementação, havendo o monitoramento contínuo do desempenho das partes envolvidas na sua superação.¹⁴²

Tanto nos casos da *Prision Reform Litigation*, como em outros contextos institucionais,¹⁴³ o modelo de atuação judicial em litígios estruturais nos Estados Unidos dos anos de 1990 em diante, guinou de uma abordagem “*top-down*”, com um regime de imposição de regras fixas, numa intervenção corretiva do tipo comando-e-controle, para uma abordagem catalisadora, que enfatiza a deliberação entre as partes interessadas, a revisão contínua de avaliações de desempenho e a transparência, a partir do que Sabel e Simon identificaram como métodos experimentalistas.

¹⁴¹ SABEL, Charles F; SIMON, William H.. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 4, fev/2004, p.1017.

¹⁴² *Ibid*, p.1041-1042.

¹⁴³ É importante destacar que o trabalho de Sabel e Simon abarca a análise do modelo de intervenção judicial experimentalista em outros contextos, além do da reforma estrutural dos sistemas prisionais nos Estados Unidos, como o do sistema escolar, das instituições de tratamento psiquiátrico, dos departamentos de polícia e de habitação pública (*Ibid*, p.1022-1028; 1029-1034; 1043-1047; 1047-1052).

2.5 EXPERIMENTALISMO E ACCOUNTABILITY JUDICIAL: DIREITOS DE DESESTABILIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA MODERNA STRUCTURAL REFORM LITIGATION

A mudança de abordagem nas práticas resolutivas judiciais, identificada na segunda geração de litígios estruturais nos Estados Unidos, foi descrita por Sabel e Simon como *experimentalist regulation* e por eles caracterizada como uma espécie do que denominam de “*destabilization rights*”¹⁴⁴. Para os autores, esses direitos se circunscrevem a reivindicações para a desestabilização e abertura de organizações governamentais, que deixaram de cumprir com as suas obrigações legais de forma reiterada e que se encontram, de alguma forma, protegidas dos processos normais de *accountability* política. Nesse diapasão, o termo tem como enfoque um elemento crucial e comum às demandas que embasam os litígios estruturais no direito público estadunidense¹⁴⁵ e, além disso, traz a lume uma dimensão da resolução de conflitos que tem como perspectiva um modelo de intervenção judicial bem-sucedido, conforme inferiu Sturm.¹⁴⁶

A pesquisa dos autores parte da premissa de que a *public law litigation* descrita por Chayes nos idos de 1970, restou transformada pelas dificuldades que enfrentou e, nos anos 2000, está se tornando um instrumento influente e promissor de *accountability* democrática. Segundo eles, apesar de décadas de criticismo e de tentativas de restrição, as cortes inferiores continuam desempenhando um papel crucial em um movimento crescente de reforma

¹⁴⁴ Como pontuam os autores, essa nomenclatura, bem como a ideia que eles desenvolvem a partir dela, têm origem na obra de Mangabeira Unger, especificamente no “sistema de direitos” formulado pelo autor brasileiro em *False Necessity* (1987), que contém um detalhado programa institucional de “empoderamento da democracia”. Em apertada síntese, segundo a teoria social construtivista de Unger, esse sistema de direitos é capaz de implementar uma “visão de empoderamento individual e coletivo”, sendo expressão indissociável da tarefa de reconstrução institucional, em prol da eliminação das hierarquias e dos planos de divisão social, existentes na sociedade. Nesse contexto, os “direitos de desestabilização” são aqueles vinculados à execução de políticas e mobilização dos poderes, estando vinculados, de forma indissociável, aos “direitos de imunidade”, atinentes à ideia de proteção contra excessos e violações pela maioria, eleita democraticamente. (UNGER, Roberto Mangabeira. *False Necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 510-530). Nas palavras do autor:

“*Destabilization rights protect the citizen's interest in breaking open the large-scale organizations or the extended areas of social practice that remain closed to the destabilizing effects of ordinary conflict and thereby sustain insulated hierarchies of Power and advantage. The combination of immunity rights with destabilization rights gives legal expression to the central institutional mechanism of the whole constitutional plan. The destabilization entitlement ties the collective interest in ensuring that all institutions and practices can be criticized and revised to the individual interest in avoiding oppression*”. (*Ibid*, p. 530).

¹⁴⁵ O próprio Unger afirma que os direitos de desestabilização possuem homólogos nas variações do complexo de *injunctive relief* encontrado no direito estadunidense contemporâneo, mais especificamente nas *injunctions* que autorizam a intervenção judicial em escolas, hospitais e outras instituições sociais, para a sua reconstrução, em nome de ideais democráticos (*Ibid*, p. 531-532). E, por conta dessa assertiva, Sabel e Simon entendem que a prática nos casos “chayesianos” de *Public Law Litigation*, nos anos que se seguiram à publicação do livro de Unger, deve ser considerada tanto como uma vindicação quanto como uma elaboração da sua ideia (SABEL, Charles F; SIMON, William H.. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 4, fev/2004, p.1056).

¹⁴⁶ *Ibid*, p. 1019.

institucional, nas áreas centrais de Direito Público identificadas por Chayes, quais sejam, escolas, prisões, hospitais psiquiátricos, departamentos de polícia e habitação pública. Destarte, não há nenhuma indicação de redução no volume ou importância da “*Chayesian judicial activity*”, mas as formas particulares dessa atuação evoluíram. Os remédios judiciais mais recentes são diferentes em aspectos importantes, podendo ser percebida uma mudança em direção à uma intervenção experimentalista, que contempla um processo permanente e colaborativo de auto-revisão das decisões, ao invés de uma reforma dirigida pelas cortes a partir de critérios fixos.¹⁴⁷

Ademais, seguindo a mesma linha de Fiss e, criticando em parte as proposições de Chayes, afirmam Sabel e Simon que há uma importante relação de continuidade entre a tradicional *common law adjudication* e a *public law litigation* (ou *structural reform litigation*). Asseveram os autores que ao postular a existência de um contraste entre o antigo modelo de solução de controvérsias privadas e as novas demandas contra instituições públicas para a sua reforma estrutural, Chayes ignorou a forma como alguns aspectos da adjudicação tradicional implicam em policentricidade e desestabilização. Isso porque, como visto,¹⁴⁸ o autor partia do pressuposto de que esse “*traditional model*” era caracterizado como bipolar (afetando apenas duas partes), retrospectivo (concernente a fatos do passado), envolvendo reivindicações de direito que implicavam soluções definitivas proporcionais ao dano alegado, autocontenção (no sentido de que com o julgamento terminava o envolvimento do tribunal), e com o controle atribuído às partes (implicando um papel judicial passivo).¹⁴⁹

Contudo, argumentam Sabel e Simon que, em primeiro lugar, os julgamentos na *common law* produzem tanto uma solução para a disputa entre as partes, como uma norma, denominada de precedente, que supostamente serve para orientar os casos futuros e, por consequência, a conduta social. Na forma de precedentes, então, decisões de juízes de primeira instância em casos de direito privado, partilham características que Chayes atribuiu a litígios em direito público. Elas têm efeitos que se estendem além das partes imediatas e, na tomada de decisão os juízes muitas vezes tentam levar em conta tais efeitos. Além disso, essas consequências futuras não são necessariamente proporcionais ou previsíveis em relação ao dano particular alegado pelo autor perante o juízo.¹⁵⁰ A adjudicação tradicional envolve

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 1020.

¹⁴⁸ Vide nota 74.

¹⁴⁹ CHAYES, Abram. The Role of The Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 07, mai/1976, p. 1282-1283.

¹⁵⁰ SABEL, Charles F; SIMON, William H.. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 4, fev/2004, p. 1057-1059.

também, portanto, disputas policêntricas.¹⁵¹ Como explicam os autores, “*whatever the direct mandatory effects of a common law decision, its precedential effects often ramify in myriad and partly unforeseeable ways*”.¹⁵²

Em segundo lugar, porque existe uma tendência de desestabilização de práticas sociais estagnadas também nos procedimentos que envolvem demandas de direito privado. Para os autores, em áreas como a da responsabilidade civil e a falimentar, o direito destina-se a funcionar tanto quanto um sistema de regulação social, quanto de resolução de disputas. Nesse sentido, reafirmando as proposições de Eisenberg e Yeazell¹⁵³, sustentam Sabel e Simon que há muito tempo as cortes se engajam de maneira direta e abrangente na reestruturação de empresas, em demandas envolvendo questões de truste e insolvência. No primeiro caso, a atuação antitruste dos juízes é baseada num conjunto de ferramentas legais destinadas a desestabilizar empresas que reduziram sua vulnerabilidade a pressões competitivas. A legislação que regulamenta a insolvência, por sua vez, desestabiliza a posição dos proprietários ou administradores da empresa devedora. Os processos desenvolvidos nas *bankruptcy courts*, assim, são concebidos para nivelar as forças, obrigando o devedor a divulgar informação, auxiliando a coordenação dos credores e, em casos extremos, promovendo a substituição do devedor ou seu representante administrativo.¹⁵⁴

No contexto da *public law litigation*, esses direitos de desestabilização protegem os interesses dos cidadãos, assegurando a possibilidade de alteração do funcionamento de uma instituição pública que não esteja conseguindo satisfazer padrões de desempenho adequados¹⁵⁵ e, que esteja imune aos mecanismos políticos convencionais de correção.¹⁵⁶ Na

¹⁵¹ Nesse sentido também se posiciona o autor brasileiro Jordão Violin, que desenvolveu a sua tese de doutoramento sobre a experiência norte-americana na resolução de litígios estruturais. Em síntese, defende ele que o policentrismo jurídico, ou seja, o fato de existirem disputas policêntricas, não é uma característica inerente somente aos litígios estruturais, sendo um problema de direito material que se espalha por todo o ordenamento e se refere aos casos em que se torna complexo responder objetivamente o que deve ser feito. Por outro lado, a complexidade que torna estrutural um litígio está na multiplicidade de critérios extraleais para definir o cumprimento e de meios para implementar a decisão, o que denomina de “policentrismo extrajurídico” (VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais em Perspectiva Comparada: A experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos*. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019).

¹⁵² SABEL, Charles F; SIMON, William H.. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 4, fev/2004, p. 1059 - 1061.

¹⁵³ Cf. p. 39-41.

¹⁵⁴ SABEL; SIMON. *op. cit.*, p. 1061-1062.

¹⁵⁵ A título de exemplo, nos casos da *Prision Reform Litigation*, esses padrões de desempenho eram ditados pela *American Correctional Association*, mediante a colaboração do *Federal Bureau of Prisons*. Desde os anos 50 essa Associação Correcional publica normas operacionais destinadas a melhorar as práticas correcionais, em benefício dos internos, funcionários, administradores e do público, como o pioneiro “*Manual on Correctional Standards*”, de 1954. (Disponível em: https://www.aca.org/aca_prod_imis/aca_member/ACA_Member/Standards_and_Accreditation/StandardsInfo_Home.aspx. Acesso em: 12/05/2018).

perspectiva apresentada por Sabel e Simon – que retoma a ideia de juiz catalisador de Sturm-, declarada a responsabilidade da organização pela violação de direito alegada, iniciam-se rodadas de negociação e deliberação supervisionadas, entre as partes envolvidas na demanda e outras partes interessadas. O resultado esperado deste processo é o consenso acerca da estipulação de um regime de regras provisórias, que terão a sua implementação periodicamente monitorada, à luz de procedimentos de avaliação e revisão transparentes.¹⁵⁷

Nessa toada, vislumbram-se três características principais na abordagem experimentalista (ou catalisadora), que passou a ser tendência na resolução dos litígios estruturais dos Estados Unidos a partir da década de 1990. A primeira, é a negociação entre as partes acerca de um plano de ação para a reforma estrutural da instituição. Essa negociação é deliberativa, deve ser supervisionada por um mediador e, acontece por meio de encontros presenciais entre os todos interessados, que então apresentam razões e defendem as suas respectivas posições. Embora o objetivo seja alcançar o consenso, pode ser que esse não se materialize e sejam apresentadas várias propostas à corte. Mesmo aqueles potenciais afetados que não sejam parte formal do processo devem ser admitidos nessas rodadas deliberativas e, caso não venham por conta própria, mas sejam considerados importantes para o sucesso da reforma estrutural, deverão ser convocados judicialmente.¹⁵⁸

A segunda, é que a intervenção judicial se dá por meio da fixação de regras gerais e provisórias, decorrentes do plano de ação negociado entre as partes. Essas disposições demandam um processo de reavaliação e revisão contínua, com a participação dos interessados. Isso porque os envolvidos reconhecem que, efetivamente, não podem elaborar regime detalhado de procedimentos práticos e operacionais, por meio de regras fixas e específicas, sem deixar lacunas e ambiguidades, pois detêm informações limitadas, não conseguindo antecipar todas as possíveis circunstâncias futuras.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Como explicam os autores, dentre os elementos que, a primeira vista, identificam uma litigância para a reforma de instituições públicas – quais sejam, a falha de desempenho e o bloqueio político para a autocorreção –, apenas o segundo é efetivamente distintivo na arena do direito público. Diversamente do que ocorre no meio competitivo do mercado, em que se encontram as empresas abarcadas pela lei antitruste ou falimentar, no caso das organizações governamentais em mau funcionamento, os principais mecanismos de *accountability* tendem a ser eleitorais e políticos. Nesse sentido, Sabel e Simon estabelecem três situações que geralmente dão azo a existência desse traço político específico, na *public law litigation*: i) a existência de um controle político majoritário não responsivo aos interesses de uma minoria vulnerável e estigmatizada; ii) a existência de um pequeno e concentrado grupo, com grande poder de participação, que explora e desconsidera um grupo mais numeroso e difuso de pessoas, por meio de mecanismos como o da “captura”, dentro das instituições públicas; e iii) a existência de uma falta de vontade política e de coordenação entre os entes públicos envolvidos, para que se promova a reforma institucional necessária. (SABEL, Charles F; SIMON, William H.. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 4, fev/2004, p.1064-1066).

¹⁵⁷ *Ibid*, p. 1062.

¹⁵⁸ *Ibid*, p. 1067-1068.

¹⁵⁹ *Ibid*, p. 1069-1071.

Por fim, a terceira característica do modelo experimentalista é a transparência, o que significa dizer que as regras provisórias estipuladas no plano de ação, devem ser claras e públicas. Ademais, devem existir acordos prévios sobre as formas de avaliação do grau de adimplemento das medidas estipuladas e, esses procedimentos e seus resultados, devem ser tornados públicos. A fixação judicial e pública de padrões de *accountability*, constrói uma ponte entre a afirmação inicial acerca de um direito substantivo e a eventual reparação judicial.¹⁶⁰

Para Sabel e Simon, essa intervenção experimentalista, que combina normas mais flexíveis e provisórias, com procedimentos para a participação contínua das partes interessadas e medidas de *accountability*, se mostra mais eficaz na indução do cumprimento das obrigações legais pelos respectivos órgãos públicos envolvidos e mais consistente com o modelo de constitucionalismo¹⁶¹ adotado nos Estados Unidos.¹⁶² Isso porque, a partir do momento em que as cortes passam a desempenhar um papel significativo na elaboração de políticas públicas, além da independência judicial, a *accountability* e a eficiência, passam a ser credenciais democráticas para a *judicial review*.

Como explica Daniela Piana, formas de *accountability* judicial associadas com mecanismos de transparência pública e de gestão eficiente, são adequadas em contextos nos quais aos juízes compete criar normas, como acontece em países do *common law*, como a Inglaterra e os Estados Unidos, onde “*judges have been always thought of as policy makers*”.¹⁶³ Em tais contextos, é comum a preponderância de dois modos específicos de *accountability* judicial,¹⁶⁴ que a autora denomina de *managerial* e de *societal*. O primeiro refere-se ao fato de que o Judiciário deve ser *accountable* a um padrão de eficiência e, para tanto, deve promover a introdução de sistemas de gestão processual nas cortes. A *societal accountability*, por sua vez, abrange qualquer tipo de controle exercido por agentes privados, em particular por organizações da sociedade civil e cidadãos, que torne os juízos mais

¹⁶⁰ *Ibid*, p. 1071.

¹⁶¹ Constitucionalismo aqui entendido em sentido amplo, como o conjunto de normas e práticas jurídicas e políticas fundamentais que são constitutivas da comunidade política, como a proteção das minorias e dos direitos individuais, e os valores políticos substantivos particulares (Cf. WHITTINGTON, Keith E.. Constitutionalism. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Org.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press: New York, 2008, p. 281-282).

¹⁶² SABEL, Charles F; SIMON, William H.. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 4, fev/2004, p. 1019.

¹⁶³ PIANA, Daniela. Beyond Judicial Independence: Rule of Law and Judicial Accountabilities in Assessing Democratic Quality, *Comparative Sociology*, Koninklijke Brill NV, Leiden, vol 9, 2010, p. 60.

¹⁶⁴ Na obra da autora são também descritos outros mecanismos de *accountability* judicial, com base nas normas e padrões recomendados pela União Europeia e pelo Conselho da Europa, para um tipo ideal de constitucionalismo, quais sejam: *legal accountability*; *institutional accountability*; e *professional accountability* (*Ibid*).

responsivos às demandas dos potenciais afetados pelas suas decisões.¹⁶⁵ Nas palavras da autora:

*The perceived legitimacy of the judicial system depends on many factors, among which stands courts' transparency and efficiency. The more judges are involved in social practices and in policy-making processes, the more they need to be held accountable and to be responsive to the society in which they adjudicate.*¹⁶⁶

A essa atuação das cortes na determinação dos resultados de políticas públicas, principalmente por meio da revisão de decisões administrativas, do redesenho judicial dos limites burocráticos entre os órgãos estatais e da proteção dos direitos e liberdades constitucionais, há muito vivenciada no âmbito da *judicial review* estadunidense, pode se dar o nome de “judicialização da política”¹⁶⁷. Esse fenômeno é um dos desdobramentos mais significativo dos governos do fim do século XX e início do século XXI, em jovens democracias constitucionais. Após a Segunda Guerra Mundial, com a constitucionalização de direitos e a adoção de um controle ativo de constitucionalidade, vem sendo experimentada em inúmeros países ao redor do planeta a expansão do poder judicial em detrimento das esferas de governo representativas, passando o Judiciário a desempenhar um papel chave na resolução da maioria das questões sociais e políticas controversas.¹⁶⁸

Em um texto sobre a propagação global da revisão constitucional, publicado em 2008, Tom Ginsburg aponta que dos 191 sistemas constitucionais existentes, 158 incluíam a previsão formal desse tipo de controle judicial, dentre os quais 79 constituições escritas possuíam a designação de órgãos específicos, como cortes constitucionais ou conselhos e, outras 60, tinham disposições explícitas de *judicial review* por meio de cortes ordinárias ou de uma suprema corte.¹⁶⁹

Com a disseminação do modelo de *judicial review* desenvolvido nos Estados Unidos, a *structural reform litigation* também começou a aparecer e até mesmo prosperar em outros lugares. Atualmente tribunais superiores na Índia, Argentina, África do Sul e Colômbia, atendem a certas reivindicações baseadas em direitos fundamentais mediante ordens judiciais para a reforma em larga escala de políticas governamentais. E, a forma como a gestão judicial

¹⁶⁵ PIANA, Daniela. Beyond Judicial Independence: Rule of Law and Judicial Accountabilities in Assessing Democratic Quality, *Comparative Sociology*, Koninklijke Brill NV, Leiden, vol 9, 2010, p. 50-51.

¹⁶⁶ *Ibid*, p. 60-61.

¹⁶⁷ HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Org.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press: New York, 2008, p. 121-123.

¹⁶⁸ *Ibid*, p. 119-121.

¹⁶⁹ GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review, In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Org.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press: New York, 2008, p. 81.

desses processos acontece na prática, revela muito sobre a maneira como as instituições do Poder Judiciário afetam a qualidade democrática desses países, como será abordado na próxima seção, especialmente em relação ao contexto colombiano e sul-africano que, de alguma forma, têm sido tomados como norte nas iniciativas para a solução de litígios estruturais na jurisprudência brasileira.

3 LITÍGIOS ESTRUTURAIS NO CONTEXTO DO SUL GLOBAL: CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E ATIVISMO DIALÓGICO DA COLÔMBIA À ÁFRICA DO SUL

Na América Latina, o constitucionalismo do final do século XX foi resultado da crise política e de direitos humanos decorrente das ditaduras dos anos sessenta e setenta, bem como da crise econômica relacionada com a implementação dos programas de ajuste estrutural característicos da década de noventa. Como aponta Rodrigo Uprimny, a partir da metade da década de oitenta a região vivenciou um intenso período de mudanças constitucionais, tendo quase todos os países ou adotado uma nova Constituição (Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Paraguai em 1993, Equador em 1998 e em 2008, Peru em 1993, Venezuela em 1999, e Bolívia em 2009, dentre outros) ou introduzido alterações importantes nas Constituições já existentes (Argentina em 1994, México em 1992 e Costa Rica em 1989).¹⁷⁰ Tendo em conta as desigualdades sociais e econômicas que afetavam e ainda hoje afetam esses países, bem como a ausência de identidade entre os interesses dos representantes políticos e os representados, e a necessidade de melhora das condições de vida, a maioria dessas reformas compartilha alguns pontos em comum.

As constituições desses países, assim como de outras nações em desenvolvimento, são por necessidade documentos transformadores, pois nenhum deles desejava permanecer como estava.¹⁷¹ Assim, para colocar o Estado a serviço da construção da igualdade e da justiça social, reconheceram um amplo catálogo de direitos fundamentais aos cidadãos, conferindo destaque aos de cunho prestacional e realização progressiva,¹⁷² bem como introduziram

¹⁷⁰ UPRIMNY, Rodrigo. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, vol. 89, n. 7, 2011, p. 1587.

¹⁷¹ GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?, *Perfiles Latinoamericanos*, n. 28, Julio-Diciembre 2006, Sécción Varia, p. 19-20.

¹⁷² Cumpre ressaltar que ao longo do texto da presente seção são usadas as nomenclaturas “direitos sociais”, “direitos socioeconômicos”, “direitos econômicos, sociais e culturais”, para se referir a esses direitos fundamentais, tendo em vista a opção por uma abordagem culturalista no estudo do direito comparado, já que são esses os termos usualmente utilizados pela cultura jurídica dos países em estudo. No entanto, não há qualquer intenção classificatória ou categorizadora (na forma de dimensões ou gerações de direitos) nessa terminologia, já que se tem conhecimento de que tanto a Corte colombiana, quanto a Corte sul-africana têm acolhido a concepção contemporânea de direitos humanos, endossando uma visão integral desses direitos, baseada na indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos civis e políticos e dos direitos sociais, econômicos e culturais. Nesse sentido, filiam-se à ideia de que todo direito fundamental tem facetas prestacionais e facetas não prestacionais, sendo que algumas obrigações que derivam desses direitos são de cumprimento imediato, como aquelas que exigem uma ação simples do Estado, por não requererem maiores recursos ou porque apesar da mobilização de recursos demandada, a gravidade e urgência do assunto implicam uma ação estatal imediata. Outras obrigações de caráter prestacional derivadas de um direito fundamental são de cumprimento progressivo, diante da complexidade das ações e dos recursos que se requerem para garantir efetivamente o seu gozo. Como explica Jorge Reis Novais, esse tipo de concepção dogmática unitária pretende superar a distinção classificatória da doutrina tradicional entre direitos de liberdade e direitos sociais, com fundamento na ideia de que a diferença que existe não se dá pelo fato de o direito fundamental ser de liberdade

cláusulas de participação popular. Esse projeto emancipatório, que atribui um papel fundamental ao Estado em busca de reformas sociais progressistas, no entanto, esbarrou numa organização de poderes conservadora, que mantém os processos políticos ordinários alheios aos problemas sociais e econômicos dos países. Isso porque mantiveram a tradicional estrutura de poder verticalizada, mediante sistemas presidencialistas fortes.¹⁷³

Como explica Gargarella, as energias ficaram concentradas no âmbito da parte dogmática das constituições, mediante a inclusão de um catálogo generoso de promessas constitucionais, sem que fosse reconhecida a influência que a seção constitucional destinada a organização e divisão de poder, a que denomina de “sala de máquinas”, tem a desempenhar na concretização desses direitos. Segundo o autor, as Constituições latino-americanas começaram a anexar novas preocupações sociais à velha matriz liberal-conservadora, hostil ao avanço de tais iniciativas, introduzindo um novo constitucionalismo com “*perfil social en materia de derechos, pero todavia demasiado conservador en materia de organización del poder*”.¹⁷⁴

Esse processo de integração jurídica desigual, que decorre do encontro entre dois corpos normativos diferentes, no entanto, produziu impactos internos nos sistemas constitucionais, tendo como resultado “influências cruzadas”. Neste sentido, partindo da premissa de que as reformas operadas na seção dos direitos exercem influências na seção dedicada à organização institucional, aponta Gargarella que uma das implicações da introdução dos direitos sociais nas Constituições latino-americanas (“*injeritos constitucionales*”¹⁷⁵), foi a transferência de poderes adicionais ao Judiciário, cujos membros passaram a ter a faculdade de tomar medidas ativas na implementação desses direitos constitucionais, quando demandados.¹⁷⁶

Destarte, embora a previsão de direitos fundamentais nas novas Constituições da região não tenha significado a sua conversão de pronto em realidade, o seu reconhecimento dotou de legitimidade a sua reivindicação. Por conseguinte, como aponta o autor argentino,

ou social, mas sim em função de características próprias dogmaticamente relevantes, atinentes à: i) opção normativa do legislador constituinte; ii) natureza do dever estatal correlativo, conforme ele está associado ao respeito, à proteção ou à promoção do direito fundamental; e iii) estrutura negativa ou positiva do direito fundamental. E, como ficará claro neste trabalho, é em razão da presença dessas características “que mudam os graus de vinculatividade jurídica, os padrões de controle constitucional, as margens respectivas que devem ser reconhecidas ao poder político democrático ou ao poder judicial” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 1ª ed., p. 255-269).

¹⁷³ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*. Katz Editores: Buenos Aires, 2014, p. 281-283.

¹⁷⁴ *Ibid*, p. 201-202.

¹⁷⁵ *Ibid*, p. 243-245.

¹⁷⁶ *Ibid*, p. 252.

tais cláusulas constitucionais que por algum tempo se encontraram adormecidas, consideradas como direitos “*meramente programáticos*”,¹⁷⁷ começaram a despertar do seu longo sono e “*fuleron ganando vida propia, mediante una paulatina erosión de las barreras que enfrentaban para tornarse efectivas*”¹⁷⁸. Na análise de Gargarella, vários elementos se combinaram para dar azo a essa mudança, dentre os quais: a crescente internacionalização do direito e o maior peso adquirido pelos tratados internacionais de direitos humanos; o desenvolvimento de uma complexa e densa reflexão dogmática sobre a matéria; o surgimento de um maior número de demandas sociais canalizadas externamente aos órgãos políticos; e a aparição de reformas legais destinadas a facilitar o acesso dos menos favorecidos aos tribunais.¹⁷⁹

Com efeito, a estratégia jurídica de transformação das demandas sociais em previsões constitucionais trouxe a lume o fenômeno da judicialização da política no contexto latinoamericano, com o propósito de forçar o Estado a tomar posição sobre as reivindicações mais profundas da sociedade civil.¹⁸⁰ Esse processo, que foi resultado do aumento no número

¹⁷⁷ O autor usa a denominação “cláusulas adormecidas” para se referir ao longo tempo em que os direitos sociais permaneceram dormindo seu sono constitucional, guardados nas gavetas dos juizes que consideravam aqueles direitos como não diretamente aplicáveis, ou seja, direitos “meramente programáticos”. Nesse contexto, os direitos sociais eram considerados objetivos a serem perseguidos pelos ramos políticos e não direitos individuais ou coletivos exigíveis judicialmente, resultando as novas Constituições em “pura poesia”, isto é, textos descomprometidos com a sua aplicação real na prática (*Ibid*).

¹⁷⁸ *Ibid*, p. 255.

¹⁷⁹ *Ibid*, p. 256-260.

¹⁸⁰ Consoante elucida Ran Hirschl, o termo “judicialização da política” abarca, na verdade, três processos inter-relacionados. Em nível mais abstrato, refere-se à contaminação da esfera política e dos foros e processos de formulação das políticas públicas pelo discurso, jargões, regras e procedimentos jurídicos. Judicialização desse tipo é indissociável da captura das relações sociais e da cultura popular pela lei e sua expropriação da arena dos conflitos sociais. Um segundo e mais concreto aspecto da judicialização da política é aquele que se manifesta principalmente no domínio da justiça processual e da justiça formal nos processos de formulação de políticas públicas. Uma terceira classe de judicialização da política é a confiança nas cortes e juizes para lidar com o que se pode chamar de “mega-politics”: controvérsias políticas centrais que definem (e frequentemente dividem) políticas inteiras. É no que se refere à segunda classificação que a terminologia é empregada no presente trabalho, não se tendo qualquer pretensão, portanto, de explorar a bastante difundida ideia de “juristocracia” lançada pelo autor. Como assevera Hirschl, a judicialização de mega-políticas inclui algumas subcategorias: judicialização dos processos eleitorais; escrutínio judicial das prerrogativas do poder executivo nos domínios do planejamento macroeconômico ou de questões de segurança nacional; dilemas de justiça restaurativa fundamental; corroboração judicial de transformação de regime; e, sobretudo, lutas acerca da própria definição da política como tal, sendo certamente o mais problemático tipo de judicialização do ponto de vista da teoria constitucional, visto que torna as credenciais democráticas da revisão judicial mais questionáveis. Essas áreas emergentes da judicialização da política expandem as fronteiras do envolvimento nacional de tribunais superiores na esfera política além do âmbito dos direitos constitucionais ou da jurisprudência federalista, e levam a judicialização da política a um ponto que excede em muito qualquer limite anterior. O resultado tem sido a transformação das Cortes Supremas ao redor do mundo numa parte crucial dos respectivos aparatos nacionais de elaboração da política nesses países, processo que, em outro trabalho, o autor descreve como uma transição para o que denomina de “juristocracia”. Adjudicar esses assuntos é um exercício inerente e substantivamente político, que se estende além da aplicação de disposições de direitos ou normas básicas de justiça processual para vários domínios de política pública (HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics*. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Org.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford

de reclamações judiciais regulares, da aparição de novas instituições jurídicas que ampliam as formas de petição dos cidadãos por direitos e de um maior número de atores autorizados a fazer reivindicações, tem sido cada vez mais utilizado enquanto instrumento para forçar o Estado-Juiz a intervir em disputas políticas e sociais que os atores políticos preferem evitar ou ignorar.¹⁸¹

Diante deste quadro de expansão do papel do judiciário verifica-se uma mudança de comportamento por parte dos agentes judiciais, no sentido de atuarem com maior autonomia no processo de tomada de decisão, mediante “interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, interferências nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo e preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes”.¹⁸² As decisões para a efetivação e implementação de direitos fundamentais sociais, além de caracterizarem-se pela gradualidade de seu processo de concreção, mostram-se, muitas vezes, dependentes das possibilidades orçamentárias dos Estados e da respectiva conjuntura política e tais dificuldades acabam por apontar “para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais”.¹⁸³

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, esse protagonismo institucional por parte das Cortes Constitucionais e Supremas manifesta-se por diferentes dimensões, bem como sofre influência de múltiplos fatores de natureza política, institucional, social e jurídico-cultural, sendo por ele assim definido:

Exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.¹⁸⁴

Especificamente em relação à Colômbia, circunstâncias de inação legislativa, clientelismo, baixa participação política e desigualdade social acabaram transferindo ao judiciário um papel ativo em busca da realização das promessas materiais não cumpridas,

University Press: New York, 2008, p. 121-123). Ver também: HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

¹⁸¹ PERUZZOTTI, Enrique; SMULVITZ, Catalina. Social accountability: na introduction. In: PERUZZOTTI, Enrique; SMULVITZ, Catalina (ed.), *Enforcing the rule of law: social accountability in the new latin american democracies*. University of Pittsburgh Press, 2006, p. 19-20.

¹⁸² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 354.

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 54.

¹⁸⁴ CAMPOS, *op. cit.*, p. 348-349.

rendendo à Corte Constitucional colombiana um papel de destaque no desenvolvimento de uma jurisprudência ativista na América Latina. Nesse país, uma abordagem mais flexível e pragmática da jurisdição constitucional tem-se mostrado frutífera para resolver problemas complexos decorrentes das deficiências institucionais, que resultam em situações de violação sistêmica de direitos fundamentais sociais de determinados grupos menos favorecidos. E, um dos mecanismos procedimentais mais proeminentes nesse contexto de litigância estrutural é a doutrina do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) que, como mencionado, reflete uma dimensão dialógica de prática decisória, que faz parte de uma tendência observada em países do Sul Global.

Como afirmam César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco, após empreender um estudo detalhado e abrangente sobre o ECI, essa estratégia trouxe à tona um “ativismo dialógico”, que preza pela capacidade dos tribunais de atuar como um “*punto focal legítimo para moderar e impulsar los procesos de solución de problemas*”¹⁸⁵. Respeitadas as peculiaridades de cada contexto, pode-se inferir, assim como fizeram os autores, que esse modelo de atuação judicial que se desenvolveu no contexto dos litígios estruturais colombianos compartilha de algumas características fundamentais da *experimentalist regulation* propugnada por Sabel e Simon para a resolução dos complexos casos de *Structural Reform Litigation*.¹⁸⁶

Com base nessa perspectiva e a fim de defender que uma gestão judicial ativa e dialógica, nos moldes do juiz catalisador deliberativo – que combina normas flexíveis e provisórias, com instrumentos para a participação contínua das partes e medidas de *accountability* –, tem o potencial para ser mais eficiente na resolução desse tipo de demanda também fora dos Estados Unidos, é que se desenvolverá a presente seção. Para tanto, utilizando-se ainda da metodologia do estudo do direito comparado de Legrand, proceder-se-á ao reconhecimento e identificação das singularidades do sistema jurídico colombiano pertinentes ao surgimento e desenvolvimento do ativismo dialógico na resolução de litígios

¹⁸⁵ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 233.

¹⁸⁶ Cumpre mencionar que, em suas obras sobre o tema, os autores fazem expressa referência ao trabalho de Sabel e Simon (*Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*), aos quais se unem para defender intervenções judiciais dialógicas experimentalistas (Cf. GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 23; 25; 51; 228-231; GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2010, p. 333; 39-40; 48-50; 55; e GARAVITO, César Rodríguez. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 230; 237).

estruturais, a fim de que se possa refletir criticamente sobre a “migração” do “Estado de Coisas Inconstitucional” para a jurisprudência brasileira, na próxima seção.

Finalmente, seguindo a mesma metodologia e percorrendo a linha de raciocínio dos citados autores colombianos, que servem de referencial teórico para o presente momento da pesquisa, realizar-se-á a apresentação de outro modelo dialógico-deliberativo de resolução de litígios estruturais, desenvolvido no âmbito do constitucionalismo transformador sul-africano, a fim de se construir um argumento sólido a favor de uma intervenção judicial experimentalista a partir da abertura às diferentes experiências de países que contam com problemas de exclusão social bastante similares.

3.1 LITÍGIOS ESTRUTURAIS E PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA COLÔMBIA: A TOMADA DE DECISÃO PARTICIPATIVA E O SURGIMENTO DA DOCTRINA DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

A Colômbia, assim como boa parte das nações latino-americanas, é um dos países mais desiguais do mundo.¹⁸⁷ Dentre os fatores sociais mais expressivos que contribuem para isso estão o desemprego, o subdesenvolvimento, as milhões de pessoas vítimas do deslocamento forçado (*desplazamiento*) em razão da violência, as condições de pobreza em que vive praticamente a metade da sua população, muitas vezes extremas, os altos índices de criminalidade, impunidade e corrupção, bem como a violação em geral dos direitos humanos, seja por ação, inação ou ação insuficiente do Estado.

Nesse contexto, em 1990 foi convocada uma Assembleia Constituinte por meio de eleições democráticas, a qual revogou a Constituição de 1886 e adotou uma nova carta política que institucionalizou o novo modelo de constitucionalismo colombiano, baseado no respeito à dignidade humana, nos princípios da democracia, da participação e do pluralismo, na supremacia da Constituição, na primazia dos direitos humanos e no reconhecimento de um amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, bem como na proteção jurisdicional da Constituição.¹⁸⁸

A Constituição de 1991 foi promulgada após um amplo e inclusivo processo de debate público, em que até mesmo os grupos de guerrilheiros tiveram voz e, como afirma Manuel

¹⁸⁷ A Colômbia apresentou um coeficiente da ordem de 0,57, no índice de desigualdade de Gini, numa escala de 0 a 1, em que quanto mais próximo a zero, mais igualitária é a nação, conforme levantamento realizado pela Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL) da ONU, no período de 2002 a 2017 (Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44412/1/S1801085_pt.pdf. Acesso em 23/08/2019).

¹⁸⁸JARAMILLO, Leonardo García. Aproximación a la discusión sobre Políticas Públicas y Justicia Constitucional: A propósito del Estado de Cosas Inconstitucional. *Revista Estudios de Derecho*, vol. 68, n. 15, 2011, p. 80-87.

José Cepeda-Espinosa, deve ser encarada como “*a nonviolent revolution towards peace, equality, and participation for all, because it was enacted among pervading political patronage, frequent corruption scandals, the worst economic recession since the nineteen thirties, and ceaseless criminal drug trafficking activity.*”¹⁸⁹

Dentre os propósitos do processo de reforma constitucional, tiveram destaque a promoção de uma democracia participativa por meio do empoderamento dos cidadãos, para um envolvimento direto e efetivo nos processos decisórios públicos e privados, e o fortalecimento das instituições públicas, especialmente o Judiciário, a partir de uma mudança na compreensão tradicional da democracia representativa.¹⁹⁰ E isso se deu em razão da crescente rejeição e desconfiança de grandes segmentos da população colombiana em relação aos costumes políticos prevalecentes, norteados pelo clientelismo, privilégios e corrupção.¹⁹¹ Ademais, a grande debilidade do sistema de partidos políticos colombiano ocasionava uma baixa capacidade institucional dos corpos legislativos para formular iniciativas políticas importantes, dando azo a um sentimento geral de que o Congresso não representava de maneira adequada a sociedade, cumprindo um papel meramente negativo de bloqueio,¹⁹²

¹⁸⁹ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, Special Issue, 2004, p. 534.

¹⁹⁰ O ideal de uma democracia participativa que já norteava o processo de criação da Assembleia Constituinte, foi incorporado como valor, princípio e direito, ao novo texto constitucional. Dentre outras disposições, destaca-se a que traz os princípios fundamentais na Constituição Política da Colômbia, nos seguintes termos:

“*Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.” (Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>)

¹⁹¹ CEPEDA-ESPINOSA, *op.cit.*, p. 545-546; nota 40.

¹⁹² Em síntese, como explica David Landau, os partidos Liberal e Conservador que se formaram no século XIX com o apoio em grande parte dos “caciques” rurais, deram início a uma violenta guerra civil nos anos de 1940 e 1950 que somente terminou quando as grandes facções de ambos os partidos estabeleceram um sistema de repartição de poder extremamente antidemocrático, denominado de Frente Nacional. Durante essa Frente Nacional, que durou de 1958 até 1986, os partidos políticos acordaram que os resultados das eleições seriam irrelevantes, já que se alternariam na presidência, dividiram os cargos de alto escalão em partes iguais e a Corte Suprema seria repartida entre os seus seguidores. Esse pacto deu fim ao conflito entre os partidos mas fez com que os grupos que ficaram de fora do sistema bipartidário recorressem ao conflito armado. Além disso, ocasionou a perda de identidade ideológica dentro dos próprios partidos, que se converteram em campos de batalha entre bandos rivais, organizados ao redor de indivíduos ou famílias importantes, que lutavam por

dentro de um sistema político dominado pelo Poder Executivo.¹⁹³

Uma série de instituições públicas e mecanismos inovadores foram introduzidos a fim de garantir que o texto da Constituição de 1991 e, especialmente o extenso catálogo de direitos, se tornassem realidade. Neste diapasão, merece destaque a criação de uma Corte Constitucional, enquanto tribunal especializado e superior a todo o corpo judicial colombiano, com a tarefa de salvaguardar da integridade e supremacia da Constituição. E, dentre os novos procedimentos para salvaguardar diferentes tipos de direitos e interesses protegidos na Constituição, destaca-se a *acción de tutela*, tendo como potencial legitimado ativo qualquer cidadão perante os juízos de primeira instância, para a defesa dos seus direitos constitucionais fundamentais quando estes resultem ameaçados ou violados por ação ou omissão de qualquer autoridade pública.¹⁹⁴ Embora não seja exatamente um mecanismo de acesso direto à Corte Constitucional, esse tipo de ação promoveu uma expansão no controle concreto de constitucionalidade, já que o sistema colombiano de unificação de jurisprudência em matéria de direitos fundamentais opera mediante o envio automático de todas as decisões definitivas de *tutela* a esse tribunal, para que proceda a revisão de algumas dessas sentenças, selecionadas a partir de critérios discricionários.¹⁹⁵

posições de predomínio dentro do seu próprio partido, num contexto de excessiva representação das zonas rurais e clientelismo. Essa incoerência do sistema de partidos criou graves problemas no Poder Legislativo, o que acabava por deixar por conta do Executivo as principais propostas de política. Além disso, o Legislativo geralmente não se comprometia ideologicamente com os projetos de lei do presidente, exigindo fundos e outros benefícios pessoais para comprar o seu apoio. Nesse contexto, “*cuando los presidentes no podían cimentar una gran coalición de legisladores por falta de voluntad o de recursos, como solía suceder con medidas importantes de política, sus propuestas eran bloqueadas*”. Assim, a aprovação de um projeto pelo Congresso demonstrava pouca compatibilidade com as forças sociais reais do país, que não possuíam representatividade efetiva e, a maior parte das medidas políticas importantes ditadas pelo Executivo era bloqueada pelos legisladores por razões muito distantes de uma eventual oposição social a esses intentos (LANDAU, David. *Instituciones Políticas Y Función Judicial em Derecho Constitucional Comparado, Revista de Economía Institucional*, vol. 13, n. 24, jan-jun/2011, p. 31-33).

¹⁹³ *Ibid*, p.34.

¹⁹⁴ “*Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

¹⁹⁵ ROA, Jorge Ernesto Roa. *Controle de Constitucionalidade Deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2019, p. 389. A título de esclarecimento, cumpre assinalar que tais critérios discricionários são delimitados da seguinte maneira pela Corte: “*La Corte Constitucional ha fijado reglas claras relativas a su función dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales por vía de tutela. En sentencia SU-1219 de 2001, señaló que la selección de las sentencias de tutela para su revisión tenía por objeto (i) analizar la interpretación de los derechos fundamentales que realizaron las autoridades judiciales en la o las instancias*

Nos termos da Constituição anterior (de 1886), o sistema de revisão judicial na Colômbia funcionava no âmbito da Suprema Corte de Justiça, que detinha o poder de revogar leis nacionais e tipos específicos de decretos legais considerados contrários ao texto constitucional. O que, como aponta Cepeda, acontecia por meio de uma abordagem muito formalista e beligerante em relação aos demais poderes, criando uma profunda lacuna entre a Constituição e as necessidades de uma sociedade marcada pelo terrorismo, violência civil e pela desigualdade. A partir de 1991, quando a Corte Constitucional começou a funcionar, teve início um processo de modificação na cultura jurídica do país, influenciado pela mudança de enfoque adotada pelos novos juízes constitucionais. Ao invés da abordagem formalista pré-existente, a Corte partiu para uma abordagem “substancialista”, centrada na proteção de direitos e no equilíbrio entre princípios e valores. Para tanto, desenvolveu e passou a aplicar novos critérios com o escopo de guiar a sua tarefa de intérprete e guardião, tais como a razoabilidade, a proporcionalidade, a proteção dos “núcleos essenciais” dos direitos constitucionais e a aplicação direta dos direitos fundamentais.¹⁹⁶

Consoante pontua Leonardo García Jaramillo, desde o seu surgimento, a Corte vem desenvolvendo a sua jurisprudência com base nos princípios da colaboração harmônica entre os Poderes, para a realização efetiva dos direitos fundamentais como fim do Estado e da garantia de integridade da Constituição, o que tem “*contribuido de forma determinante no sólo en la interpretación sino también, e incluso particularmente, en la creación y desarrollo del derecho constitucional, con profundas influencias en la legislación en general.*”¹⁹⁷

Seguindo a esteira das transformações globais resultantes do Estado de bem-estar social primeiro na Europa e depois dos Estados Unidos, com o *New Deal*, os propósitos e objetivos da atuação estatal foram significativamente alargados na nova Constituição colombiana, estendendo-se para além do clássico escopo de proteção da liberdade individual e

dentro del proceso. Se trata de la selección de casos “que plantean un problema valioso para el desarrollo jurisprudencial de la Constitución”. (ii) controlar los casos en los cuales los jueces adopten decisiones que desconocen los derechos fundamentales de los asociados. Con posterioridad, la Sala Plena en Auto 031A de 2002, recogiendo la línea jurisprudencial de la Corte en la materia, indicó que de la Constitución se desprende que existe una prioridad en la función sistémica de unificación de jurisprudencia y el desarrollo jurisprudencial de la Constitución. En este orden de ideas, estableció como regla para la Corte que “(i) no puede dejar de lado los asuntos con relevancia constitucional y, ligado a lo anterior, (ii) tampoco puede dejar de analizar puntos que claramente llevarían a una decisión distinta”. Con ello, salvo que resultara absolutamente necesario, por tener absoluta relevancia constitucional o por cuanto la decisión sería distinta, no ha de considerarse la justicia material del caso en concreto” (T-227/2003, Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-227-03.htm>. Acesso em 02/09/2019).

¹⁹⁶ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, Special Issue, 2004, p. 537-651.

¹⁹⁷ JARAMILLO, Leonardo García. Aproximación a la discusión sobre Políticas Públicas y Justicia Constitucional: A propósito del Estado de Cosas Inconstitucional. *Revista Estudios de Derecho*, vol. 68, n. 152, 2011, p. 80.

da propriedade.¹⁹⁸ Como esclarece Cepeda, a agenda política passou a incluir a proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais, tendo em vista que a própria natureza do Estado colombiano foi modificada em 1991 mediante a sua transformação de um Estado de Direito em um Estado Social de Direito.¹⁹⁹

Contudo, por opção do legislador constituinte, a Constituição da Colômbia fez uma distinção entre direitos fundamentais e direitos sociais. Os primeiros encontram-se dispostos no Capítulo 1 do Título II (artigos 11 a 41) e contemplam a proteção da vida e da liberdade em todas as suas dimensões. Os segundos, por sua vez, estão previstos no Capítulo 2 do mesmo Título (artigos 42 a 77). Destarte, em relação à justiciabilidade desses últimos, a Corte estabeleceu critérios para que pudessem ser postulados por meio de *acciones de tutela*, previstas na Constituição a princípio como meio de proteção apenas para os direitos fundamentais.

Segundo o entendimento do tribunal colombiano, existem três situações em que os direitos socioeconômicos podem ser objeto da *tutela* prevista no art. 86 da Constituição,²⁰⁰ quais sejam: i) quando direitos sociais ou econômicos são considerados fundamentais “por conexão”, como o direito à seguridade social, que está geralmente vinculados à preservação da vida²⁰¹; ii) quando esses direitos são fundamentais em si e por si mesmos, como acontece com os direitos fundamentais sociais das crianças, nos termos do 44 da Constituição²⁰²; e iii) quando se tratar do direito a condições mínimas para uma subsistência digna²⁰³.²⁰⁴

¹⁹⁸ JARAMILLO, Leonardo García. Aproximación a la discusión sobre Políticas Públicas y Justicia Constitucional: A propósito del Estado de Cosas Inconstitucional. *Revista Estudios de Derecho*, vol. 68, n. 152, 2011, p. 91.

¹⁹⁹ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, Special Issue, 2004, p. 652-655.

²⁰⁰ Cf. nota 194.

²⁰¹ Trata-se da “doutrina da conexão”, segundo a qual a obrigação derivada de um direito constitucional será exequível judicialmente mediante *acción de tutela* se estiver relacionada ao gozo efetivo de um direito fundamental (Sentencia T-406 de 1992). A jurisprudência constitucional colombiana reconheceu através da figura da “conexão” casos em que a indivisibilidade e interdependência dos direitos são manifestas, a tal ponto que o descumprimento de uma obrigação derivada de um direito que não seja considerado uma liberdade clássica, implica, necessariamente, o descumprimento da obrigação derivada de um direito que é classificado como fundamental no texto constitucional. Como explica Uprimny, “para que um direito social seja protegido, requer-se que a violação que se invoca perante o juiz implique que outro direito que se considera fundamental e de aplicação imediata seja afetado, como é o caso do direito à vida” (UPRIMNY, Rodrigo. A Judicialização da Política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos, *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 6, Ano 4, 2007, p. 58).

²⁰² “Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.”

²⁰³ Com relação a esse último critério, a Corte tem reiteradamente asseverado a existência de um direito a um mínimo vital, derivado dos direitos constitucionais à vida, à saúde, ao trabalho e à seguridade social no contexto

Contudo, a questão sobre a proteção judicial dos direitos sociais e econômicos na Colômbia em outros contextos que não esses três ora mencionados, permanece indefinida e aberta ao debate e, em decisões mais recentes a Corte tem defendido que o caráter fundamental de um direito não se deve ao fato do texto constitucional o dizer expressamente, ou inserir o artigo correspondente dentro de um determinado capítulo, a fim de se evitar uma leitura textualista e restritiva da parte dogmática da Constituição. Nesse sentido, o tribunal tem reiterado que para além daqueles direitos a respeito dos quais existe um consenso sobre a sua natureza fundamental, como a vida, a liberdade e a igualdade, também devem ser considerados fundamentais todos os direitos constitucionais que funcionalmente destinem-se a alcançar a dignidade humana e possam se traduzir em um direito subjetivo. Destarte, um dos elementos centrais que dá sentido à expressão “direitos fundamentais” é o critério da “dignidade humana”, que deve ser apreciado no contexto social em que se encontra cada pessoa.²⁰⁵

Ademais, tendo em vista que o gozo efetivo de um direito de cunho socioeconômico depende do desenvolvimento progressivo, entende a Corte Constitucional da Colômbia que o mínimo que a autoridade responsável deve fazer para protegê-lo é ter um programa ou política pública que permita progredir progressivamente no cumprimento de suas obrigações correlatas. Ou seja, embora a progressividade possa justificar a impossibilidade de exigir judicialmente em casos individuais e concretos o imediato cumprimento de todas as

de um Estado Social de Direito e a partir da perspectiva da dignidade humana. Como pontua Cepeda, o efeito prático desse direito é possibilitar que pessoas em condições de absoluta pobreza tenham uma assistência especial por parte das autoridades públicas a fim de suprir as suas necessidades mais básicas e garantir a dignidade essencial protegida pela Constituição. Nas palavras do autor colombiano, “*this right compels the state to actively protect persons and groups who have been traditionally discriminated against, marginalized, or are in conditions of manifest weakness.*” (CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, Special Issue, 2004, p. 619)

²⁰⁴ *Ibid*, p. 618.

²⁰⁵ Essa ideia pode ser extraída do seguinte trecho da T-227/2003, que é reproduzido em outras decisões como a T-859/2003, a T-845/2006 e a T-760/2008, que declarou o ser o direito à saúde um “direito fundamental autônomo”, cuja justiciabilidade independe da sua conexão com um (outro) direito fundamental, como a vida e a integridade pessoal:

“El concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y de “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.

En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.”(Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-227-03.htm>. Acesso em 02/09/2019).

obrigações que se derivariam do âmbito de proteção de um direito fundamental, isso não significa uma permissão ao Estado para que deixe de adotar as medidas adequadas e necessárias ao cumprimento das obrigações em questão,²⁰⁶ já que “*garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho*”.²⁰⁷

Neste contexto, a jurisprudência constitucional colombiana especificou três condições básicas, à luz da Constituição, que devem ser observadas em todas as políticas públicas destinadas a garantir um direito constitucional de cunho prestacional e cumprimento progressivo, quais sejam: i) que exista ao menos um programa ou plano de ação estruturado; ii) que seja orientado ao gozo específico do direito; e iii) que os seus processos de decisão, elaboração, implementação e avaliação permitam a participação democrática. O descumprimento dessas condições básicas é que permite ao titular do direito que o exija judicialmente por meio de uma *acción de tutela*, competindo ao juiz que reconheça tal violação adotar ordens destinadas a garantir o seu gozo efetivo, “*pero que a su vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas, propio de una democracia*”.²⁰⁸ Portanto:

*No es su deber indicar a la autoridad responsable, específicamente, cuáles han de ser las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, pero sí debe adoptar las decisiones y órdenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas, promoviendo a la vez la participación ciudadana.*²⁰⁹

Essa abordagem interpretativa implicou um novo vínculo entre o sistema de controle de constitucionalidade e a realidade social, especialmente no que tange às decisões em sede de revisão de *acciones de tutela*, em que se buscam soluções concretas para casos particulares. Isso porque embora a Corte seja acionada para proteger direitos sociais e econômicos tanto no

²⁰⁶ Como assinalou a Corte na já mencionada T-760/2008:

“*Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, ‘lo mínimo que debe hacer (la autoridad responsable) para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de (un derecho fundamental) en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante ‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan’*” (Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>. Acesso em 02/09/2019).

²⁰⁷ *Sentencia* T-760/2008 (Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>. Acesso em 09/09/2019).

²⁰⁸ *Sentencia* T-760/2008 (Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>. Acesso em 09/09/2019).

²⁰⁹ *Sentencia* T-760/2008 (Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>. Acesso em 09/09/2019).

controle abstrato²¹⁰ quanto no controle concreto de constitucionalidade, é no campo da revisão das decisões em sede de *acciones de tutela* que a vasta maioria dessas demandas são julgadas.²¹¹

Com efeito, a previsão da *acción de tutela*, juntamente com a já existente *acción pública de constitucionalidade*²¹² – que autoriza qualquer cidadão a impugnar leis e outros atos normativos considerados inconstitucionais –, colocam a Colômbia junto aos países com maiores possibilidades de acesso ao sistema de *judicial review* do mundo.²¹³ Esse tipo de abertura da justiça constitucional, como destaca Gargarella, traz a lume verdadeiras incursões na sala de máquinas da Constituição, possibilitando a alteração do modelo de distribuição do poder e, assim, removendo alguns dos obstáculos para a satisfação das promessas

²¹⁰ Como explica Rodrigo Uprimny, um dos mais significativos campos em que se vislumbra a judicialização da política nos últimos vinte anos na Colômbia é o da gestão da política econômica devido à proteção dos direitos sociais por meio do controle abstrato de constitucionalidade. Neste contexto, a Corte já anulou leis que estendiam o imposto sobre valor agregado a produtos de primeira necessidade (C-776/03), ordenou a indexação parcial dos salários dos servidores públicos (Sentenças C-1433/00, C-1064/01 e C-1017/03), estendeu alguns benefícios de pensão a certos grupos populacionais, ao considerar que a restrição infringia o princípio da igualdade (Sentença C-409/1994), proibiu a modificação de certos regulamentos de pensão, por considerar que afetavam direitos adquiridos dos trabalhadores (C-754/2004) e protegeu os devedores hipotecários por ocasião da crise gerada pela recessão de 1997, ordenando ao Congresso que promulgasse uma nova lei para a regulamentação do financiamento habitacional (C-383/1999, C-747/1999 e C-252/1998) (UPRIMNY, Rodrigo. A Judicialização da Política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 6, Ano 4, 2007, p. 56-60)

²¹¹ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, Special Issue, 2004, p. 652-655.

²¹² Desde a reforma constitucional de 1910 à Constituição de 1886 existe na Colômbia a previsão de uma forma de acesso direto dos cidadãos ao controle abstrato de constitucionalidade, por meio da *acción pública de inconstitucionalidade*. Trata-se de um direito político, previsto no art. 40 da Constituição e regulamentado por meio do Decreto 2067/1991, que autoriza qualquer cidadão a submeter à consideração da Corte Constitucional um ato normativo do legislador. Como elucida Cepeda, essa ação pode ser interposta sem muitas formalidades, sem a representação por meio de advogado e sem o cidadão ter que demonstrar um interesse jurídico específico em relação ao pedido. A Defensoria Pública (*Defensor del Pueblo*), criada em 1991, também pode interpor uma *acción pública* perante a Corte Constitucional para a proteção de direitos fundamentais. Além dos demandantes, podem participar do processo quaisquer cidadãos que desejem apoiar ou se opor ao pleito, o *Procurador General de la Nación*, como representante dos interesses da sociedade e as autoridades que tiveram participação na produção da norma submetida à revisão judicial. Ademais, a Corte deve encorajar a participação de especialistas, organizações sociais e funcionários públicos no processo de revisão judicial a fim de angariar informações sobre o contexto sócio-político da questão em julgamento, aproximando a Corte da realidade social (CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, Special Issue, 2004, p. 555-556). Consoante conceitua Jorge Ernesto Roa Roa, “*la acción pública de constitucionalidad es una manifestación del derecho político a controlar al poder público, em virtud de la cual un ciudadano colombiano, mediante la elaboración y presentación de una demanda, somete a juicio de la Corte Constitucional la compatibilidad entre un determinado acto normativo y la Constitución Política*” (ROA, Jorge Ernesto Roa. *Controle de Constitucionalidade Deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2019, p. 91-92).

²¹³ CEPEDA-ESPINOSA, *op. cit.*, p. 664.

constitucionais.²¹⁴

A maioria das *acciones de tutela* que chegam à Corte Constitucional colombiana se refere à violação de direitos sociais e econômicos, sendo possível observar um aumento considerável no número de decisões de *tutela* desde 1992. Esse aumento, como analisa Cepeda, se deve a fatores políticos e sociais que levaram os cidadãos a utilizarem esse mecanismo judicial com maior frequência, sendo o principal o fato de os menos favorecidos terem percebido que a proteção constitucional dos direitos fundamentais poderia ter efeitos reais sobre os seus problemas cotidianos.²¹⁵

Consoante afirma Jorge Ernesto Roa, a abertura do controle de constitucionalidade à cidadania na Colômbia é um elemento determinante da eficácia do *judicial review*, já que ao se potencializar o número de legitimados para interagir com a Corte Constitucional, contribui-se para aumentar o grau de deliberação deste tribunal. Isso porque o desenho institucional colombiano possibilita um debate amplo, plural, público, informado e participativo no âmbito do controle de constitucionalidade, a partir do qual se faz possível considerar o maior número de perspectivas sobre os problemas trazidos à agenda judicial.²¹⁶ Pode-se dizer que o processo de *judicial review* colombiano é participativo por natureza, tanto no controle abstrato como no controle concreto porque, além da amplitude da forma de acesso, qualquer cidadão pode intervir nos procedimentos de revisão abstrata por meio da submissão de um pedido a favor ou contra a constitucionalidade de uma determinada disposição. Além disso, a Corte pode convidar qualquer autoridade, especialista ou organização relevante para participar desses processos e apresentar argumentos, conforme julgar necessário para adotar uma decisão informada, justa e apropriada.²¹⁷

Especificamente no que tange ao controle de constitucionalidade dos julgamentos de *tutela* proferidos por qualquer juiz do país, os membros da Corte Constitucional também contam com a liberdade para adotar qualquer medida que considerem necessária para a

²¹⁴ GARGARELLA, Roberto. *La Sala de Máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires: Katz, 2014, p. 335-340.

²¹⁵ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, Special Issue, 2004, p. 559-560.

²¹⁶ ROA, Jorge Ernesto Roa. *Control de Constitucionalidad Deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2019, p. 311-335. Sobre o processo de decisão participativo desencadeado pela *acción pública de constitucionalidad* colombiana, fundamentado na ideia de um diálogo público constitucional que, dentre outras coisas, “permite la expresión de las minorías que no fueron escuchadas durante el proceso legislativo y que las mayorías reiteren los argumentos que fundamentaron la ley enjuicada”, ver também: ROA, Jorge Ernesto Roa. *La acción pública de constitucionalidad a debate*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2015, p. 33-102.

²¹⁷ CEPEDA-ESPINOSA, *op. cit.*, p. 684.

proteção dos direitos fundamentais em lide. Isto é, não existe um remédio definido para as *acciones de tutela*, mas sim tantas possíveis soluções quantos são os tipos de violações de direitos fundamentais: “*in each particular case, judges must evaluate the interests and rights at stake in order to find a remedy that harmonizes them*”.²¹⁸ Da mesma forma, como afirma Cepeda, a Corte tem autonomia para determinar os efeitos das suas próprias decisões, encontrando limites para tanto somente no texto e espírito da Constituição, assim como na necessidade de buscar justiça e equilíbrio no conflito de interesses constitucionais em situações particulares.²¹⁹

Essas particularidades que tornam o julgamento de *acciones de tutela* flexível têm origem na perspectiva substancialista da abordagem interpretativa que caracteriza o novo sistema de controle judicial de constitucionalidade colombiano, marcado pelo espírito da transformação social. Nesse sentido, os efeitos e impactos das decisões constitucionais devem ser avaliados pelo juiz, de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso concreto, a fim de que sejam empregadas as medidas necessárias para a proteção efetiva dos direitos em questão. Nas palavras de Cepeda: “*the tutela judge must not give a pre-defined order when faced with fundamental rights violation, but employs different orders for each case, even if the same rights are being protected.*”²²⁰

E, é principalmente no campo da garantia dos direitos sociais e econômicos que a Corte Constitucional colombiana tem se valido de forma mais contundente dessa flexibilidade que caracteriza as *acciones de tutela*, especialmente em casos que demandam ordens complexas diante da constatação da existência de um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais, cuja superação somente é possível mediante a adoção de um conjunto coordenado de medidas governamentais de natureza legislativa, executiva, administrativa e orçamentária, ou seja, de políticas públicas que envolvam uma pluralidade de atores públicos. Nesses tipos de demanda, abarcadas pelo conceito de litígio estrutural, muitas vezes o tribunal tem reunido todas as ações individuais que demonstrem as várias dimensões do problema que está causando a violação de direitos, “construindo” um caso de cunho coletivo, a partir da doutrina do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI), um dos componentes para o avanço na proteção dos direitos fundamentais e da justiça social na Colômbia.

²¹⁸ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, Special Issue, 2004, p. 564.

²¹⁹ *Ibid*, p. 572.

²²⁰ *Ibid*, p. 655.

3.2 O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” DOS *DESPLAZADOS*: A SENTENCIA T-025/2004 COMO PARADIGMA PARA UMA GESTÃO JUDICIAL ATIVA E DIALÓGICA

Como afirma Jaramillo, o “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) é uma das formas que a Corte Constitucional colombiana encontrou “*para responder ante una situación caracterizada, de un lado, por una Constitución con provisiones garantistas, y de otro lado, por un contexto injusto y desigual en el cual deben aplicarse.*”²²¹ Trata-se de uma das principais doutrinas judiciais que se tem implementado para reduzir a dissociação entre o direito e a realidade, mediante uma intervenção judicial que busca promover uma transformação social que vá além do caso concreto em julgamento, a fim de que o contexto em que está inserido o caso se aproxime cada vez mais dos postulados constitucionais.²²² Essa criação da jurisprudência constitucional colombiana tem possibilitado reformas institucionais e mudanças sociais em situações caracterizadas pela desigualdade e pelo déficit na proteção de direitos constitucionais.

É a partir da constatação fática de algumas circunstâncias indicativas que a Corte define se no litígio estrutural resta configurado um ECI e, os fatores a serem avaliados foram estabelecidos pela sua própria jurisprudência da seguinte forma: i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta a um número significativo de pessoas; ii) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento da suas obrigações para garantir os direitos; iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado; iv) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; v) a existência de um problema social cuja solução envolve a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante; e vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema recorrerem à *acción de tutela* para obter a proteção dos seus direitos, se produziria uma maior congestão judicial. Essas circunstâncias, todavia, não se configuram em requisitos ou critérios taxativos e obrigatoriamente concomitantes,

²²¹ JARAMILLO, Leonardo García. Aproximación a la discusión sobre Políticas Públicas y Justicia Constitucional: A propósito del Estado de Cosas Inconstitucional. *Revista Estudios de Derecho*, vol. 68, n. 152, 2011, p. 86-87.

²²² *Ibid*, p. 87.

podendo inclusive virem a ser identificados outros fatores indicativos relevantes pela Corte colombiana na análise de novos casos concretos no futuro.²²³

A declaração do ECI é realizada em sede de controle concreto de constitucionalidade, quando da revisão das decisões judiciais proferidas nas *acciones de tutela* e foi utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia pela primeira vez em 1997, em razão de demandas judiciais envolvendo a não filiação de professores municipais ao sistema de seguridade social.²²⁴ Desde então, a Corte passou a desenvolver e aperfeiçoar o procedimento em uma série de decisões similares, como em relação à superpopulação carcerária²²⁵, à falta de proteção para os defensores dos direitos humanos²²⁶, à negativa de realização de concurso público para o provimento de cargos de notários²²⁷ e à violação estrutural de direitos da população encarcerada.²²⁸ Nessas decisões a Corte emitiu ordens complexas para a proteção dos direitos não apenas dos demandantes nos casos de *tutela* submetidos à revisão, mas também de todas as pessoas que compartilhavam da mesma situação e que não haviam recorrido aos canais judiciais, determinando às autoridades públicas envolvidas que adotassem as medidas corretivas necessárias dentro das suas esferas de competência. Todavia, foi na paradigmática *sentencia* T-025 de 2004, concernente à emergência humanitária causada pelo deslocamento forçado de mais de três milhões de pessoas em meio ao conflito armado colombiano, que se obteve maior êxito na resolução do litígio estrutural. Nesse caso, que reuniu 108 *acciones de tutela*, provenientes de 1.150 núcleos familiares, sob o mesmo expediente, a Corte alcançou um avanço significativo em relação aos objetivos e efeitos desse mecanismo procedimental.

Ao declarar a existência de um “Estado de Coisas Inconstitucional” relativo às condições de vida da dos *desplazados*, a Corte reconheceu a existência de uma violação massiva e reiterada dos direitos fundamentais dessa população, decorrente de falhas estruturais na dimensão prestacional da atuação estatal. Essas falhas estruturais estavam vinculadas aos bloqueios políticos e institucionais que norteavam a situação de emergência humanitária dos deslocados internos. Bloqueios políticos no que diz respeito ao fato de a população *desplazada*, até então, não ter sido alcançada pela agenda política, ou seja, não

²²³ Conforme se extrai da fundamentação da *Sentencia* T-302/2017, que recentemente declarou o Estado de Coisas Inconstitucional em relação à situação calamitosa das crianças e adolescentes da população indígena Wayúu, por falha na política pública para a garantia de acesso à água potável, alimentação e saúde (Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>. Acesso em 21/10/2019).

²²⁴ *Sentencia* SU-559/1997.

²²⁵ *Sentencia* T-153/1998.

²²⁶ *Sentencia* T-590/1998.

²²⁷ *Sentencia* SU-250/1999.

²²⁸ *Sentencias* T- 388/2013 e T-765/2015.

constar na pauta do governo a previsão de uma política coerente para a proteção dos direitos dos deslocados internos em razão da violência civil na Colômbia. Havendo assim a necessidade de uma ordem judicial para aplacar a inércia governamental. Bloqueios institucionais no que se refere à falta de coordenação entre as instituições relevantes para a formulação e implementação de uma política pública relacionada com essa situação de emergência humanitária, tendo sido estabelecido um *Comité de Coordinación Interadministrativo* a fim de promover a necessária colaboração entre os entes.²²⁹

De fato, embora desde 1997 existisse uma lei contemplando medidas para a prevenção, atenção, proteção, consolidação e estabilização econômica da população *desplazada*,²³⁰ bem como os Princípios Orientadores dos Deslocamentos Internos da ONU já tivessem sido reconhecidos como obrigatórios pela Corte Constitucional colombiana em 2000, em 2004 ainda havia o que César Rodríguez Garavito denomina de “vazio de políticas públicas”, decorrente da renúncia ou de intentos fracassados em relação a sua formulação.²³¹ Como se depreende da própria *sentencia T-025/2004*, a maior parte dos *desplazados* apresentava necessidades básicas insatisfeitas e não recebia qualquer ajuda do governo, muitas vezes se encontrando em situação de indigência. As condições de extrema vulnerabilidade em que se encontrava essa população devia-se à repetida omissão das várias autoridades responsáveis no que se refere à proteção oportuna e eficaz do direito à vida digna, à integridade pessoal, à igualdade, ao trabalho, à saúde, à seguridade social, à educação, ao mínimo vital e à proteção especial devida aos idosos, mulheres e crianças.²³²

Diante desse quadro, a Corte Constitucional emitiu dois tipos de ordens, um de execução complexa e outro de natureza simples. As primeiras estavam relacionadas com o ECI e dirigidas a garantir os direitos de toda a população de deslocados internos, independentemente de terem ou não recorrido à ação de tutela para a proteção de seus direitos. Tais ordens destinaram-se às entidades responsáveis pelo atendimento à população deslocada, visando a estabelecer, dentro de um prazo razoável e no âmbito de suas competências, as medidas corretivas necessárias para superar os problemas atinentes à

²²⁹ GARAVITO, César Rodríguez. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 225.

²³⁰ Trata-se da Lei 387/1997, que estabeleceu o *Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada* (SNAIPD), um conjunto de entidades públicas e privadas destinadas a atender à população deslocada (GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2010, p. 41).

²³¹ *Ibid*, p. 41-43.

²³² T-025 de 2004 (disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em 03/09/2019.)

insuficiência de recursos e às falências na capacidade institucional para implementar a política estatal de atenção à população deslocada. As ordens simples que também foram prolatadas no processo, por sua vez, tiveram como objetivo responder às solicitações concretas dos autores das *acciones de tutela* reunidas sob a T-025/2004.

No que tange às ordens complexas, a Corte emitiu três determinações principais: a) a formulação de um plano coerente de ação pelo governo para resolver a emergência humanitária dos deslocados internos e superar o estado de coisas inconstitucional; b) o cálculo pela administração do recurso financeiro necessário para se pôr em prática um plano de ação como esse e explorar todas as vias possíveis para investir, na prática, a quantia calculada para os programas dirigidos aos deslocados internos; e c) a garantia de proteção pelo governo, no mínimo, do núcleo essencial da maioria dos direitos fundamentais das pessoas deslocadas, quais sejam, a alimentação, a saúde, a educação, a moradia e a terra. A Corte estipulou prazos para avaliar o progresso no cumprimento dessas ordens, que envolviam tanto entidades administrativas nacionais como autoridades locais, bem como promoveu a coordenação tanto entre esses organismos administrativos, como entre as agências relacionadas indiretamente com o caso.²³³

Um ano após a sentença, como resposta direta à primeira ordem, o governo aprovou um Plano Nacional de Atenção Integral para a População Deslocada pela Violência. Além disso, formaram-se organizações e coalisões da sociedade civil com o propósito de contribuir para a execução da decisão da T-025, culminando com a criação da Comissão de Seguimento da Política Pública sobre o Deslocamento Forçado, que teve a tarefa, reconhecida pela Corte, de supervisionar o cumprimento da sentença. No curso de sete anos foram convocadas vinte e uma audiências públicas de monitoramento, nas quais houve a participação de uma grande variedade de atores governamentais e não-governamentais, e a Corte tomou mais de cem decisões de monitoramento (*autos de seguimiento*) mediante as quais restaram ajustadas as suas ordens às necessidades esboçadas pelas informações recebidas sobre o avanço no cumprimento da sentença.²³⁴

Na sentença a Corte Constitucional determinou os parâmetros gerais, deixando para o Poder Público a formulação das políticas públicas para o amparo dessa população vulnerável, bem como reteve a jurisdição e determinou a realização de Audiências Públicas periódicas para o monitoramento e deliberação contínuos sobre as medidas tomadas e o sucesso da sua

²³³ GARAVITO, César Rodríguez. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 222-229.

²³⁴ *Ibid*, p. 230-233.

implementação. Como explica César Rodriguez Garavito, uma característica especialmente útil do processo de execução (*seguimiento*) da T-025 foi a formulação em conjunto de indicadores de avanço no cumprimento dos direitos das pessoas deslocadas internas (PID):

Mediante un proceso insistente de varios años de duración, que ha incluido numerosas órdenes de seguimiento dictadas por la Corte y propuestas de organismos gubernamentales y no gubernamentales, la CCC adoptó una lista de veinte indicadores basados en los derechos fundamentales para evaluar el progreso. Esos indicadores han proporcionado un marco compartido de seguimiento para todos los interesados y una herramienta para que la Corte pueda ajustar sus medidas provisionales de seguimiento en respuesta a las pruebas sobre la evolución de las políticas y la situación de las PID.²³⁵

É a partir do resultado desses indicadores que a Corte passou a avaliar continuamente a atuação em concreto das autoridades públicas envolvidas na superação do ECI, exercendo um controle judicial sobre a racionalidade dos processos de formulação e implementação das políticas públicas, para que boa parte da população *desplazada* alcançasse o efetivo gozo dos seus direitos constitucionais.²³⁶ Nas palavras de Cepeda:

Moreover, the content of the remedies ordered by the Court has evolved over time in accordance with the results of the policy's implementation, and also as a result of the dialogue established with competent authorities. Hence, when the Court has identified a specific problem to be addressed, the authorities respond by crafting a specific solution within the framework of the public policy that works toward the effective enjoyment of constitutional rights by IDPs.²³⁷

Consoante analisa Garavito, as importantes conquistas da T-025/2004 na superação da situação de emergência humanitária dos deslocados internos deveram-se ao seu caráter dialógico, já que, neste caso, a Corte ordenou a ação governamental a partir do estabelecimento de fins gerais e de um processo de execução claro, com prazos firmes e a exigência de informações sobre o avanço da efetivação do provimento judicial, ao mesmo tempo em que deixou as decisões substantivas e o detalhamento dos resultados para os órgãos administrativos. Além disso, fomentou o emprego de mecanismos participativos na fase de execução da sentença, como as Audiências Públicas de monitoramento e a comissão de vigilância nomeada pelo tribunal, por meio dos quais são convidados a prestar informações relevantes e, a fazer parte dos debates promovidos pelo tribunal, também os representantes da

²³⁵ GARAVITO, César Rodríguez. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 238.

²³⁶ CEPEDA-ESPINOZA, Manuel José. The Constitutional Protection of IDPs in Colômbia. In: RIVADENEIRA, Rodolfo Arango (Ed.). *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: The Colombian Experience*, Washington: The Brookings Institution – University of Bern, nov/2009, p. 26-28.

²³⁷ *Ibid*, p. 36.

sociedade civil.²³⁸

Sem embargo, foi em razão da promoção dessa interação entre as partes envolvidas e os potenciais afetados no processo, em busca de informações concretas e soluções efetivas para o litígio estrutural, que as medidas estruturais ordenadas pela Corte Constitucional da Colômbia no *seguimiento* do caso dos *desplazados* puderam resultar sob medida para resolver cada causa estrutural do “Estado de Coisas Inconstitucional” então declarado. Nesse sentido, como elucida Cepeda, as ordens que conformavam esse tipo de remédio judicial são o que ele denomina de “*targeted transformative*”, isto é, direcionadas precisamente para as questões que dão origem às falhas institucionais que afetam o gozo dos direitos sociais em lide.²³⁹ Neste diapasão, os resultados mais significativos da T-025/2004 foram o aumento e racionalização do orçamento para a implementação de políticas públicas direcionadas aos deslocados internos, o aprimoramento das capacidades institucionais para a prestação de uma assistência de qualidade a essa população, a melhor organização e expansão das políticas públicas para lidar com a situação de emergência humanitária e a incorporação formal de um programa (*Plan Nacional de Atención Integral para la Población Desplazada por la Violencia*) em instrumentos legais, como diretrizes obrigatórias de execução, financiamento e supervisão para a ação estatal.²⁴⁰

Tais resultados, como explica Garavito, são os efeitos materiais diretos da *sentencia* em estudo, que ao impulsionar a ação governamental, promoveu o desbloqueio das burocracias estatais encarregadas de atender a população *desplazada*.²⁴¹ Mas, como ressalta o autor, existem outros efeitos igualmente importantes e consequências mais gerais que devem ser analisados no contexto da *sentencia* T-025/2004, a fim de se possa compreender o seu caráter inovador diante de outros casos importantes em que a Corte empregou a doutrina

²³⁸ GARAVITO, César Rodríguez. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 234-238.

²³⁹ CEPEDA-ESPINOZA, Manuel José. Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court. *Texas Law Review*, vol 89, 2011, p. 1704.

²⁴⁰ CEPEDA-ESPINOZA, Manuel José. The Constitutional Protection of IDPs in Colombia. In: RIVADENEIRA, Rodolfo Arango (Ed.). *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: The Colombian Experience*, Washington: The Brookings Institution – University of Bern, nov/2009, p. 36-38.

²⁴¹ Cabe mencionar que, como descreve Garavito, a partir dos dados levantados pela *Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado*, é possível verificar algum avanço na situação socioeconômica da população *desplazada* na Colômbia depois da T-025/2004. O acesso à educação e aos serviços de saúde melhorou bastante e beneficiou cerca de 80% dessas pessoas. Porém, as condições relativas ao restante dos direitos socioeconômicos continuam sendo insatisfatórias. Cerca de 98% dos deslocados internos vive em situação de pobreza, apenas 5% possuem uma moradia adequada e unicamente 0,2% das famílias têm recebido a ajuda humanitária de emergência, prevista em lei, nos meses posteriores ao seu *desplazamiento* forçado. Além disso, essa população continua crescendo no país, que em 2011 chegou a ter quase 5 milhões de deslocados internos, ficando apenas atrás do Sudão no ranking mundial (GARAVITO, *op. cit.*, p. 227).

do ECI.²⁴² Dentre esses, destaca-se o efeito de coordenação, já que ao ordenar que as instituições relevantes colaborassem umas com as outras no desenho, financiamento e execução de uma política pública unificada para a população *desplazada*, a Corte Constitucional promoveu a interação entre os organismos administrativos que eram destinatários diretos da decisão e as agências relacionadas indiretamente com o caso.²⁴³

Além disso, como resultado fundamental, verifica-se que o processo de execução (*seguimiento*) da sentença oportunizou a abertura dos procedimentos judiciais e a elaboração de políticas públicas a uma ampla variedade de atores governamentais e não-governamentais. As ordens da Corte envolveram as principais instituições públicas responsáveis pelos *desplazados*, como também todos as entidades estatais e não estatais com responsabilidades relacionadas a nível local, nacional e internacional, bem como deram azo à formação de organizações e coalizões da sociedade civil interessadas em participar dessa fase pós-julgamento.²⁴⁴ Como elucida Garavito:

*ONG como Codhes, Dejusticia y Viva la Ciudadanía unieron sus esfuerzos con organizaciones de base y también con sectores de la Iglesia Católica y el mundo académico para fundar una coalición cuyo propósito específico era contribuir a la ejecución de la T-025: la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado.*²⁴⁵

Esse resultado decorreu do fato de a Corte ter se arrogado a função de supervisionar de forma ativa a implementação das suas ordens mediante dois tipos de mecanismos participativos, quais sejam, as audiências públicas e as sessões técnicas, que são complementados por *autos de seguimiento*. As Audiências Públicas funcionam como um mecanismo de prestação de contas para o governo e um espaço para o debate sobre os resultados das políticas de *desplazamiento* a luz das ordens da Sentença T-025 e dos *autos de seguimiento*. Nelas intervém os magistrados da Corte, os representantes do governo, as ONG e organismos internacionais, líderes de organizações representativas dos *desplazados*, o público em geral e os meios de comunicação.²⁴⁶

As sessões técnicas, que podem ser regionais ou informais, por sua vez, “*son una consecuencia del propio proceso de aprendizaje de la Corte y su estrategia de innovación*”.

²⁴² Para um estudo mais detalhado sobre todos os efeitos diretos, indiretos, materiais e simbólicos da *sentencia* T-025/2004, ver: GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 89-208.

²⁴³ GARAVITO, César Rodríguez. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 224-225.

²⁴⁴ *Ibid*, p. 226.

²⁴⁵ *Ibid*, p. 226.

²⁴⁶ GARAVITO; FRANCO. *op. cit.*, p. 145-146. Como relatam os autores, até setembro de 2013 haviam sido realizadas vinte audiências públicas nas instalações da Corte Constitucional da Colômbia.

Quando regionais, se parecem com as Audiências Públicas de monitoramento, tendo por objetivo também discutir em público o cumprimento das ordens exaradas pela Corte, no entanto são realizadas em distritos e cidades fora de Bogotá e as pessoas convocadas são funcionários públicos da administração local e associações de deslocados internos que trabalham na região. As sessões técnicas informais são diferentes das Audiências Públicas, já que convocadas para discutir de maneira privada um assunto concreto com funcionários públicos e atores específicos.²⁴⁷

Os *autos de seguimiento*, de um modo geral, servem para monitorar o cumprimento das ordens emanadas pela Corte e solicitar ações específicas, contendo informações dos atores públicos e privados sobre os progressos e as questões técnicas envolvidas nos desdobramentos da implementação dos direitos.²⁴⁸

Ao que se vê, no bojo do litígio estrutural contido na T-025/2004 a Corte Constitucional da Colômbia estimulou a participação dos órgãos da administração pública e das organizações da sociedade civil, promovendo o diálogo entre eles, mediante audiências e solicitações periódicas de informações sobre os avanços obtidos em concreto com relação à população *desplazada*. Assim, a fim de promover o desbloqueio das instituições relevantes para a superação do ECI em questão, a Corte colombiana empregou o que Garavito denomina de “ativismo dialógico”, assumindo um papel ativo na promoção e coordenação das políticas públicas pertinentes, mediante a promoção da deliberação pública e a busca coletiva de soluções efetivas.

Esse modelo de gestão judicial ativa muito se assemelha à abordagem do juiz-catalisador descrita por Sturm e identificada como “*experimentalist regulation*” por Sabel e Simon, presente na segunda geração da *Structural Reform Litigation* estadunidense, conforme exposto na seção 2 do presente trabalho. Pode-se dizer que a intervenção judicial colombiana acima descrita enfatizou a deliberação entre as partes interessadas, a revisão contínua de avaliações de desempenho e a transparência, adotando os procedimentos que os métodos experimentalistas propõem para a desestabilização e abertura de instituições em mau funcionamento, que de alguma forma se encontram imunes aos mecanismos políticos convencionais de correção.²⁴⁹

E, assim como aconteceu na *Structural Reform Litigation*, entre erros e acertos, o

²⁴⁷ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 146.

²⁴⁸ *Ibid*, p. 144. Informam os autores que nos dez anos posteriores à T-025/2004, a Corte Constitucional da Colômbia ditou duzentos e oitenta e nove *autos de seguimiento*.

²⁴⁹ *Cf.* p. 56 e ss., seção 2.

ativismo da Corte Constitucional colombiana em litígios estruturais foi se aperfeiçoando e guinou de uma abordagem “*top-down*”, com sentenças monológicas e ordens detalhadas, para uma atuação dialógica.

3.3 ATIVISMO DIALÓGICO E *EXPERIMENTALIST REGULATION*: A MESMA FACE DA MESMA MOEDA E O VALOR DA ABORDAGEM JUDICIAL CATALISADORA DELIBERATIVA

A recente experiência colombiana na resolução de litígios estruturais percorreu caminhos não muito distintos do *managerial judging* descrito e analisado por Resnik no contexto da *Prision Reform Litigation* nos Estados Unidos e abordado na seção 2 deste trabalho. Como visto, a emergência desse modo de atuação gerencial deveu-se à necessidade do desenvolvimento de estratégias procedimentais adequadas à reestruturação a longo prazo e monitoramento de instituições públicas, que estavam em desacordo com a Constituição no contexto de expansão dos casos de *structural reform litigation*. Destarte, a fim de se obter maior eficiência e melhores resultados na intervenção judicial para a reforma estrutural do sistema prisional, os juízes passaram a desempenhar uma função gerencial no momento da execução das sentenças. Essa postura mais ativa, que exigia a adoção de estratégias típicas da atividade de governança estatal, envolvia a retenção da jurisdição para a supervisão da implementação das ordens judiciais na fase pós-julgamento, a realização de audiências formais e informais, rodadas de deliberação entre as partes envolvidas e terceiros interessados, bem como a participação de especialistas na construção de soluções eficazes.

Nesse diapasão, cabia ao juízo competente definir a estratégia de gestão a ser empregada, decidindo quem participaria do processo, que incentivos deveriam ser usados para induzir a necessária cooperação entre as partes, como monitorar a execução das ordens estruturais e como lidar com o descumprimento por parte dos funcionários das instituições, encarregados. Tais escolhas estavam diretamente ligadas aos estilos gerenciais dos juízes, que variavam desde o deferente, passando pelo diretor e pelo mediador, até o catalisador, consoante exposto na primeira seção deste trabalho.

Segundo Sturm, a eficácia da intervenção judicial nos casos de reforma estrutural nas prisões nos EUA encontrava-se diretamente ligada à capacidade das cortes de influenciar as questões subjacentes à dinâmica organizacional que originava as condições inconstitucionais e impedia a autocorreção institucional. E, na conclusão da autora, a abordagem catalisadora seria a única a deter um potencial real para promover o desbloqueio político e institucional, permanecendo dentro dos limites do exercício da função judicial. O juiz catalisador é aquele

que cria mecanismos e incentivos para induzir as partes a participarem de um processo deliberativo, a fim de formular e implementar um remédio judicial eficaz. Para tanto, exige que os responsáveis pelo sistema prisional se envolvam em rodadas deliberativas com os representantes dos presos queixosos, para a construção de soluções conjuntas. Após avaliar se o remédio proposto é adequado à luz das informações coletadas, o juiz catalisador estabelece prazos para o cumprimento das medidas estruturais pertinentes, bem como estipula a criação de um sistema de monitoramento acerca do adimplemento, para que possa avaliar o seu progresso.²⁵⁰

Com o mesmo escopo, mas partindo das especificidades do contexto jurídico, político e institucional colombiano, bem como do reduzido número de casos empíricos para análise, César Rodríguez Garavito empreendeu uma pesquisa sobre os impactos da forma de atuação da Corte Constitucional na etapa de implementação dos direitos demandados em sede de litígios estruturais, em que houve ou não a declaração expressa de um “Estado de Coisas Inconstitucional”. O autor chegou à conclusão de que a adoção de um modelo de ativismo dialógico, como aconteceu na T-025/2004, tem maiores efeitos porque se ocupa de dois obstáculos práticos fundamentais para a execução das sentenças estruturais, quais sejam, a resistência política e a falta de capacidade institucional.²⁵¹

A partir de um detalhado estudo de caso das três principais sentenças estruturais da Corte Constitucional colombiana, o autor realizou a comparação acerca dos efeitos relativamente profundos da mencionada decisão T-025 de 2004 em relação aos resultados muito mais modestos das demais, quais sejam, a T-153 de 1998, que versou sobre a superpopulação carcerária, e a T-760 de 2008, sobre o direito à saúde.²⁵² Norteando a sua pesquisa a partir das características das sentenças que contemplam o cumprimento dos direitos socioeconômicos que identificou como determinantes para a efetividade de suas consequências,²⁵³ o jurista colombiano analisou o grau de força das declarações de

²⁵⁰ Cf. p. 48-56, seção 2.

²⁵¹ GARAVITO, César Rodríguez. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 236. Cumpre mencionar que esse estudo comparativo também aparece uma obra conjunta do autor com Diana Rodríguez Franco, do ano seguinte, qual seja, GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 215-219.

²⁵² GARAVITO, *op. cit.*, p. 217-219.

²⁵³ Cabe esclarecer que o autor parte da taxonomia formulada por Mark Tushnet acerca do controle de constitucionalidade no contexto dos direitos sociais, que tem por base o conteúdo subjetivo das sentenças e as medidas judiciais empregadas, agregando-lhe, contudo, mais um elemento: o monitoramento do cumprimento da decisão judicial, que entende essencial para a análise do resultado das decisões da Corte Constitucional colombiana em sede de litígios estruturais, como será demonstrado a seguir. O mencionado autor norte-

exigibilidade judicial dos direitos em questão, das medidas judiciais adotadas e do monitoramento do cumprimento das respectivas decisões²⁵⁴.

Como afirma o autor, as três sentenças compartilham de um enfoque de direitos forte, isto é, reconhecem que houve a violação de direitos constitucionais que são judicialmente exigíveis, em especial os de cunho social, econômico e cultural. A primeira decisão (T-153/1998) declarou o ECI do sistema carcerário colombiano em razão da superlotação que dá origem a graves deficiências em matéria de serviços públicos e assistenciais, violência, extorsão e corrupção carcerária, além da carência de oportunidades e meios para a ressocialização, o que viola os direitos fundamentais dos reclusos, tais como a dignidade, a vida e a integridade pessoal, os direitos à família, à saúde, ao trabalho e à presunção de inocência. Neste caso a Corte afirmou de forma decisiva a justiciabilidade de todos esses direitos, adotando também um enfoque de remédios forte, ao ditar ordens detalhadas sobre a formulação e implementação da política pública carcerária, deixando pouca margem de atuação ao Executivo. Como explica Camilo Augusto Delgado Rodríguez, além de colocar o tema envolvendo a crise de direitos humanos nas prisões colombianas em um dos primeiros lugares da agenda governamental, identificando as autoridades competentes para desenhar e executar a política carcerária, a Corte ordenou:

*a elaboración de un plan de construcción y refacción carcelaria con el fin de garantizar a los reclusos las condiciones de vida digna en los penales. Lo expuesto dejó poco margen de maniobra en la gestión pública, por cuanto el juez constitucional seleccionó el único camino para atender el problema social, éste era, la construcción de cárceles. (...) Por tanto, en el ECI de cárceles, la Corte fungió como un ordenador que olvida el margen de apreciación que tiene la administración para corregir un rumbo administrativo y no como un actor que destrabara un bloqueo institucional.*²⁵⁵

americano classifica os tipos de direitos substantivos como meramente declaratórios, fracos (fornecem fracas garantias de adimplemento) e fortes (fornecem garantias relativamente fortes de adimplemento), de acordo com o grau de justiciabilidade e alcance desses direitos. Ao discutir as relações entre os tipos de direitos fracos e fortes e, mecanismos de imposição fracos e fortes, argumenta Tushnet que embora seja importante insistir que a substância de um direito não possa ser desvinculada dos remédios usados para executá-lo, também é igualmente importante enfatizar que direitos fortes podem ser cumpridos tanto política quanto judicialmente. Destarte, uma aplicação judicial fraca por si só não prejudica a alegação de que um direito é forte, podendo ser aplicado através da política, com o apoio e incentivo dos tribunais. Neste passo, conclui ser a criação de uma forma de revisão judicial “fraca” (*weak-form judicial review*) combinada com uma perspectiva forte na exigibilidade dos direitos, o método mais interessante para fazer cumprir direitos sociais e econômicos (TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, New Jersey: Princeton University Press, 2008).

²⁵⁴ GARAVITO, César Rodríguez. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 233.

²⁵⁵ RODRÍGUEZ, Camilo A. Delgado. *Discutamos: La intervención judicial em las políticas públicas em el marco de los casos estructurales de vulneración de Derechos Sociales - Análisis de caso Argentina, Colombia e India*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2017, p. 126.

Dentre as ordens específicas emanadas na sentença estavam: i) a de suspender imediatamente um contrato para a remodelação de uma das maiores prisões de Bogotá; ii) a de formular, em um prazo de três meses, um plano integral para a reestruturação das prisões existentes e a construção de novas, que deveria ser executado em um período de até 4 anos; e iii) a de acabar, neste mesmo prazo, com o confinamento de presos provisórios nas mesmas prisões de detentos condenados.²⁵⁶ No entanto, essa decisão implementou um *seguimiento* de fraca intensidade, limitando-se esta a solicitar à *Defensoría del Pueblo* e à *Controladoría General de la República* que monitorassem a execução das suas ordens, sem fixar parâmetros para controlar o avanço das autoridades em relação à política carcerária. Isso resultou em uma baixa repercussão e na manutenção do *status quo* em relação às condições que davam origem ao quadro persistente violação de direitos como consequência do mau funcionamento institucional.²⁵⁷

Na *sentencia* T-760/2008, como explicam Garavito e Diana Rodríguez Franco, embora a Corte não tenha declarado o ECI, “*aprobó una serie de requerimientos judiciales estructurales y un proceso de seguimiento ambicioso no muy diferente del de la T-025, que incluía la creación de una sala de seguimiento especializada dentro del mismo tribunal*”.²⁵⁸ Neste caso, a partir da união de várias demandas em que se invocava a proteção do direito à saúde, requerendo-se em concreto o acesso a serviços, tratamentos e medicamentos, a Corte determinou a reforma do sistema de saúde colombiano, mediante a unificação da cobertura básica dos pacientes dos planos públicos e privados, em atendimento a uma lei de 1993, que não vinha sendo cumprida. Além de reconhecer a existência de violações reiteradas ao direito à saúde, o tribunal adotou de maneira explícita uma interpretação mais firme a respeito da sua exigibilidade, que já vinha sendo construída jurisprudencialmente²⁵⁹, reconhecendo-o como um direito fundamental autônomo e justicável por meio de *acción de tutela*, independentemente da sua conexão com o direito à vida e à integridade pessoal.

²⁵⁶ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 217.

²⁵⁷ Como relata Camilo Augusto Delgado Rodríguez, os diversos informes estatais sobre o cumprimento da T-153/1998 demonstram que a atuação governamental se circunscreveu à modernização da infraestrutura e expansão do sistema penitenciário colombiano, medidas que, de fato, não garantiram os direitos dos internos, já que as vulnerações continuaram tanto nos cárceres antigos como nos novos. Ademais, embora essa política pública tenha diminuído a superpopulação das prisões de forma momentânea, esse fenômeno voltou a acontecer com o tempo, tendo sido registrado só em 2004 um crescimento de 37% (RODRÍGUEZ, Camilo A. Delgado. *Discutamos: La intervención judicial en las políticas públicas en el marco de los casos estructurales de vulneración de Derechos Sociales - Análisis de caso Argentina, Colombia e India*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2017, p. 128-129).

²⁵⁸ GARAVITO; FRANCO, *op. cit.*, p. 215-216.

²⁵⁹ Cf. nota 205.

Em relação ao remédio judicial, a Corte adotou um enfoque moderado, parecido com a abordagem empregada em relação aos *desplazados*, na T-025/2004, mediante a prolação de ordens de meio e não de resultado, deixando a cargo do governo o desenho e a implementação de um plano para a superação do quadro de inconstitucionalidade, em um prazo determinado, bem como estabelecendo mecanismos para supervisionar de forma eficiente os prestadores de serviços de saúde. Com esse intuito, a sentença estabeleceu os seguintes objetivos gerais: i) melhora da definição, atualização, unificação e acesso aos planos de saúde; ii) incrementar a sustentabilidade e o fluxo de recursos financeiros; iii) otimizar a transparência do sistema de saúde mediante a criação e difusão do catálogo de direitos e deveres dos pacientes; iv) avançar no sentido de um sistema universal de saúde; e v) desenvolver indicadores para a supervisão periódica do cumprimento das ordens da Corte Constitucional da Colômbia.²⁶⁰

Contudo, como salientam Garavito e Franco, embora tenha sido estipulado um mecanismo de supervisão semelhante ao da T-025, a Corte teve em geral uma postura mais passiva na fase pós-julgamento, tendo celebrado apenas duas Audiências Públicas, sem a promoção de uma participação significativa dos cidadãos. Ademais, na fase de execução, limitou-se a realizar solicitações de informações ao governo. Desta forma, o *seguimiento* perdeu força em pouco tempo e a decisão teve consequências moderadas, ficando em um ponto intermediário entre o caso sobre os *desplazados* e a sentença sobre as prisões.²⁶¹

Realizando a comparação entre as três demandas mencionadas, a partir desses resultados, o autor verificou que a T-153/1998, que contou com direitos e ordens judiciais (remédio) fortes, mas com uma fase de execução (*seguimiento*) fraca, gerou efeitos pequenos em relação à violação massiva de direitos fundamentais dos presos. A *sentencia* T-760/2008, por sua vez, que contou com direitos fortes, ordens judiciais moderadas e uma execução fraca, teve uma repercussão moderada em relação às falhas estruturais do sistema de saúde pública colombiano. E, a T-025/2004, que inclui direitos fortes, ordens judiciais moderadas e um *seguimiento* forte teve efeitos gerais mais profundos no que tange ao adimplemento da faceta prestacional dos direitos fundamentais dos *desplazados*.²⁶²

O que diferencia essa última decisão das demais analisadas é o fato de a Corte Constitucional da Colômbia ter adotado um modelo de ativismo prudente, voltado ao diálogo

²⁶⁰ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 217-218.

²⁶¹ *Ibid*, p. 218.

²⁶² GARAVITO, César Rodríguez. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 236; e GARAVITO; FRANCO, *op. cit.*, p. 218.

para com os atores governamentais relevantes e à participação cidadã, inclusive da fase de execução, a fim de alcançar a desestabilização de práticas institucionais estagnadas. Na sentença que reconheceu a violação dos direitos fundamentais da população *desplazada*, ao invés de proferir ordens específicas orientadas à determinados resultados políticos, o tribunal estabeleceu as linhas principais dos procedimentos a serem adotados e fins mais amplos a serem atingidos, deixando a cargo dos órgãos públicos envolvidos o desenho e a implementação dos planos e programas para a superação do quadro de inconstitucionalidade. E, na fase pós-julgamento, a Corte teve uma postura ativa e dialógica, dando início a um processo de supervisão que promoveu a discussão das alternativas políticas para resolver o problema estrutural detectado na sentença. Os detalhes das políticas públicas para o amparo dos deslocados internos vieram à tona durante o processo de execução e não na própria sentença, ditando a Corte novas decisões de acordo com os progressos e retrocessos relatados no processo e discutidos em Audiências Públicas deliberativas.²⁶³ Nas palavras de Garavito e Franco:

*(...) aunque en la T-025 la CCC ha adoptado de forma explícita un enfoque dialógico, en sentencias estructurales previas, como la de la superpoblación carcelaria (T-153 de 1998), se inclino por una combinación monológica de derecho y órdenes fuertes y renuncia al seguimiento. Sin embargo, en otras decisiones estructurales, como la T-760 de 2008 sobre el derecho a la salud, se situo en una posición intermedia entre los enfoques monológicos y dialógicos.*²⁶⁴

Ao que se vê, existem diferenças consideráveis entre as decisões de um mesmo tribunal e, a forma como se deram as combinações entre direitos, remédios judiciais e processos de execução, teve incidência no impacto das sentenças estruturais da Corte Constitucional da Colômbia sobre direitos sociais, econômicos e culturais. Essa tese pode também ser reforçada a partir do estudo da atuação mais recente desse tribunal nas *sentencias T-388/2013* e *T-765/2015*, em que restou reiterada a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” em matéria carcerária.

Nesses casos, mediante a reunião de inúmeras *acciones de tutela* dos presos, a Corte entendeu que apesar das ações empregadas no bojo da *sentencia T-153/1998*, persistia a

²⁶³ Neste passo cabe mencionar que, partindo de outra perspectiva, assevera David Landau que a diferença nos resultados obtidos pela T-025/2004 e a T-760/2008 se deram em virtude do fato de que no caso dos *desplazados* a CCC trabalhou na construção de uma nova política pública que envolvia apenas um tipo de grupo social (“*relatively monolithic se of civil society organizations*”) com as mesmas demandas e, no caso envolvendo o direito à saúde, a CCC teve que lidar com políticas públicas e burocracias já existentes e estabelecidas, que abarcavam diversos grupos da sociedade com diferentes demandas, contexto esse que que dificultou o seu trabalho na reforma estrutural (LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*, vol. 53, number 1, winter 2012, p. 221-229).

²⁶⁴ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 214.

violação sistemática de direitos da população encarcerada. Assim, além da emissão de ordens simples e específicas, com o objetivo de responder às solicitações concretas dos autores, diversamente do que ocorrera anteriormente, foram prolatadas ordens complexas contendo medidas estruturais gerais para a implementação de uma política criminal que respeitasse os mínimos constitucionais para o oferecimento de condições de encarceramento dignas.

Consoante explica Rodríguez

A diferencia de la intervención judicial monológica efectuada en la Sentencia T-153 de 1998, la CCC modificó el enfoque analítico para tratar la grave crisis carcelaria que afronta el país, la cual se agravó en la década de 2010. El cambio consistió en ampliar la comprensión de fenómeno, por lo que se dejó de considerar el problema carcelario como un inconveniente de falta de racionalización del sistema penitenciario. En realidad, ese tribunal entendió que la vulneración de derechos humanos es consecuencia de diversas dificultades de la política criminal del Estado colombiano y no exclusivamente en la administración penitenciaria. Ello significó la formulación de remedios más abiertos para poder obtener algún resultado.²⁶⁵

Como aponta o autor, essa nova abordagem teve por base o prévio diálogo interinstitucional, já que a declaração do ECI se fundamentou nas informações anteriormente colhidas junto a diversas entidades sobre o estado das cadeias e penitenciárias do país²⁶⁶, tendo se concretizado por meio da emissão de ordens gerais e da atuação da Corte Constitucional no sentido da abertura de um espaço de deliberação entre esses órgãos e os reclusos. Assim, embora numa primeira etapa tenham sido prolatadas medidas mais específicas para garantir os direitos fundamentais dos petionários em lide, bem como destinadas a solucionar problemas particulares das prisões onde estavam a ocorrer a violação desses direitos,²⁶⁷ numa segunda etapa o tribunal ditou remédios estruturais para tentar

²⁶⁵ RODRÍGUEZ, Camilo A. Delgado. *Discutamos: La intervención judicial en las políticas públicas en el marco de los casos estructurales de vulneración de Derechos Sociales - Análisis de caso Argentina, Colombia e India*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2017, p. 131.

²⁶⁶ Relata Rodríguez que tais informações foram provenientes de estudos elaborados pelo *Congreso de la República*, pela *Procuraduría General de la Nación*, pela *Contraloría General de la República*, pela *Defensoría del Pueblo*, pela academia (*estudios sobre la política penitenciaria en el país, en Latinoamérica y Norteamérica*), pelos meios de comunicação (*reseñas de la forma en que la prensa había relatado la crisis carcelaria*), pela opinião pública, pelo *Gobierno Nacional* e pelo *Departamento Nacional de Planeación*, por meio da *Comisión Asesora de Política (análisis que constató los problemas en cada fase de la política criminal)* (*Ibid.*, p. 132).

²⁶⁷ Como exemplo desse tipo de ordens cita Rodríguez medidas para ajustar horários de alimentação ou chuveiros para o bem comum da sociedade carcerária, pra o fornecimento de quantidades suficientes de água para os presos, para o fornecimento de alimentos em condições ideais e para a facilitação do acesso a serviços médico. Além disso, menciona o autor que foi determinada a implementação de mutirões jurídicos para que se atingisse uma maior quantidade de pedidos de liberdade, o mesmo acontecendo em relação ao acesso a serviços de saúde. Ademais, a Corte determinou que se a situação em tais prisões não melhorasse em três anos a partir da notificação para adoção de providências, essas deveriam ser fechadas. (*Ibid.*, p. 133-134).

resolver as falhas institucionais que afetavam as políticas carcerária e criminal, fim de assegurar condições de vida dignas em todos os estabelecimentos prisionais colombianos.²⁶⁸

Tais medidas estipularam diretrizes de emergência e de longo prazo. Por um lado, foram estabelecidos critérios urgentes para evitar a superlotação e violação de direitos das pessoas privadas de liberdade, como a criação de um plano de contingência para superar rapidamente os problemas de saúde da população carcerária. De outro turno, o tribunal definiu que a política criminal deveria respeitar os mínimos constitucionais, oferecendo condições dignas de reclusão. E, como passo inicial para atingir esse fim, ordenou a elaboração de um diagnóstico da situação com o objetivo de propor estratégias a serem seguidas para garantir os direitos dos detentos na resolução de falhas estruturais que dão ensejo ao “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI).²⁶⁹

Ademais, estabeleceu como parâmetros para avaliar o progresso das políticas públicas alguns indicadores de impacto direto sobre os direitos humanos dos presos, desenvolvidos com base nos critérios técnicos estipulados pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos e do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Nesse sentido, a Corte fixou prazos para o envio de relatórios contendo informações sobre o cumprimento das suas ordens, a serem elaborados pelo *Consejo Superior de Política Criminal*, determinando que o monitoramento do cumprimento ficasse a cargo da *Procuraduría General de la Nación*, da *Contraloría General de la República* e da *Defensoría del Pueblo*, em coordenação com o *Gobierno Nacional*, não obstante tenha retido a jurisdição para a adoção das medidas coercitivas necessárias em caso de descumprimento.²⁷⁰

Por fim, a Corte determinou que as entidades envolvidas deveriam garantir a participação democrática dos presos e de suas famílias na construção, implementação e avaliação da gestão pública que visa resolver o ECI nas prisões, fomentando a atuação da sociedade civil no *seguimiento* da sentença a fim de maximizar a prestação de contas do Estado e a eficácia dos seus remédios. Neste diapasão, um grupo de atores não-governamentais formou a *Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-388/2013*,²⁷¹ que assumiu a tarefa de monitorar a fase de execução primeiramente desta decisão e

²⁶⁸ RODRÍGUEZ, Camilo A. Delgado. *Discutamos: La intervención judicial em las políticas públicas em el marco de los casos estructurales de vulneración de Derechos Sociales - Análisis de caso Argentina, Colombia e India*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2017, p. 133-135.

²⁶⁹ *Ibid*, p. 135.

²⁷⁰ *Ibid*, p. 135-136.

²⁷¹ Grupo este composto pela *Universidad Externado* e pelas organizações *Humanas Colombia* e *Centro de estudios derecho, justicia y sociedad - Dejusticia* (*Ibid*, p. 137, nota 613).

posteriormente também da T-762/2015, apresentando informes em 2015 e 2017, em contraposição aos relatos apresentados pelo poder executivo.²⁷²

Na análise de Rodríguez essas decisões produziram efeitos moderados, já que a partir das informações prestadas por todos os envolvidos é possível verificar algum avanço em relação à observância das ordens judiciais, principalmente no que tange às medidas de aplicação imediata e aos esforços para o desenvolvimento de uma gestão pública carcerária coerente, racional e eficiente.²⁷³ Não obstante, tais ações governamentais não tiveram impacto direto nos direitos fundamentais da população carcerária. Segundo ele, as dificuldades para superar essa grave crise humanitária são complexas e demandam uma colaboração mais eficaz por parte do Poder Legislativo e um envolvimento efetivo da Corte Constitucional na supervisão do cumprimento da decisão, nos moldes em que aconteceu na T-025/2004.²⁷⁴

Diante desse quadro, seguindo a mesma taxonomia empregada por Garavito, pode-se inferir que a atuação da Corte Constitucional da Colômbia nessa nova declaração do ECI do sistema carcerário (T-388/2013 e T-762/2015), a semelhança do que aconteceu na T-760/2008 e na T-025/2004, contou com direitos fortes e ordens moderadas, direcionadas aos meios e não aos resultados, portanto de viés dialógico. Contudo, quanto ao *seguimiento*, diversamente do que se vislumbrou nessas decisões anteriores, a Corte teve uma atuação moderada, ficando numa posição intermediária em relação ao ECI da saúde (*seguimiento* fraco) e dos *desplazados* (*seguimiento* forte). Isso porque, embora tenha implementado mecanismos de monitoramento da decisão, definindo os parâmetros para a avaliação do adimplemento progressivo dos direitos dos presos, promovendo o diálogo interinstitucional, incentivando a participação de representantes da sociedade civil e retendo a jurisdição, não se arrogou a função de supervisão do cumprimento das decisões, nos moldes em que havia feito em 2004

²⁷² RODRÍGUEZ, Camilo A. Delgado. *Discutamos: La intervención judicial em las políticas públicas em el marco de los casos estructurales de vulneración de Derechos Sociales - Análisis de caso Argentina, Colombia e India*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2017, p.137.

²⁷³ Em 2014 houve a aprovação da Lei n. 1709 e de seus decretos de regulamentação, orientados à harmonização normativa da legislação penitenciária e ao fortalecimento da garantia de direitos da população privada de liberdade. E, em 2015, foi aprovado pelo Conselho Superior de Política Criminal o documento n. 3828, delimitando a Política Penitenciária e Carcerária, com o escopo de superar o enfoque anterior, centrado na construção de prisões, por meio da previsão de distintas ações propostas para lograr uma mirada integral e articulada da política penitenciária e carcerária mediante três enfoques: i) o primeiro relativo às condições gerais nas prisões, em particular as deficiências em matéria de infraestrutura em sentido amplo; ii) o segundo objetivo busca integrar e harmonizar a política penitenciária e a criminal; iii) o terceiro se refere à integração dos diferentes atores que intervêm ou deveriam intervir no planejamento e operação dos planos e projetos derivados da política penitenciária. (*Ibid*, p. 139).

²⁷⁴*Ibid*, p. 138-143.

na T-025. Destarte, utilizando como base a tabela já desenvolvida pelo autor colombiano²⁷⁵ e acrescentando os dados das recentes *sentencias* T-388/2013 e T-762/2015, tem-se o seguinte resumo da comparação entre as sentenças estruturais e os resultados ora apresentados:

Quadro 1. Comparação das sentenças estruturais da Corte Constitucional da Colômbia

SENTENÇAS (ordem cronológica)	DECLARAÇÃO DE DIREITOS (Fase de conhecimento)	MEDIDAS JUDICIAIS (Carga cominatória)	“SEGUIMIENTO” (Medidas coercitivas)	EFETIVIDADE
T-153/1998	Forte	Fortes	Fraco	Pequena
T-025/2004	Forte	Moderadas	Forte	Grande
T-760/2008	Forte	Moderadas	Fraco	Moderada
T-388/2013 T-762/2015	Forte	Moderadas	Moderado	Moderada

Fonte. Elaboração de Bianca M. S. van der Broecke a partir do marco teórico referenciado.

Mesmo que se possa afirmar que, em comparação à 1998, passou-se de uma revisão judicial monológica para um dialógica no que se refere à intervenção na política carcerária, o modelo de monitoramento do processo na fase pós-julgamento das recentes sentenças T-388/2013 e T-762/2015 demonstrou um distanciamento da autoridade judicial, incompatível com o ativismo experimental e dialógico que fez da atuação da Corte Constitucional da Colômbia na T-025/2004 uma referência na resolução de litígios estruturais para a América Latina e outras regiões do Sul Global. De fato, o estudo comparativo aqui esboçado reforça a tese de Garavito no sentido de que as sentenças dialógicas, caracterizadas pela combinação de direitos fortes com ordens judiciais moderadas, têm um maior potencial para combater a resistência política e falta de capacidade institucional para solucionar problemas estruturais e sistêmicos na proteção dos direitos sociais, contanto que no momento da execução do julgado a Corte opte pela adoção de um modelo de gestão judicial ativa (ou forte), pautado na transparência, na eficiência e na deliberação democrática, elementos característicos de um *managerial judging*, na abordagem do juiz catalisador de Sturm ou na *experimentalist regulation* propugnada por Sabel e Simon.

²⁷⁵ GARAVITO, César Rodríguez. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 236.

3.4 ATIVISMO DIALÓGICO ENTRE A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: LEGITIMIDADE E *ACCOUNTABILITY* JUDICIAL NA RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS

A atuação da Corte Constitucional da Colômbia na resolução de litígios estruturais traz em seu bojo o diálogo entre os Poderes e, principalmente, destes para com o povo. E, com isso, a interação do controle de constitucionalidade com essas práticas deliberativas capacita e legitima democraticamente a *judicial review*. Essa promoção da prática dialógica entre os ramos do Poder, a fim de superar a inação e a falta de coordenação entre as instituições relevantes, bem como o processo de monitoramento contínuo do cumprimento da sentença com o favorecimento do debate – a uma ampla variedade de atores governamentais e não governamentais – sobre os procedimentos a serem adotados e a implementação das políticas públicas para concretização dos direitos sociais envolvidos, têm como paradigma uma perspectiva deliberativa da democracia.

Conforme preceitua Gargarella, a democracia deliberativa requer que as decisões públicas estejam ancoradas em um amplo processo de discussão coletiva, que conte com a intervenção de todos aqueles que se vislumbrariam potencialmente afetados pelas questões em jogo. E, para que isso aconteça, faz-se necessária a organização de sistemas institucionais que favoreçam a deliberação democrática e que contem com a existência de mecanismos destinados a manter e aumentar seu caráter deliberativo. Neste diapasão, pode-se dizer que diante da sua posição institucional e dos meios com que contam, os juízes se encontram em uma excelente posição para favorecer o bom funcionamento do processo deliberativo.²⁷⁶ Nas palavras do autor:

*En efecto, el poder judicial es la institución que recibe querelas de los que son, o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones. A sus miembros se les exige, como algo cotidiano, que observen el sistema político, con atención especial en sus debilidades, fracasos y rupturas. Más aún, los jueces institucionalmente están obligados a escuchar las diferentes partes del conflicto – y no sólo a la parte que reclama haber sido mal tratada.*²⁷⁷

Mas, segundo Gargarella, o funcionamento de um sistema de democracia deliberativa, requer uma lógica de organização institucional diferente da que oferece o tradicional sistema de *check and balances*, orientado a evitar e canalizar a guerra social.²⁷⁸ Um modelo que

²⁷⁶ GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?, *Perfiles Latinoamericanos*, n. 28, Julio-Diciembre 2006, Sección Varia, p. 19 - 20.

²⁷⁷ *Ibid*, p. 21.

²⁷⁸ Como explica Gargarella, a perspectiva norte-americana da separação dos poderes que veio a influenciar boa parte dos estados democráticos presidencialistas da América Latina funda-se nas proposições da coletânea de artigos denominada *The Federalist* (1787), de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Ao empreender a análise do artigo n.º 51 dessa obra, de autoria de Madison, que enfatiza a previsão de instrumentos

pretende assegurar que o processo de tomada de decisão se assente em um “diálogo inclusivo” requer uma orientação em outro sentido, de modo a organizar e facilitar a cooperação e a conversação estendida entre iguais.²⁷⁹ Nesse sentido, desenhos institucionais aptos a favorecer o diálogo entre pares não se harmonizam com a ideia de supremacia judicial que subjaz a forma clássica de revisão judicial desenvolvida nos Estados Unidos e disseminada no contexto do Sul Global, em que o Poder Judiciário se arroga como único detentor da “última palavra” na construção dos significados constitucionais.

Não obstante, embora o sistema de controle de constitucionalidade adotado na Colômbia possa ser considerado de caráter forte, alguns elementos do seu desenho institucional têm permitido que a Corte revele um potencial deliberativo que torna o seu ativismo na área dos litígios estruturais compatível com o respeito à democracia deliberativa.²⁸⁰ Nesse contexto, a atuação da Corte Constitucional desse país tem demonstrado uma desmistificação da ideia de supremacia judicial, que parece mais alinhada à tese de Conrado Hübner Mendes sobre a possibilidade de uma compreensão da divisão de poderes numa perspectiva deliberativa.

Segundo o autor brasileiro, deve-se pensar em uma distribuição de poderes fluída e não estática, já que não é possível regular constitucionalmente o momento em que uma

constitucionais de balanço e controle entre os poderes (*check and balances*), o autor aponta para a existência de uma peculiar concepção de organização constitucional baseada na lógica agonial, do conflito, cujo escopo seria utilizar o sistema institucional para organizar e conter a “guerra social”. Segundo ele, esse sistema criado no século XVIII foi concebido em um contexto histórico em que o constitucionalismo necessitava estabilizar-se. Assim, toda a sua estrutura e seus mecanismos foram criados para conter conflitos, canalizar disputas, neutralizar diferenças, mostrando-se pouco favorável à cooperação política e ao diálogo. Destarte, essa tradição dos *check and balances* foi mais exitosa na criação de elementos defensivos e ofensivos do que no favorecimento de canais dialógicos (GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 128- 130). Essa análise tem como enfoque um parágrafo que entende ser o mais significativo da obra *The Federalist* n.º 51, qual seja: “*It is equally evident, that the members of each department should be as little dependent as possible on those of the others, for the emoluments annexed to their offices. Were the executive would be merely nominal. But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others. The provision for defense must in this, as in all other cases, be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition. The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place. It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the abuses of government. But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself.*” (Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp. Acesso em 25/11/2016).

²⁷⁹ *Ibid*, p. 125-127.

²⁸⁰ ROA, Jorge Ernesto Roa. *Control de Constitucionalidade Deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2019, p. 540.

instituição, e não outra, terá a maior legitimidade social na hora de tomar as grandes decisões. As cortes constitucionais, assim como os demais entes de poder, estão imersas no coração da política e são sensíveis ao grau de aceitabilidade das suas decisões, bem como avaliam a sua legitimidade e calibram a forma da sua intervenção de acordo com as expectativas sociais em torno do seu papel ou da conformidade constitucional que se consideram capazes de assegurar.²⁸¹ Assim, como assevera Mendes:

*Estas modulaciones conforme a las circunstancias son compatibles con los fundamentos de la idea de control y equilibrio, pero no es posible hacerlas concordar con una teoría de la adjudicación ligada a una partición funcional estática y predeterminada de la división de poderes, la cual es en realidad dinámica y mutable. Los poderes negocian, a cada paso, sus límites respectivos. En su funcionamiento, entremezclan acciones de activismo y limitación. Se trata de un proceso informal (y no formalizable) de adaptaciones contingentes dictadas por la política antes que por un manual de hermenéutica.*²⁸²

Em síntese, na análise do autor, a separação de poderes estimula um jogo político que produz funções cambiantes entre as instituições, em especial na defesa dos direitos fundamentais e, dessa interação, resultam acomodações contingentes e instáveis. Segundo ele, no incessante jogo político entre a Corte e o Parlamento – que é estimulado pela separação de poderes –, a última palavra (seja ela de um ou de outro) não impede novas rodadas procedimentais, devido ao seu caráter inerentemente provisional. Ou seja, a estabilização de determinado tema de interesse coletivo somente se produz “*por medio de la adaptación entre ambas ramas del gobierno, la cual podría ser el resultado de las continuas negociaciones argumentativas sostenidas em los enfrentamientos previos*”.²⁸³

Tais oscilações crônicas muitas vezes produzem decisões que não contam com uma legitimidade *a priori*, mas sim com uma legitimidade contextual, considerando que a substância pode subordinar, em algumas circunstâncias, o procedimento. Afirma Mendes que “a democracia não pode abdicar do julgamento consequencialista para certificar a legitimidade de instituições. Esta não deve se limitar a um critério formal *ex ante* e não se esgota em um cálculo de engenharia institucional, com régua e compasso.”²⁸⁴ E, diante desse quadro, defende o autor que a ideia de desempenho deliberativo fornece uma medida interessante para se aferir a legitimidade de cada instituição contextualmente (*ex post*),

²⁸¹ MENDES, Conrado Hübner. *Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 157-165.

²⁸² *Ibid*, p. 165.

²⁸³ *Ibid*, p. 179.

²⁸⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese aprovada no Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo. São Paulo:2008, p. 203.

propondo então a substituição de uma concepção da separação de poderes somente defensiva para uma que inclua um ônus deliberativo.²⁸⁵

Neste diapasão, a separação de poderes deve ser vislumbrada a partir de uma lógica flexível e dinâmica, visto que não há nada preestabelecido para além de uma divisão de trabalho abstrata entre o legislativo e o Poder Judiciário. Assim, a interação entre essas instituições no sistema de *check and balances* pode se dar nos termos de um enfrentamento pela legitimidade e pela supremacia no âmbito das decisões, podendo a qualidade deliberativa deste jogo legitimar essas trocas, na medida em que a razão pública²⁸⁶ seja o idioma empregado pela instituição dominante em cada momento. O desempenho deliberativo na perspectiva intra-institucional contribuiria para a legitimidade de cada ente, considerado em separado e, na perspectiva inter-institucional, para maximizar as possibilidades de acerto na tomada de decisões. Parlamentos e Cortes teriam legitimidade para serem ativistas à medida que se engajassem no diálogo, podendo “optar por deferir, por esperar, ou, em face de um bom novo argumento, por desafiar o outro poder”.²⁸⁷

No contexto das cortes constitucionais, essa “performance deliberativa” é consequência de uma complexa interação entre os desenhos institucionais, o traço ético dos agentes da deliberação, o substrato legal e o panorama político. Ademais, um tribunal verdadeiramente deliberativo deve promover o diálogo e a troca argumentativa tanto na fase pré-decisional, como na decisional e na pós-decisional, o que deve transparecer nas peças

²⁸⁵ *Ibid*, p. 192-206.

²⁸⁶ Aqui utilizando o conceito formulado por Jonh Rawls em sua teoria da justiça, no sentido de uma categoria especial de razão, que possa ser aceita por outro cidadão qualquer, independentemente de suas convicções abrangentes, fornecendo uma moldura necessária para disciplinar a deliberação política, dentro de um padrão de argumentação moral (*Ibid*, p. 196-197). Como explica Roberto Gargarella, para Rawls a razão pública é a razão dos “cidadãos democráticos”, sendo “pública” de três modos distintos: “a) enquanto a razão dos cidadãos como tais: é a razão do público; b) quanto ao objeto que tem como próprio: questões que têm a ver com o bem público em assuntos fundamentais de justiça; c) quanto a sua natureza e conteúdo, que se vincula a ideais e princípios expressos pela concepção política de justiça na sociedade.” A esta concepção vincula-se o entendimento de Rawls no sentido de que na discussão e resolução de questões constitucionais essenciais e questões básicas de justiça não se pode apelar para razões que não sejam razões públicas, a fim de não se ver violado o “princípio da legitimidade”: “que nos revela quando se exerce de maneira adequada o poder político e quando não, quando se exerce a coerção de modo apropriado e quando não.” No que tange a esse princípio da legitimidade, afirma Gargarella, em síntese, que tem como consequência para os cidadãos um dever que não é legal, mas moral, “que é o dever de recorrer às razões públicas toda vez que se discute o conteúdo essencial da constituição”. Rawls chama tal dever de “dever de civilidade”, definindo-o como um dever próprio do ideal de cidadania, que exige que as pessoas sejam capazes de explicar umas às outras “de que modo os princípios e políticas (que propomos e pelos quais votamos), em tudo o que tange a questões fundamentais, podem ser apoiados pelos valores políticos da razão pública”. E tal dever também envolveria a disposição para escutar os outros e determinar quando se faz necessário se adaptar aos seus pontos de vista, o que, na teoria da justiça, “já estava presente na noção de dever natural de respeito mútuo”. (GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 237-239)

²⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese aprovada no Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo. São Paulo:2008, p.191.

processuais, na interação entre os juízes e os interlocutores²⁸⁸, no diálogo entre os magistrados para atingir o consenso e, por fim, na sentença.²⁸⁹

Na análise de Mendes, as cortes deliberativas podem desempenhar três funções consideravelmente ambiciosas: i) resolver problemas de forma pragmática; ii) fortalecer um Estado de Direito; e iii) atuarem como catalisador deliberativo, realizando um diálogo com a sociedade através de um processo argumentativo a fim de que a comunidade possa definir sua própria identidade política. Como o *judicial review* deve oferecer razões públicas para decidir sobre questões essenciais de uma constituição, é intrinsecamente necessário que todos os cidadãos tenham direito a canais abertos para serem interlocutores da corte, tendo seus argumentos ouvidos, bem como que tenham um “*feedback*” a respeito das suas colocações, o que pode acontecer nas fases pré e pós-decisional da “*performance deliberativa*”. E, ainda que não haja garantia de que essa forma de atuação necessariamente produzirá uma decisão correta ou razoável, trata-se de um instrumento para que as cortes constitucionais busquem encontrar a melhor resposta possível, residindo o seu valor precisamente nesse comprometimento e no respeito para com os interlocutores no processo deliberativo.²⁹⁰

Tomando por base a teoria desenvolvida por Mendes, especificamente os parâmetros que o autor oferece para determinar a maior ou menor qualidade deliberativa de um sistema de controle de constitucionalidade, Roa realiza uma avaliação acerca do potencial deliberativo do modelo de *judicial review* na Colômbia. Neste intuito, a partir da análise das características e conformação da Corte Constitucional, do modo de acesso e de definição da sua agenda, do sistema de decisão e da forma como se relaciona com a opinião pública após ter decidido, verificou o autor colombiano que embora nem todos os critérios formulados por Mendes se cumpra plenamente no desenho institucional da Corte colombiana, esta se encontra na categoria com alto potencial deliberativo.²⁹¹

Especificamente em relação ao conjunto de critérios relacionados com a maneira como se acessa e se define a agenda do tribunal, destacam-se duas condições que se vislumbram

²⁸⁸ Mendes identifica como agentes da deliberação os juízes e os interlocutores, os quais correspondem a todos os atores sociais que formal ou informalmente levam argumentos públicos e expressam posições públicas a respeito dos casos a serem decididos. Os primeiros decidem e os segundos, persuadem. Os interlocutores formais correspondem às partes do processo judicial, os informais não participam diretamente na corte, mas levam seus argumentos à mídia, à esfera pública, e com isso influenciam a deliberação. (MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 105).

²⁸⁹ *Ibid*, p. 105-109.

²⁹⁰ *Ibid*, p. 116-121.

²⁹¹ ROA, Jorge Ernesto Roa. *Control de Constitucionalidade Deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2019, p. 319-326.

plenamente atendidas pela Corte Constitucional da Colômbia, quais sejam, a que se refere à diversidade dos legitimados para demandar em sede de controle de constitucionalidade e a que concerne ao nível de interação do tribunal com os seus interlocutores e a sua permeabilidade aos argumentos por eles aduzidos. A primeira se cumpre principalmente devido à existência da já mencionada *acción pública de inconstitucionalidad*²⁹², como argumenta Roa em sua obra.²⁹³ A segunda, por sua vez, se relaciona com a atuação da Corte em casos estruturais mediante a reunião de *acciones de tutela*, ocasião em que, como visto, tem desenvolvido mecanismos participativos para controlar o cumprimento das suas ordens, como as Audiências Públicas de cumprimento e as sessões técnicas informais.

De fato, consoante o exposto no subitem anterior, pode-se dizer que principalmente a paradigmática T-025/2004 trouxe a lume novas capacidades institucionais para a coleta de informações e supervisão de políticas públicas, por meio da interação responsável e responsiva com os seus interlocutores, antes circunscrita ao Poder Legislativo.²⁹⁴ Essas novas técnicas processuais desenvolvidas por meio de ordens e procedimentos participativos e dialógicos ilustram o comprometimento da Corte Constitucional da Colômbia com os fins da democracia deliberativa e com um modelo de ativismo prudente.

Como assevera Garavito, o tipo de enfoque dialógico verificado nessa sentença tem o condão de reforçar não apenas o impacto, mas também a legitimidade e a capacidade dos tribunais. De fato, ao combinar direitos fortes com ordens e procedimentos que abrem espaços participativos e deliberativos de implementação das medidas estruturais, que envolvem todos os afetados e, ao mesmo tempo, estabelecem incentivos e prazos para avançar na proteção dos direitos vulnerados, “*los tribunales pueden compensar algunas de las deficiencias políticas e institucionales que hacen sus intervenciones ineficaces en cuestiones distributivas complejas y reforzar los efectos generales de los tribunales relativos al cumplimiento de los DESC.*”²⁹⁵

Neste passo, em relação às tradicionais objeções quanto à falta de legitimidade

²⁹² Cf. nota 212.

²⁹³ ROA, Jorge Ernesto Roa. *Control de Constitucionalidade Deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2019, p. 322-335.

²⁹⁴ Como explica Landau, a Corte Colombiana vem desenvolvendo uma capacidade institucional e uma legitimidade democrática que vão muito além da história padrão das cortes, especialmente por conta das características que lhe permitem reunir informações bastante precisas sobre os problemas sociais, quais sejam: o acesso relativamente livre dos cidadãos à Corte mediante a *acción de tutela*; suas estreitas alianças com grupos da sociedade civil; a sua disposição para realizar audiências de estilo legislativo; e as suas alianças com algumas instituições afins criadas pela Constituição de 1991 (como a Defensoria do Povo) e com grupos da sociedade civil (LANDAU, David. *Instituciones Políticas y Función Judicial em Derecho Constitucional Comparado*, *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, n. 24, primer semestre/2011, p. 72).

²⁹⁵ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 226.

democrática dos juízes que adotam um comportamento ativista, o autor se filia às justificativas apresentadas por Sabel e Simon em desfavor da passividade judicial no contexto da *structural reform litigation* nos Estados Unidos.²⁹⁶ A abordagem experimentalista defendida por esses autores sugere um novo papel para os tribunais que leva em consideração a complexidade das relações existentes entre as esferas de poder na maioria dos casos de reforma estrutural. Essa expansão da atividade judicial lhes pareceu necessária para a concretização do princípio do Estado de Direito em um contexto de grandes mudanças e expansão nas atividades governamentais, em que o Poder Legislativo muitas vezes falhou na proteção de direitos substantivos e o Poder Executivo deixou de assumir a responsabilidade pela implementação de políticas públicas em prol de determinados grupos impopulares.²⁹⁷ Diante de tais circunstâncias fáticas, considerando que os processos políticos tradicionais muitas vezes são incapazes de provocar a autocorreção institucional, defendem os autores norte-americanos que essa forma de ativismo judicial funciona como *accountability-reinforcing* e respeita a esfera de atribuição dos outros poderes, já que:

*Experimentalist intervention directly serves electoral accountability by requiring executive officials to make explicit policies and to subject themselves to mechanisms of measurement and monitoring that make their performance more readily assessable. This scheme potentially makes the executive more accountable to the legislature and to the electorate, as well as to the court. These transparency mechanisms should also enhance the accountability of plaintiffs' counsel, other stakeholder representatives, and the court itself. The new regime makes clear the goals to which the representatives have committed their constituents and makes progress measurable in terms of criteria to which the representatives have agreed.*²⁹⁸

Assim, quando os mecanismos habituais de *accountability* vertical não conseguem por si mesmos garantir a transparência e o controle da atividade dos poderes representativos na concretização dos direitos constitucionais, mostram-se relevantes à manutenção da democracia e do Estado de Direito, mecanismos de prestação de contas horizontais, encabeçados pela intervenção judicial em políticas públicas por meio de processos de tomada de decisão participativos. A pressão judicial e o *accountability* horizontal são de especial importância nas situações de bloqueio institucional que norteiam os litígios estruturais, caracterizadas por uma inação governamental crônica, decorrente na maioria das vezes da falta de coordenação entre os órgãos burocráticos, mas também, em alguns casos, da captura

²⁹⁶ *Ibid*, p. 228.

²⁹⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 4, fev/2004, p. 1090-1092.

²⁹⁸ *Ibid*, p. 1093.

do processo político ou da política pública por algum grupo detentor de poder.²⁹⁹

Além disso, como destaca Garavito, diferentemente do que acontece em países desenvolvidos, onde as instituições detêm uma infraestrutura básica, os recursos e a capacidade técnica para se ocupar dos problemas de ordem pública, no contexto colombiano – assim como em outros países do Sul Global –, há mais um fator que origina os bloqueios: a falta de capacidade dos organismos estatais responsáveis para implementar de forma efetiva a política pública.³⁰⁰ Para superar essa situação, as sentenças dialógicas como a T-025/2004 detêm o potencial para fomentar processos de fortalecimento da capacidade e da infraestrutura das instituições relevantes, ao romper a inércia e alterar o equilíbrio de poder entre demandantes e demandados. Como conclui o autor, “*al otorgar derechos desestabilizadores mediante sentencias dialógicas, los tribunales activistas no sólo pueden evitar el debilitamiento de la rendición de cuentas democrática, sino que también la profundizarían y mejorarían en ciertas ocasiones.*”³⁰¹ Tais ocasiões dizem respeito à realidade da maioria das democracias existentes nos países em desenvolvimento, nos quais falta vontade e capacidade à ordem política ordinária para se comprometer com o projeto constitucional.

Especificamente em relação ao contexto colombiano, David Landau afirma que a Corte Constitucional tem uma visão realista do contexto institucional, em que vislumbra um sistema de partidos muito fraco que dá origem a um corpo legislativo historicamente disfuncional e estruturalmente incapaz de fazer contrapeso ao Poder Executivo,³⁰² o que a leva a desempenhar um papel significativo no sistema político, a partir da elaboração de uma nova teoria da divisão de poderes, flexível e voltada para a colaboração harmônica visando alcançar os objetivos constitucionais. Isso porque a visão tradicional da separação de poderes, que delimita uma linha clara entre funções judiciais, legislativas e executivas, faz pouco sentido “*donde las constituciones son extensas porque el constitucionalismo es un proyecto*

²⁹⁹ Como exemplo dessa situação citam Garavito e Franco a já mencionada sentencia T-760/2008 da Corte Constitucional da Colômbia, visto que uma aliança corrupta de prestadores privados e servidores públicos havia se apoderado do sistema de saúde e estava desviando verbas e cobrando por medicamentos e tratamentos com valores superfaturados (GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 231).

³⁰⁰ *Ibid*, p. 231.

³⁰¹ *Ibid*, p. 233.

³⁰² Como explica Landau:

“*Colombia es un ejemplo clásico de un país en desarrollo que es democrático (de hecho, ha sido democrático durante largo tiempo), pero que sufre de un mal funcionamiento de las instituciones políticas. En particular, el sistema de partidos es muy débil: el sistema es fragmentado, los partidos tienden a ser de corta vida o a tener facciones internas y tienen débiles raíces en la sociedad. En consecuencia, el cuerpo legislativo nunca ha podido cumplir un papel constructivo en el diseño de políticas y los presidentes han dominado en el proceso de diseño de políticas*” (LANDAU, David. *Instituciones Políticas y Función Judicial en Derecho Constitucional Comparado*, *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, n. 24, primer semestre/2011, p. 15).

altamente transformador, los políticos tienen poco interés en el desarrollo constitucional y el cuerpo legislativo está cerca de ser disfuncional”.³⁰³ Como elucida o autor:

*En la conciencia de la Corte como “guardiana de la supremacía de la Constitución” ocupa un primer plano la pregunta de si la sociedad y el Estado se acercan a la visión constitucional establecida en 1991; la división de poderes es un mero instrumento para materializar esa visión. (...), la judicatura está dispuesta a intervenir para restablecer la visión constitucional cuando las demás ramas no actúan o actúan en forma impropia. La afirmación de una concepción particular del rol judicial está subordinada al objetivo de asegurar ese cambio constitucional.*³⁰⁴

O enfoque realista (ou consequencialista), que defende que o papel judicial pode variar segundo as condições políticas específicas do contexto, reforça o argumento a favor da legitimidade de um ativismo judicial experimental e dialógico. Com efeito, os desdobramentos mais recentes da doutrina do ECI demonstram ser ela congruente com a concepção de que o papel judicial deve se basear numa separação de poderes deliberativa e no compromisso de velar para que o projeto transformador contido na Constituição da Colômbia se torne realidade. Esse modo de equilibrar democracia e direitos vivenciado no país desde 1991 tem sido denominado pela teoria constitucional normativa de “constitucionalismo transformador”.³⁰⁵

Trata-se de um constitucionalismo que busca a mudança da realidade política e social para a criação das condições necessárias para a consolidação da democracia e do Estado de Direito por meio de um projeto político de longo prazo, que envolve a promulgação, interpretação e execução de medidas para transformar as instituições e as relações de poder. E, essa abordagem se dá de forma flexível e pragmática, sendo instrumentalizada por uma concepção de justiça constitucional como procedimento participativo e dialógico, que exige adotar novas ferramentas metodológicas para impedir atuações deficientes ou omissivas, que violem os direitos fundamentais de amplos setores da sociedade.³⁰⁶

Como explica Karl E. Klare, o constitucionalismo transformador representa o esforço para induzir mudanças sociais em grande escala através de processos políticos não-violentos, fundamentados no Direito. Tal propósito implica um novo exame do papel judicial, que deve ser revisado em prol da promoção da igualdade e de processos de tomada de decisão

³⁰³ *Ibid*, p. 27.

³⁰⁴ *Ibid*, p. 43-44.

³⁰⁵ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. *Cómo se hizo la Asamblea Constituyente?* In: ALESINA, Alberto (Ed.). *Colombia: Economía, Política y Sociedad*, Massachusetts: The MIT Press, 2005, p. 178.

³⁰⁶ ARANGO, Rodolfo. *Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional*. In: FIERRO, Héctor Fix; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Ius Constitutionale Commune em América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Série Doctrina Jurídica, Num. 688, 2014, p. 34-35

participativos e democráticos. Destarte, como assevera o autor, “*transformative adjudication*” significa um método de construção dos significados da Constituição politicamente engajado e transparente, compatível com as aspirações transformadoras do pacto social.³⁰⁷

Essa perspectiva dialógica que se assenta num sistema de cooperação entre os tribunais e as legislaturas, e na participação dos cidadãos afetados, com enfoque no potencial constitucional dos tribunais para promover uma democracia inclusivista e responsiva, bem como neutralizar obstáculos específicos do processo político, também é percebida em outros países do Sul Global, como a África do Sul pós-*apartheid*. Isso porque, assim como acontece na Colômbia, as aspirações transformadoras da Constituição sul-africana e o contexto institucional existente implicaram novas concepções acerca do papel e das responsabilidades da jurisdição constitucional, que sugerem que os juízes também trabalhem em prol da realização dos projetos políticos.³⁰⁸ Neste intuito, a Corte Constitucional da África do Sul busca estabelecer “diálogos com os outros poderes em torno da melhor forma de realizar as esperanças e pretensões transformadoras da nova ordem constitucional e democrática”.³⁰⁹

Diante desse quadro, e assim como fez Garavito, a fim de comprovar a hipótese que vem sendo delineada na presente tese acerca da relação entre o ativismo experimental e dialógico e a eficiência das sentenças em litígios estruturais,³¹⁰ parte-se, por fim, para o estudo comparado da atuação da Corte Constitucional Sul-africana na proteção dos direitos socioeconômicos, especificamente no que tange ao desenvolvimento de novas estratégias judiciais com potencial deliberativo nesse campo.

³⁰⁷ KLARE, Karl E. . Legal Culture and Transformative Constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, Vol 14 (1), 1998, p. 150-152.

³⁰⁸ *Ibid*, p. 156. Sobre as graves disfunções ocasionadas pela existência de um só partido dominante na África do Sul e a sua influência sobre o papel ativista da Corte Constitucional desse país, ver: LANDAU, David. Instituciones Políticas y Función Judicial em Derecho Constitucional Comparado, *Revista de Economía Institucional*, vol 13, n. 24, Primer Semestre/2011, p. 23-25.

³⁰⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 145.

³¹⁰ O autor colombiano também faz uma breve análise da atuação da Corte Suprema da Índia em litígios estruturais envolvendo direitos socioeconômicos, que foge ao escopo e recorte necessário ao desenvolvimento de presente trabalho e por isso ficará de fora neste subitem. Sobre o tema: GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 214-215; CASSELS, Jamie. Judicial activism and public interest litigation in India: attempting the impossible? *American Society of Comparative Law*, v. 37, n. 3, 1989; e RODRÍGUEZ, Camilo A. Delgado. *Discutamos: La intervención judicial em las políticas públicas em el marco de los casos estructurales de vulneración de Derechos Sociales - Análisis de caso Argentina, Colombia e India*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2017.

3.5 CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E *ACTIVE JUDICIAL MANAGEMENT* NA ÁFRICA DO SUL: O “*MEANINGFUL ENGAGEMENT*” E OS IMPACTOS DA TOMADA DE DECISÃO PARTICIPATIVA

A África do Sul tem passado por profundas reformas desde o final do século XX, mudanças políticas como o fim do regime de segregação racial baseado na dominação de uma minoria branca (*Apartheid*), e jurídico-sociais, com o advento de uma nova Constituição (1996), que estabeleceu elevadas expectativas para a atuação da Corte Constitucional em prol da realização da justiça social.³¹¹ Ran Hirschl, ao empreender a análise da revolução constitucional na África do Sul³¹², país em desenvolvimento que entende possuir uma das maiores lacunas entre o desejo popular e os arranjos constitucionais no pós Segunda Guerra Mundial, assinala que houve ali o que denomina de “transição única”, tendo em vista que a constitucionalização dos direitos e o estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade foram subprodutos da transição de um regime autoritário ao democrático, a exemplo do que também ocorreu em países da América Latina.³¹³

O propósito da transformação democrática e do estabelecimento de uma sociedade baseada na justiça social, fazem com que a Constituição sul-africana tenha um compromisso primordial com os direitos fundamentais e a igualdade, assim compreendida em seu aspecto substantivo (redistributivo), não apenas formal. Além disso, celebra multiculturalismo e a diversidade dentro de um contexto de reconciliação nacional e ubuntu³¹⁴.

³¹¹ A África do Sul é considerada o país mais desigual do mundo, tendo apresentado em 2015 um coeficiente da ordem de 0,63, no índice de desigualdade de Gini, numa escala de 0 a 1, em que quanto mais próximo a zero, mais igualitária é a nação (fonte: <http://hdr.undp.org/en/content/income-gini-coefficient>).

³¹² Em sua obra *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Ran Hirschl elege como objeto de estudo os processos de constitucionalização que desencadearam um efeito transformador no papel político das Cortes Constitucionais do Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul, enquanto campos de testes ideais para a identificação das origens políticas e consequências da constitucionalização dos direitos e da fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade, vivenciados globalmente no pós Segunda Guerra Mundial, juntamente com a expansão da democracia liberal. (HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007).

³¹³ *Ibid*, p. 7.

³¹⁴ Como explica Klare, 'Ubuntu' é uma palavra nas línguas Nguni que aparece no postâmbulo da Constituição Interina de 1993 e evoca um ethos ou cultura de comunidade, interdependência, compartilhamento, respeito mútuo e dignidade de cada pessoa (KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, Vol 14 (1), 1998, p. 155). Conforme se depreende do referido postâmbulo: “Esta Constituição constitui uma ponte histórica entre o passado de uma sociedade profundamente dividida, caracterizada por conflitos, sofrimentos incontestáveis e injustiça, e um futuro fundado no reconhecimento dos direitos humanos, da democracia e da coexistência pacífica e oportunidades de desenvolvimento para todos os sul-africanos, independentemente da cor, raça, classe, crença ou sexo. A busca da unidade nacional, o bem-estar de todos os cidadãos sul-africanos e a paz exigem a reconciliação entre as pessoas da África do Sul e a reconstrução da sociedade. A adoção desta Constituição estabelece o fundamento seguro para o povo da África do Sul poder transcender as divisões e conflitos do passado, que geraram graves violações dos direitos humanos, a transgressão dos princípios humanitários em conflitos violentos e um legado de ódio, medo, culpa e vingança. Isto agora pode ser superado com base na necessidade de compreensão, mas não de vingança, necessidade de reparação, mas não de retaliação, necessidade de ubuntu, mas não de vitimização.”

A Corte Constitucional da África do Sul foi criada quando da instituição da Constituição Interina de 1993, por meio da qual os partidos políticos estabeleceram os princípios fundamentais para uma futura Constituição definitiva, que, depois de um longo processo de negociação, foi promulgada em 1996. De acordo com o previsto na Constituição Interina, que entrou em vigor em abril de 1994, competia à Corte Constitucional garantir a observância àqueles princípios básicos, devendo, inclusive, avalizar o texto final da Constituição, que lhe foi submetido após a aprovação pela Assembleia Constituinte, entrando em vigor somente mediante a sua certificação. Como afirma Carlos de Alexandre Azevedo Campos, a possibilidade do exercício deste tipo de poder político pela Corte Constitucional foi resultado de um acordo entre os partidos políticos, enquanto condição para o avanço da própria transição democrática.³¹⁵

Trata-se de um tipo de controle judicial de constitucionalidade inusitado³¹⁶, sobre o próprio poder constituinte originário, que se verificou na prática no processo de certificação da Constituição de 1996, cuja redação final foi submetida à Corte, tendo esta ouvido praticamente todos os partidos políticos sul-africanos, em razão de objeções apresentadas ao texto. Em setembro de 1996, a Corte Constitucional decidiu que nove elementos do texto final deveriam ser devolvidos à Assembleia Constituinte para serem rediscutidos, pois não estariam de acordo com os princípios fundamentais estabelecidos nas negociações pluripartidárias que culminaram com a Constituição Interina de 1993. Um mês depois, a Assembleia Constituinte devolveu à Corte Constitucional um texto emendado e refeito, o qual foi aprovado por unanimidade em dezembro do mesmo ano, entrando em vigor a partir de 04 de fevereiro de 1997.³¹⁷

Em todo esse processo de certificação, a legitimidade em si da função assumida pela Corte a respeito do texto constitucional nunca foi discutida, o que acabou por consagrá-la como elemento central na definição dos rumos constitucionais e políticos do país.³¹⁸ Como ressalta Campos:

O exercício concreto acabou tornando a Corte elemento essencial da nova paisagem política sul-africana, titular do poder exclusivo de dizer o que a Constituição significa em face da vontade política ordinária. Ainda que chamada a fazê-lo, o

Disponível em: <http://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-act-200-1993#constituant> (tradução nossa). Acesso em: 12/10/2018

³¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 144.

³¹⁶ Afirma Hirschl que se trata de uma mitigação do princípio da separação dos poderes nunca antes vista no constitucionalismo moderno. (HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 186)

³¹⁷ CAMPOS, *op. cit.*, p. 144.

³¹⁸ HIRSCHL, *op. cit.*, p.186.

exercício concreto de certificação da Constituição foi uma extraordinária afirmação do poder de *judicial review* pela Corte, que repercutiu sua posição de protagonismo institucional para o futuro da nova vida democrática sul-africana.³¹⁹

Desde a vigência da Constituição Interina de 1993, a Corte Constitucional sul-africana assumiu o compromisso com o estabelecimento de uma sociedade baseada em valores democráticos, justiça social e direitos humanos fundamentais, sendo a peça chave do constitucionalismo transformador que surgiu no país após a transição democrática.³²⁰ Neste diapasão, o tribunal tem atuado para a realização das promessas constitucionais pós-Apartheid, envidando esforços para superar as violações de direitos que caracterizaram este regime, a partir da interpretação criativa e progressiva dos preceitos fundamentais da Constituição de 1996, com o escopo de “promover a realização dos propósitos transformadores de justiça social”³²¹.

No campo dos direitos socioeconômicos esse protagonismo institucional tem se manifestado por meio da *active judicial management* (gestão judicial ativa) e do *meaningful engagement* (“compromisso significativo”), institutos estes que vêm sendo desenvolvidos pela Corte Constitucional da África do Sul desde os seus primeiros julgamentos envolvendo a faceta prestacional de direitos fundamentais, como nos famosos casos *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* (2000), *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*³²² (2002) e *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street*

³¹⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 144-145.

³²⁰ KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, Vol 14 (1), 1998, p. 148-150.

³²¹ CAMPOS, *op. cit.*, p. 145.

³²² Neste caso, conhecido como “TAC”, a demanda versava sobre o não fornecimento, exceto em certos locais de teste, de Nevirapina, um medicamento antirretroviral de comprovada eficiência na diminuição do risco de transmissão materna do HIV, o que vulnerava o direito de acesso aos serviços de saúde protegidos pela Constituição. A Corte Constitucional Sul-Africana, considerando que o Estado não demonstrou impossibilidade de fornecer o tratamento fora dos espaços de teste e que muitos hospitais públicos do país mostravam uma clara “capacidade residual” em relação à provisão de Nevirapina, emitiu uma decisão não apenas declaratória, mas também constitutiva, obrigando o Ministro da Saúde e os membros do Conselho Executivo da Saúde, a colocar a Nevirapina a disposição das mulheres grávidas portadoras de HIV que dessem à luz no setor público de saúde, assim como aos seus bebês, nas instalações de saúde pública, quando a juízo do agente de saúde responsável pelo tratamento, fosse necessária a sua administração. Além disso, estabeleceu uma declaração de direitos ordenando aos demandados que, a partir de agora, planejassem um programa nacional geral que impedisse ou reduzisse a transmissão materna do HIV, impondo uma medida cautelar que os obrigava a informar, no prazo de três meses, quais passos haviam dado para desenvolver e implementar o respectivo plano (DIXON, Rosalind. *Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 59-60).

Johannesburg v. City of Johannesburg and others (2008), que envolveram a efetivação de direitos à saúde e à moradia.³²³

Em *Grootboom* foi a primeira vez que a Corte Constitucional sul-africana declarou a violação de um direito social, sendo chamada a determinar o alcance da sessão 26, do Capítulo 2 (*Bill of Rights*), da Constituição da África do Sul³²⁴, em que se encontra disposto que toda pessoa tem o direito de ter acesso a uma moradia adequada.³²⁵ Essa demanda envolveu um grupo de 900 pessoas em situação de extrema pobreza liderado por Irene Grootboom³²⁶ e levou ao conhecimento da Corte um dos problemas mais sérios gerados pelo *Apartheid*, resultante do sistema de controle de ocupação urbana segregacionista posto em marcha em diversas cidades, e que desencadeou a partir de 1962 o desalojamento forçado e êxodo massivo da população negra para regiões periféricas sem qualquer infraestrutura habitacional.³²⁷

Ao analisar a constitucionalidade da política pública habitacional questionada, a Corte Constitucional rejeitou o argumento dos desalojados de que a Constituição lhes atribuía direito subjetivo a "um mínimo básico de abrigo" mas, com base no princípio da razoabilidade,³²⁸ entendeu que o Estado tinha deixado de cumprir as obrigações contidas na

³²³ O necessário recorte temático do presente trabalho fará com que sejam analisados apenas o primeiro e o último casos citados, que envolvem o direito social à moradia.

³²⁴ *In verbis*:

“26.

(1) *Everyone has the right to have access to adequate housing.*

(2) *The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.*

(3) *No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.*” (grifo nosso)

³²⁵ BELTRÁN, Andrés M. Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*, Tesis doctoral aprovada no Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica, da Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2016, p. 21.

³²⁶ Essas pessoas originalmente viviam em precárias condições de habitação em favelas da África do Sul. Posteriormente, passaram a ocupar uma propriedade que foi incluída em um plano governamental existente para a construção de habitações de baixo custo. 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 da terra, e os barracos que tinham construído foram demolidos, passando os despejados a ocupar um estádio de futebol, em condições abaixo do mínimo existencial que, embora inadequadas, as suas barracas demolidas ofereciam. Os desalojados processaram o Estado, alegando que as políticas de habitação do governo, tomadas como um todo, não lhes garantiam o seu direito à moradia constitucionalmente previsto (TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 243).

³²⁷ BELTRÁN, *op. cit.*, p. 22.

³²⁸ Nos termos da seção n.36 da Constituição da África do Sul, que trata da limitação dos direitos nela estabelecidos:

“1. *The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including*

a. the nature of the right;

b. the importance of the purpose of the limitation;

c. the nature and extent of the limitation;

subseção 26 (2) da Constituição,³²⁹ já que medidas de curto, médio e longo prazo para o amparo às pessoas que ficaram sem teto deveriam ter sido abordadas por um plano de moradia razoável, que não excluísse um segmento significativo da sociedade. Diante disso, emanou uma ordem declarando a obrigação do Estado de elaborar e implementar, com os recursos disponíveis, um programa abrangente e coordenado que efetivasse o direito de acesso a uma habitação adequada, prioritariamente, a pessoas em situação de extrema necessidade.³³⁰ Para tanto, dentre outras coisas, a Corte estipulou que o programa habitacional precisava ser razoável tanto no desenho quanto na implementação, deveria oferecer especial atenção às pessoas que viviam em condições intoleráveis ou em situações críticas de pobreza ou miséria, tinha que ser coerente e estabelecer tarefas claras para as diferentes esferas do governo, bem como garantir que os recursos necessários, financeiros e humanos, estivessem disponíveis para a sua implementação. Além disso, incentivou uma ampla participação na definição e implementação do direito social em lide, exigindo que as partes se comprometessem significativamente a tentar encontrar juntas soluções mutuamente aceitáveis e equitativas.³³¹

Não obstante, o tribunal não estabeleceu prazos ou procedimentos para a execução destas ordens, nem reteve a jurisdição a fim de supervisionar o seu cumprimento. Ao invés disso, indicou que a Comissão Sul-africana de Direitos Humanos teria a incumbência de monitorar a conformidade da ação estatal com o seu julgamento. E, embora esse organismo internacional tenha demonstrado uma contínua insatisfação com o desempenho dos atores governamentais responsáveis pelo cumprimento da sentença, a Corte se negou a tomar qualquer providência sobre isso, alegando que não tinha mais jurisdição de sobre o caso. Como resultado da decisão, verificou-se um aumento na proteção dos despejados devido à maior celeridade na provisão de moradias permanentes, além de mudanças na política pública respectiva.³³²

A opção do tribunal por não definir o conteúdo do direito à moradia dos demandantes, rejeitando inteiramente o requerimento acerca de um “*minimum core*”, mas adotando uma

d. the relation between the limitation and its purpose; and
e. less restrictive means to achieve the purpose.

2. *Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights*” (Grifo Nosso. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#36>. Acesso em: 12/10/2018).

³²⁹Cf. nota 324.

³³⁰ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 243-244.

³³¹ PILLAY, Anashri. Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, n.º 3, jul/2012, p. 746.

³³² GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 222-223.

forma indireta de proteção com base no princípio da razoabilidade, revela um grau moderado de justiciabilidade dos direitos sociais no contexto sul-africano. Não obstante, o emprego de um remédio judicial orientado aos meios e não aos fins e o incentivo à cooperação e à participação na construção da política pública pertinente, como afirma Garavito, apontam para o ativismo dialógico. O posicionamento da Corte sul-africana no sentido de deixar a implementação das suas ordens por completo nas mãos do Estado, sem assumir uma postura ativa de supervisão, no entanto, debilitou o impacto da decisão. Assim, seguindo a mesma taxonomia empregada em relação às *sentencias* T-153, T-760 e T-025, o autor colombiano entende que o caso *Grootboom* contou com direitos moderados, ordens judiciais fracas, *seguimiento* fraco e uma repercussão moderada, aproximando-se mais da T-760 do que da T-025. Conclui ele que “*la debilidad de los remedios y la falta de seguimiento ayudan a explicar por qué ‘Grootboom’ no tuvo el mismo grado de repercusión que la T-025*”.³³³

Mark Tushnet, por sua vez, afirma que a decisão meramente declaratória da Corte Constitucional sul-africana em *Grootboom* se insere no quadro das *weak form review*, em que há o reconhecimento da justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos apenas de forma indireta, já que se tratam de direitos fracos (*weak*). Na interpretação do autor estadunidense isso acontece em consonância com a linguagem constitucional do país, que tem como pressuposto a exigência de razoabilidade na tomada de decisões políticas. Nesse sentido, como afirma o autor:

*Constitutional provisions allowing governments to adopt reasonable programs to achieve social welfare rights, a willingness to find some programs unreasonable, and a remedial system that does not guarantee that any particular plaintiff will receive individualized relief: these are the characteristics of weak substantive social welfare rights.*³³⁴

Rosalind Dixon, filiando-se a uma concepção dialógica de constitucionalismo semelhante à de Garavito, mas partindo da mesma classificação de Tushnet em relação ao grau de exigibilidade dos direitos sociais na África do Sul, argumenta que o modelo de atuação da Corte Constitucional em *Grootboom* poderia ter ido mais além se tivesse sido adotada uma abordagem de direitos fracos combinada com medidas judiciais executórias fortes. A autora aposta no potencial dos tribunais para combater os “pontos cegos”³³⁵ com as “cargas de

³³³ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 223.

³³⁴ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 244.

³³⁵ Aponta a autora para a existência de três tipos de “pontos cegos” legislativos, os de aplicação, os de perspectiva e os de acomodação, todos envolvendo situações em que o legislativo não dispõe da necessária percepção acerca do possível impacto ou consequência concreta da sua ação ou omissão (DIXON, Rosalind).

inércia”³³⁶ do processo político, em razão da capacidade de empregar meios comunicativos e coercitivos que contribuam para a eliminação dessas obstruções.³³⁷ E, analisando o contexto institucional sul-africano, entende que embora a adoção de um panorama de direitos fracos não tenha impedido que a Corte confrontasse os pontos cegos de perspectiva do processo político³³⁸, a falta de imposição de ações disciplinares coercitivas de cumprimento efetivo, que ao menos obrigassem as partes à prestar informações acerca da sua conformidade com a sentença declaratória, deixou de assegurar que a resposta judicial fosse eficiente em relação às cargas de inércia burocráticas³³⁹ e por coalisões³⁴⁰ existentes no país no que concerne à situação do desalojamento forçado de grupos menos favorecidos.³⁴¹

Como ressalta Dixon, esse tipo de atuação do Poder Judiciário no cumprimento dos direitos socioeconômicos na África do Sul seria compatível com o propósito de promover uma forma de constitucionalismo mais transformadora, sem comprometer os compromissos

Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 68).

³³⁶ Aqui referindo-se a cargas de inércia burocráticas ou por coalisões (a saber, outras prioridades políticas ou motivações interessadas para distrair a atenção de um assunto em particular), que resultam em omissão ou demora na concretização progressiva dos direitos sociais, sem que haja uma limitação de recursos de caráter absoluto ou fundamento em alguma justificação de princípios (*Ibid*, p. 69-70).

³³⁷ *Ibid*, p. 53-55.

³³⁸ Conforme elucida a autora, os pontos cegos de perspectiva do processo político aparecem quando “*las Legislaturas no logren prever el impacto que sus leyes podrían tener sobre el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, en la medida en que no logran apreciar en su totalidad las perspectivas que acerca de esos derechos aportan los demandantes a partir de sus distintas experiencias y aspectos de vida*” Destarte, no caso “Grootboom”, é possível verificar que os diversos níveis do Poder Legislativo sul-africano se viram afetados por pontos cegos de perspectiva que os impediam de dar resposta às demandas de direitos daquela população que havia sido despejada e passou a viver sem teto, ao invés de se encontrar simplesmente em uma condição habitacional informal e precária. Isto é, os legisladores, que não compartilhavam das perspectivas de quem vivia sem teto, por não terem ouvido diretamente essas pessoas, careciam da capacidade de entender até que ponto o acesso a uma moradia de emergência era de vital importância para os demandantes poderem viver de maneira decente e sentirem-se respeitados como membros em condições de igualdade na comunidade, com direito à dignidade humana (*Ibid*, p. 68-69).

³³⁹ Explica Dixon que quando a concretização de uma demanda fundada em direitos exige formas onerosas e complexas de ação administrativa, existe a possibilidade real de que no processo legislativo se encontrem diferentes pontos cegos e cargas de inércia, produzindo “cargas de inércia burocráticas”, por meio das quais a possibilidade de se chegar a um compromisso de direitos se vê ameaçada por uma combinação de mora administrativa e falta de uma adequada supervisão legislativa da ação administrativa. E, segundo ela, isso é o que acontece na África do Sul diante do compromisso constitucional de assegurar a concretização progressiva do direito à moradia, já que a única ação tomada foi aumentar o tempo que os governos nacionais, provinciais e locais têm para desenvolver novos planos de moradia com o propósito de satisfazer obrigações como as demandadas em “Grootboom”. (*Ibid*, p.69; 89-90).

³⁴⁰ Segundo Dixon, as cargas de inércia por coalisões surgem “*cuando cierto asunto divide la cohesión interna del partido que detenta el control de la Legislatura, imponiendo así altos costos internos sobre la coherencia y la integridad del partido como precio para alcanzar determinado resultado legislativo*” Nesse sentido, ainda se vislumbra na África do Sul muitos desacordos quanto ao alcance exato e a prioridade que se deve dar às demandas envolvendo o direito à moradia, bem como quanto à forma de tornar isso uma realidade (*Ibid*, p.69; 91).

³⁴¹*Ibid*, p.88-90.

democráticos existentes, trazendo maior eficácia à revisão judicial.³⁴² Segundo ela, as omissões e a inércia estatal resultam problemáticas em relação ao compromisso do país com a transformação da ordem constitucional, “*de un sistema basado en formas radicalmente inequitativas y arbitrarias de coerción del Estado en un sistema que respete y satisfaga los derechos de libertad, dignidad e igualdad de todos los ciudadanos como precondition necesaria de un ordenamiento legal democrático legítimo*”.³⁴³

Essa postura dialógica e deferente da Corte Constitucional sul-africana, despreocupada com a adoção de mecanismos para supervisionar o cumprimento das suas sentenças estruturais sobre direitos sociais e econômicos, no entanto, tomou novos rumos no paradigmático caso *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg and others* (2008), conhecido como *Olivia Road*. Nessa demanda, o instrumento do “Compromisso Significativo” efetivamente se concretizou no sentido de perfazer-se numa ferramenta para que o tribunal se engajasse numa gestão judicial ativa, levando em conta na tomada de decisão, a participação dos potenciais afetados e a eficácia do remédio para fornecer alívio substancial às suas reivindicações em torno da concretização da faceta prestacional de direitos fundamentais.³⁴⁴ De fato, assim como aconteceu nos Estados Unidos e na Colômbia, o desenvolvimento da jurisprudência constitucional sul-africana acerca da proteção desses direitos em sede de litígios estruturais demonstra que a Corte sentiu a necessidade de modular ativismo e deferência de forma prudente, considerando que o procedimento não é independente da substância, vindo a estabelecer que:

(...) *the procedural and substantive aspects of justice and equity cannot always be separated. The managerial role of the courts may need to find expression in innovative ways. Thus, one potentially dignified and effective mode of achieving sustainable reconciliations of the different interests involved is to encourage and require the parties to engage with each other in a proactive and honest endeavour to find mutually acceptable solutions. Wherever possible, respectful face-to-face engagement or mediation through a third party should replace arm's-length combat by intransigent opponents.*³⁴⁵

³⁴² DIXON, Rosalind. *Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p.94.

³⁴³ *Ibid*, p.70-71.

³⁴⁴ PILLAY, Anashri. *Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement*. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, n.º 3, jul/2012, p. 740.

³⁴⁵ *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg and Others* (24/07) [2008] ZACC 1; 2008 (3) SA 208 (CC) ; 2008 (5) BCLR 475 (CC) (19 February 2008). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.html>. Acesso em 19/09/2019.

Olivia Road envolveu cerca de quatrocentos ocupantes que resistiam à remoção de edifícios que o governo municipal classificara como inseguros e anti-higiênicos, na periferia da cidade de *Johannesburgo*.³⁴⁶ Antes de proferir uma sentença, a Corte Constitucional emitiu uma ordem provisória, 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, em busca da melhoria das condições daqueles que viviam nos prédios, tornando-os habitáveis, bem como do desenvolvimento, em conjunto, de um plano concreto para habitações permanentes. Essa ordem judicial reconfigurou a relação de poder entre os ocupantes e a municipalidade, ao reconhecer que essa população miserável era titular de direitos, inclusive o de participar democraticamente na tomada de decisões. Como assevera Anashri Pillay, agindo dessa forma a Corte "*drew a link between the notion of meaningful engagement and the value of participation in a democratic state, noting that people in need of housing should not be seen as a 'disempowered mass' but as active participants in the process of finding housing solutions.*"³⁴⁷

O resultado dessa decisão foi a elaboração de um acordo abrangente, que apresentou as etapas para tornar os edifícios mais seguros e salubres, bem como disposições detalhadas relativas à realocação de seus ocupantes em acomodações alternativas no centro da cidade, o que incluía a identificação de edifícios propícios, a natureza e o padrão do alojamento a ser fornecido, bem como o cálculo do aluguel a pagar. O acerto estipulava ainda que este alojamento alternativo estava sendo providenciado na pendência da provisão de soluções de habitação permanentes adequadas, a serem desenvolvidas pelo Poder Executivo local,

³⁴⁶ A municipalidade de *Johannesburgo* tentava despejar homens, mulheres e crianças de dois edifícios em Berea, no centro da cidade. Isso fazia parte de uma política geral de liberação contida na *Johannesburg Inner City Regeneration Strategy*, na qual as remoções eram realizadas no meio da noite e sem aviso prévio, de acordo com as leis e regulamentos da época do *Apartheid*. A cidade alegava que as condições de vida não eram higiênicas e constituíam risco de incêndio, mas se recusava a oferecer aos ocupantes, acomodações alternativas. O despejo forçado acabaria resultando em moradores desabrigados ou precisando se mudar para áreas de favelas na periferia da cidade e, portanto, afastados das oportunidades de subsistência no centro da cidade. Em março de 2006, a *High Court of South Africa*, citando o direito internacional dos direitos humanos, ordenou que a municipalidade não realizasse a expulsão. A cidade recorreu dessa decisão para a *Supreme Court of Appeal* (SCA) e o *Centre for Applied Legal Studies* (CALs) interpôs recurso em nome dos ocupantes, solicitando um mecanismo de implementação mais forte sob supervisão judicial. O *Centre on Housing Rights and Evictions* (COHRE) apresentou uma petição de *amicus curiae* no início de 2007. Em março de 2007, o SCA confirmou a sentença do Supremo Tribunal e ordenou que os moradores desocupassem os edifícios em questão. No entanto, também ordenou que a cidade de Joanesburgo fornecesse aos moradores que precisassem um abrigo alternativo "onde pudessem viver seguros contra despejos". Nessa decisão, a SCA considerou que os moradores não tinham direito constitucional à moradia alternativa no centro da cidade, mas também afirmou que as circunstâncias econômicas dos ocupantes deveriam ser levadas em consideração, a fim de evitar que ficassem desabrigados. O caso acabou sendo levado à Corte Constitucional em 2007 e julgado em 2008 (Dados extraídos da sentença. Disponível em: https://www.esccr-net.org/sites/default/files/Con_Court_Order_0.pdf. Acesso em 16/09/2019).

³⁴⁷ PILLAY, Anashri. Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, n.º 3, jul/2012, p. 741.

mediante a consulta aos ocupantes afetados. Tal compromisso foi aprovado pelo Tribunal em 5 de Novembro de 2007, ocasião em que se afirmou que o princípio básico desse tipo de engajamento é encontrar soluções humanas e pragmáticas para o dilema das pessoas envolvidas no litígio.³⁴⁸

Posteriormente, por intermédio de uma decisão detalhada acerca desse acordo, a Corte Constitucional sul-africana estabeleceu tanto os objetivos gerais do *Meaningful Engagement* (“Compromisso Significativo”)³⁴⁹, como o prazo para que as partes envolvidas submetessem à sua apreciação as suas contribuições e informações sobre o andamento do cumprimento progressivo da ordem provisional. Como observa Lucy A. Williams, “*calling engagement ‘a two-way process in which the City and those about to become homeless would talk to each other meaningfully,’ the Court laid out a list of possible objectives of such engagement, although it also stressed that “[t]here is no closed list”*.”³⁵⁰

Como efeitos materiais desse caso, os mais de 400 residentes foram realocados temporariamente com sucesso, sem sofrer o despejo forçado antes almejado pela municipalidade. Até abril de 2009, dois aspectos do julgamento já tinham sido implementados: os prédios inseguros foram adequados e acomodações temporárias alternativas foram fornecidas aos ocupantes desses locais. Além disso, os planos para habitação permanente adequada estavam em fase de finalização.³⁵¹ A adoção desse modelo de *active judicial management* também representou uma vitória para os mais de 67.000 moradores de baixa renda de Joanesburgo que enfrentavam ameaças de despejo devido à *Johannesburg Inner City Regeneration Strategy*.³⁵² Isso porque, *Olivia Road* foi o primeiro caso a efetivamente sustentar que a participação dos detentores de direitos na tomada de decisões políticas que os afetem é constitucionalmente exigida.

³⁴⁸ LIEBENBERG, Sandra. *Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of ‘meaningful engagement’*. African Human Rights Law Journal, vol 12, n.º 1, 2012, p. 14-16.

³⁴⁹ Nos termos da decisão:

“Some of the objectives of engagement in the context of a city wishing to evict people who might be rendered homeless consequent upon the eviction would be to determine—

- (a) what the consequences of the eviction might be;
- (b) whether the city could help in alleviating those dire consequences;
- (c) whether it was possible to render the buildings concerned relatively safe and

conducive to health for an interim period;

(d) whether the city had any obligations to the occupiers in the prevailing circumstances; and

(e) when and how the city could or would fulfil these obligations.” (Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.pdf>. Acesso em: 16/09/2019)

³⁵⁰ WILLIAMS, Lucy A. *The Right to Housing in South Africa: an involving jurisprudence*. Columbia Human Rights Law Review, vol. 45, n.º 3, 2014, p. 829.

³⁵¹ LIEBENBERG, *op. cit.* p. 20.

³⁵² Cf. nota 326.

A atuação da Corte Constitucional da África do Sul enfatizou a necessidade de o Estado dialogar com as populações menos favorecidas para responder razoavelmente às necessidades de moradia, encontrando alternativas adequadas. E o incentivo do tribunal à adoção de um “compromisso significativo” acelerou o processo de implementação efetiva das obrigações decorrentes dos direitos econômicos e sociais em lide. Desta feita, o emprego desse tipo de mecanismo teve o condão de trazer para o processo de tomada de decisão um modo de reconciliação viável dos diferentes interesses envolvidos, incentivando as partes da demanda a manterem um diálogo pró-ativo e honesto.³⁵³ Para tanto, a Corte Constitucional assumiu o papel de articuladora no gerenciamento estrutural dos procedimentos, objetivos gerais, ou questões a serem abordadas, além de prever a supervisão judicial do cumprimento do acordo firmado, determinando prazos para a prestação de informações das partes. Contudo, não empregou estratégias de monitoramento como as Audiências Públicas e os indicadores de avanço no cumprimento utilizados no contexto colombiano para embasar as ordens mais específicas (“*targeted transformative*”) na fase de *seguimiento*.³⁵⁴

Esse modelo de ativismo judicial dialógico moderado talvez também esteja atrelado a uma visão realista que a Corte tem do contexto institucional do país. Com efeito, como explica Landau, diferentemente do que acontece na Colômbia, a África do Sul conta com a existência de um partido dominante, o Congresso Nacional Africano (CNA), que participou ativamente da redação da Constituição de 1996 e, de forma coerente, compartilha da mesma missão geral de transformação social que está na base desse documento. Assim, “*en vez de enfrentarse a fuerzas políticas incoherentes que ignoram la Constitución, la Corte*

³⁵³LIEBENBERG, Sandra. *Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of ‘meaningful engagement’*. African Human Rights Law Journal, vol 12, n.º 1, 2012, p. 16.

³⁵⁴ Neste passo, cumpre mencionar que David Landau, ao estudar as possíveis formas de atuação das Cortes na exigibilidade do cumprimento de direitos sociais e econômicos, entende tratar-se a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” colombiana de uma forma forte de revisão judicial consubstanciada em *structural injunctions*, e a celebração do *Meaningful Engagement*, nos casos *Grootboom* e *Olivia Road*, de uma *weak-form review* baseada numa abordagem dialógica, realizando uma distinção entre esses dois remédios a partir da medida do seu sucesso na efetivação de mudanças na prática em relação aos grupos menos favorecidos economicamente (LANDAU, David. *The Reality of Social Rights Enforcement*. *Harvard International Law Journal*, vol. 53, number 1, winter 2012, p. 197-201). Mark Tushnet, por sua vez, empreendendo uma crítica a este posicionamento, entende que as diferenças entre os resultados de *structural injunctions* e de *weak-form review* são relativamente pequenas para que se reconheça uma distinção nos termos propostos por Landau. Para Tushnet, o que varia é o grau de especificidade ou de generalidade desse tipo de mecanismo procedimental, ao longo do tempo. Assim, a especificidade transformaria *weak-form enforcement* em *structural enforcement*, por duas razões: a resistência política no cumprimento das decisões judiciais e a experiência estratégica acumulada pelos juízes. (TUSHNET, Mark. *A Response to David Landau – Responding to David Landau: The Reality of Social Rights Enforcement*, 53 HARV. INT’L L.J. 189 (2012). In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 53-62).

surafricana tiene en las ramas políticas, al menos en un grado limitado, a un socio en el desarrollo constitucional.”³⁵⁵

Utilizando a classificação comparativa de sentenças estruturais empregada por Garavito e complementada no presente trabalho conforme o exposto no Quadro 1, pode-se dizer que *Olivia Road* (2008), assim como aconteceu em *Grootboom* (2001), contou com direitos moderados, no entanto, de forma diversa, adotou medidas judiciais e uma supervisão da execução também moderados (e não fracos), que resultaram numa repercussão alta, ficando, portanto, num ponto intermediário entre as *sentencias T-025/2004* e *T-360/2013* analisadas no item 3.3, o que resulta na seguinte sistematização:

Quadro 2. Comparação das sentenças estruturais das Cortes Constitucionais da Colômbia e da África do Sul

SENTENÇAS (por país)	DECLARAÇÃO DE DIREITOS (Fase de conhecimento)	MEDIDAS JUDICIAIS (Carga cominatória)	“SEGUIMIENTO” (Medidas Coercitivas)	EFETIVI- DADE
T-153/1998 (Colômbia)	Forte	Fortes	Fraco	Pequena
T-025/2004 (Colômbia)	Forte	Moderadas	Forte	Grande
T-760/2008 (Colômbia)	Forte	Moderadas	Fraco	Moderada
T-388/2013 T-762/2015 (Colômbia)	Forte	Moderadas	Moderado	Moderada
<i>Grootboom</i> /2001 (África do Sul)	Moderada	Fracas	Fraco	Moderada
<i>Olivia Road</i> /2008 (África do Sul)	Moderada	Moderadas	Moderado	Grande

Fonte. Elaboração de Bianca M. S. van der Broecke a partir do marco teórico referenciado.

³⁵⁵ LANDAU, David. Instituciones Políticas y Función Judicial em Derecho Constitucional Comparado, *Revista de Economía Institucional*, vol 13, n. 24, Primer Semestre/2011, p. 68.

Essa comparação demonstra que as opções tomadas pelos juízes para a resolução de litígios estruturais variam de acordo com o contexto sócio-político, jurídico e institucional em que os tribunais estão inseridos. As características e peculiaridades de cada sistema são o que define os graus de justiciabilidade dos direitos, os padrões de controle constitucional e as margens de atuação reconhecidas ao poder judicial. Contudo, a adoção de uma postura judicial ativa e dialógica (ao invés de monológica) em todas as etapas do processo e o desenvolvimento de mecanismos participativos e deliberativos para a implementação das medidas estruturais na fase pós-julgamento, são as peças chave para uma intervenção eficaz no cumprimento progressivo das obrigações de caráter prestacional derivadas de um direito fundamental.

Assim como aconteceu com a declaração do ECI na Colômbia, a celebração do “Compromisso Significativo” na África do Sul buscou uma solução compartilhada entre os Poderes e a sociedade, competindo à Corte atuar para a promoção da cooperação e coordenação entre os atores governamentais e não-governamentais afetados, possibilitando o debate público sobre a questão em julgamento e a construção conjunta das medidas estruturais necessárias à superação do quadro de inconstitucionalidade, que traz à tona um modelo de ativismo judicial dialógico, compatível com a ideia de “*experimentalist regulation*” apresentada na primeira seção desta tese.

Com efeito, na tentativa de equilibrar a implementação de direitos fundamentais e os processos democráticos de tomada de decisão, a partir da ideia de que o governo tem o dever de consultar as partes afetadas pelas suas políticas públicas, a Corte Constitucional sul-africana criou um mecanismo procedimental que preza pela deliberação entre as partes, pela supervisão dos resultados e pela transparência e, ao mesmo tempo, respeita a legitimidade democrática dos demais poderes constituídos.³⁵⁶ Nesse sentido, o “*meaningful engagement*” tem “*the potential to develop collaborative, deliberative decision-making processes that could ultimately empower marginalized populations and enhance democracy*”.³⁵⁷

O emprego desse tipo de mecanismo procedimental, no entanto, não é exclusividade das Cortes Constitucionais da Colômbia e da África do Sul, mas sim faz parte de uma tendência atualmente observada na prática jurisdicional de outros países periféricos como

³⁵⁶ PILLAY, Anashri. Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, n.º 3, jul/2012, p. 753.

³⁵⁷ WILLIAMS, Lucy A. . *The Right to Housing in South Africa: na envolving jurisprudence*. Columbia Human Rights Law Review, vol. 45, n.º 3, 2014, p.834.

Índia³⁵⁸ e Argentina³⁵⁹, em que sentenças estruturais dialógicas também funcionam como mecanismos de desestabilização diante de situações de inércia estatal e descoordenação entre os atores governamentais, na promoção dos direitos fundamentais. Seguindo a perspectiva de Sabel e Simon e de sua teoria sobre a *experimentalist regulation* no contexto da *Public Law Litigation* (ou *Structural Reform Litigation*) estadunidense, pode-se inferir que o sistema de direitos previsto nas constituições desses países, assim como acontece em outras nações em desenvolvimento, cria “direitos de desestabilização” com o potencial de romper a paralisia burocrática e o mau funcionamento institucional para proteger os cidadãos.

Ademais, nas últimas três décadas tem se vislumbrado uma maior interação horizontal entre os países do Sul Global, tendo em vista a sua ampla convergência normativa em torno dos princípios basilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o substrato comum trazido pelos desafios provenientes da desigualdade política e social, da pobreza, e do subdesenvolvimento.³⁶⁰ Esse diálogo regional abarca as experiências locais relacionadas à

³⁵⁸ Ao se ocupar de problemas sociais como a fome e o analfabetismo, a jurisprudência do Tribunal Supremo da Índia tem adotado uma abordagem dialógica, por meio da criação de comissões judiciais de assessoramento para supervisionar o cumprimento das decisões judiciais proferidas nas chamadas “*public interest litigation*”, previstas constitucionalmente para a defesa de direitos coletivos. (ver: CASSELS, Jamie. *Judicial activism and public interest litigation in India: attempting the impossible?* American Society of Comparative Law, v. 37, n. 3, 1989. p. 495-519; e RODRÍGUEZ, Camilo A. Delgado. *Discutamos: La intervención judicial em las políticas públicas em el marco de los casos estructurales de vulneración de Derechos Sociales - Análisis de caso Argentina, Colombia e India*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2017, p. 143-160).

³⁵⁹ Na Argentina, faz-se referência ao caso *Mendoza*, que envolveu um dano ambiental com reflexos no direito à saúde. A Corte Suprema estimulou a participação e a deliberação durante o processo, bem como emitiu ordens flexíveis, para lidar com as condições institucionais, políticas e econômicas que deram ensejo às violações de direito (ver: BERGALLO, Paola. *La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 245-291; e RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 107-120).

³⁶⁰ Especificamente no contexto latino-americano, com enfoque nessas expressões de transnacionalização do direito constitucional, tem se desenvolvido no âmbito do Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e de Direito Internacional um projeto denominado de “*Ius Constitutionale Commune en América Latina*” (ICCAL), com o objetivo de promover a transformação da realidade política e social dessa região, por meio do fortalecimento da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos. Essa perspectiva de integração jurídica da região aposta na abertura das ordens jurídicas nacionais ao direito internacional, em particular ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a partir de uma abordagem regional sobre o “constitucionalismo transformador”, tendo em vista as disposições constitucionais comuns sobre direitos fundamentais que refletem os tratados de direitos humanos. Como explica Armin Von Bogdandy, esse conceito é extraído da experiência colombiana no contexto da nova Constituição de 1991, cuja atuação da Corte Constitucional na implementação dos direitos sociais em um contexto complexo é tida como exemplo no âmbito do ICCAL, por conta das suas “notáveis inovações jurídicas”. Neste diapasão, tendo como premissa as ideias de diálogo, inclusão e pluralismo jurídico, o ICCAL vislumbra superar a profunda exclusão e a desigualdade vivenciada no contexto político e social latino-americano, a partir da transformação estrutural do direito público nacional e internacional, bem como da ênfase no Poder Judiciário como motor de inovações transformadoras (BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago 2015, p. 13-66). Sobre o tema ver: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Ius Constitutionale Commune em América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 68, 2014; e BOGDANDY, Armin

aplicação das disposições constitucionais, tomando-as como fonte de inspiração e legitimação para a jurisprudência e doutrinas políticas e legais.³⁶¹

Em relação ao Brasil e especificamente no que tange aos litígios estruturais, houve recentemente a “migração de ideias constitucionais” da Colômbia, mediante a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da doutrina do “Estado de Coisas Inconstitucional”, contemplada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347/2015, que versa sobre a violação massiva e generalizada de direitos constitucionais no sistema carcerário do país. A ação ainda segue pendente de julgamento de mérito, o que abre espaço para a discussão sobre as possibilidades e perspectivas do emprego de um novo modelo de atuação judicial, extraído das experiências de sucesso do direito comparado, mas adequado às particularidades do contexto sócio-político e jurídico brasileiro.

Von. O mandado transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurigenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, 2019, p. 232-252.

³⁶¹ JARAMILLO, Leonardo García, *Transformative Constitutionalism in Latin America: A Dialogic Route to Utopia?* In'tl J. Const. L. Blog, Apr. 13, 2018. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2018/04/transformational-constitutionalism-in-latin-america-a-dialogic-route-to-utopia>. Acesso em 21/07/2019.

4 LITÍGIOS ESTRUTURAIS E REVISÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: DO MONÓLOGO AO DIÁLOGO E DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” À GESTÃO DEMOCRÁTICA DO PROCESSO

O Brasil, assim como a maior parte da América Latina, vivenciou a terceira onda de democratização na segunda metade do século XX.³⁶² As normas internacionais de direitos humanos penetram na Constituição de 1988 que, assim, além de resguardar a esfera de autonomia do indivíduo, elegendo a lei como limite de atuação do Estado, passou a elencar deveres, diretrizes e normas programáticas a serem cumpridas pelo órgão estatal – por meio de prestações positivas, em prol da concretização dos direitos mais caros à coletividade dos cidadãos. As reivindicações emancipadoras e transformadoras presentes nesses enunciados, no entanto, muitas vezes esbarram em quadros de inércia ou inadequação do agir legislativo ou administrativo,³⁶³ vindo a ser objeto de demandas judiciais para o desbloqueio político e institucional que resultam na necessidade de provimentos estruturais.

As circunstâncias que dão azo à reiterada omissão estatal na proteção e promoção da faceta prestacional de direitos humanos fundamentais,³⁶⁴ assim como acontece em outros contextos do Sul Global, giram em torno do custo político da tomada de certas decisões, da não identificação da necessidade de disposição a respeito de certo tema no âmbito administrativo, e, mais especificamente na realidade brasileira, da centralização de recursos, bem como da incerteza a respeito do compartilhamento de competências e da complexidade em si das tarefas distribuídas entre os vários órgãos da Administração Pública.³⁶⁵

³⁶² HUNTINGTON, Samuel P..Democracy's Third Wave. *Journal of Democracy*, vol. 2, n. 2, primavera/1991, p. 13-34. Segundo a concepção do autor, a terceira onda de democratização ocorreu entre 1974 e 1990, quando ao menos 30 países realizaram transições para a democracia, praticamente dobrando o número de governos democráticos no mundo. Antes disso, com o fim da Segunda Guerra Mundial (1945), deu-se a segunda onda, que atingiu o seu auge em 1962, quando existiam ao todo 36 países governados democraticamente. A primeira onda de democratização, por sua vez, teve início em 1820, com a ampliação do sufrágio a uma larga proporção da população masculina nos Estados Unidos, e teve continuidade por quase um século, perdurando até 1926.

³⁶³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado De Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a construção da resposta adequada, in: BOLONHA, Carlos. BONIZZATO, Luigi e MAIA Fabiana (coords.). Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2016, p. 339.

³⁶⁴ Acolhe-se também nesta seção da tese a concepção contemporânea de direitos humanos que endossa uma visão integral e multinível desses direitos, baseada na função primordial de tutela da dignidade da pessoa humana, tanto em âmbito nacional (público ou privado) quanto internacional, e na indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos civis e políticos e dos direitos sociais, econômicos e culturais (Cf. nota 172, seção 3). Não obstante, tendo em vista que essa parte do trabalho se refere à ordem constitucional interna brasileira, optar-se-á pela utilização da terminologia “direitos fundamentais” ao longo do texto.

³⁶⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado De Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a construção da resposta adequada, in: BOLONHA, Carlos. BONIZZATO, Luigi e MAIA Fabiana (coords.). Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2016, p. 340-341.

O controle jurisdicional do resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor,³⁶⁶ tem se revelado uma face contundente do fenômeno da judicialização da política no país. Outrossim, esses casos trazem em seu bojo problemas que ultrapassam a tradicional configuração do processo judicial individual. Além de veicularem valores sociais e envolverem vários centros de interesse concorrentes, a sua complexidade exige soluções que vão além da simples imposição de uma ordem de fazer ou não fazer, entregar coisa ou pagar quantia.³⁶⁷

No entanto, vislumbra-se um hiato em relação à forma como deve se desenvolver a atividade jurisdicional que acarreta ingerências nas esferas de competência das autoridades representativas, no intento de induzir a ação pública e promover a transformação da realidade social do país. Como pontuam Melina Girardi Fachin e Caio Cesar Bueno Schinemann, a prática constitucional há muito tenta racionalizar a tutela jurisdicional de direitos prestacionais por meio de critérios de ordem material (justiciabilidade e sua intensidade), deixando de lado aqueles de ordem processual, como “parâmetros, possibilidades, critérios e potencialidades” no que tange à adjudicação de cunho coletivo e interesse público.³⁶⁸

O modelo vigente prioriza as demandas individuais, havendo a prevalência de decisões que se limitam a suprir a omissão estatal em relação ao direito público subjetivo daqueles que procuram a justiça, ao invés de promover a readequação do agir institucional. Assim, prepondera a lógica individualista na concretização dos provimentos judiciais, de caráter retrospectivo, concebida para resolver disputas pontuais entre sujeitos determinados e que implicam soluções definitivas proporcionais ao dano alegado, com o conseqüente passivismo judicial na fase de execução.

Essas visões e ferramentas tradicionais não fornecem a tutela jurisdicional adequada para dar conta dos complexos e imprevisíveis problemas jurídicos que a discussão de políticas públicas alberga em sede de litígios estruturais. Tais ações exigem “decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que

³⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2008, p. 125.

³⁶⁷ VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais em Perspectiva Comparada: A experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos*. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2019, p. 13.

³⁶⁸ FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio César Bueno. Decisões Estruturantes na Jurisdição Constitucional Brasileira: Critérios Processuais da Tutela Jurisdicional de Direitos Prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 4, 1, 2018, p. 213-215.

foi examinado”.³⁶⁹ Diante desse quadro, recentemente, uma parcela da doutrina brasileira afeta ao tema passou a pensar na possibilidade de um modelo de processo de viés coletivo diferenciado, tomando como ponto de partida os estudos das experiências do direito comparado no enfrentamento dos mesmos desafios. Nesse campo, as lições dos Estados Unidos, da Colômbia e da África do Sul, apresentadas nas seções anteriores, têm servido de paradigma para novas teorias, propostas legislativas e estratégias de litigância a nível nacional e internacional.

Reflexos desse cenário têm influenciado a atividade jurisdicional, sendo o principal deles a recente aceitação da doutrina do “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal, veiculada, como já mencionado, na ADPF 347/2015, ainda pendente de julgamento de mérito. Essa ação poderá ser considerada o *leading case* brasileiro para a resolução de litígios estruturais e é sob essa perspectiva que se constrói a presente tese, desde o princípio norteada pelo intento de compreender e escutar o direito estrangeiro, a fim de construir soluções contextualizadas e compatíveis com a singularidade jurídica consagrada localmente.

Seguindo a metodologia de Legrand, para que na pesquisa comparativa se possa aferir o valor normativo (de um ponto de vista persuasivo, não obrigatório) de estratégias desenvolvidas em outra “juriscultura”, é preciso situar também o “meu direito” e as especificidades que o distinguem dos demais.³⁷⁰ Destarte, nesta última seção, realizar-se-á a contextualização do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, com especial ênfase à revisão judicial de políticas públicas que instrumentalizam a concretização da faceta prestacional de direitos fundamentais, para então se partir à análise das possibilidades e legitimidade do processo coletivo estrutural nesse campo. Após o que se lança luz sobre as perspectivas para uma nova racionalidade procedimental, voltada à efetivação do conteúdo da sentença judicial estruturante e o possível papel das Audiências Públicas como instrumento diálogo e deliberação necessário na fase de implementação de decisões dessa natureza.

As premissas para a defesa de uma gestão judicial ativa e dialógica na resolução de litígios estruturais já foram lançadas, mas o núcleo central para o emprego de uma abordagem catalisadora deliberativa compatível com a ideia de “*experimentalist regulation*” (ou ativismo dialógico) no país, está na abertura do processo à participação social e à pluralização e democratização da tomada de decisão. Nesse diapasão e elegendo a ADPF 347/2015 como

³⁶⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 225, nov. 2013, p. 07.

³⁷⁰ LEGRAND, Pierre. *Como ler o Direito Estrangeiro*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 32-40.

paradigma, propõe-se um caminho de efetividade à atuação do STF na superação do ECI, que tem por base uma novel e exitosa sistemática procedimental vinda do direito privado, de origem nacional, denominada de “Gestão Democrática do Processo”.

4.1 REVISÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS NO BRASIL: DA JUSTIÇA INDIVIDUAL À COLETIVA E AO LARGO DO DIÁLOGO

No Brasil, a Constituição de 1988 adveio como uma forma de reação aos graves retrocessos vivenciados durante vinte e um anos de ditadura militar, bem assim como resposta às aspirações relativas à superação da profunda desigualdade socioeconômica produzida ao longo da história do país.³⁷¹ Para tanto, dentre outras mudanças, trouxe a previsão acerca da proibição da tortura, restabeleceu o voto direto e secreto, fixou penas severas contra as restrições às liberdades civis, dispôs sobre o acesso à justiça, incluiu mecanismos de participação política e estabeleceu um amplo rol de liberdades e direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, definindo inclusive os seus modos de concretização. Além disso, para o monitoramento eficiente do Estado enquanto concretizador de políticas públicas e da justiça distributiva, consagrou o texto constitucional um Supremo Tribunal Federal (STF) ativo e independente, armado com um sistema misto de controle de constitucionalidade, a fim de que exercesse o papel de guardião da Constituição.

A nova carta constitucional promoveu a reestruturação institucional do Poder Judiciário brasileiro, conferindo-lhe autonomia administrativa e financeira, bem como assegurando independência funcional aos magistrados, visando propiciar um efetivo sistema de proteção de direitos. Foram criados cinco Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao qual foram atribuídas diversas competências antes reservadas ao extinto Tribunal Federal de Recursos ou ao Supremo Tribunal Federal. Outrossim, restaram previstos como direitos fundamentais o livre acesso à justiça (art. 5º, XXXVII e LII) e a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), somados à ampliação do instrumental jurisdicional de tutela para a materialização das garantias contidas no texto constitucional.

³⁷¹ O Brasil, assim como a Colômbia, apresentou um coeficiente da ordem de 0,57, no índice de desigualdade de Gini, numa escala de 0 a 1, em que quanto mais próximo a zero, mais igualitária é a nação, conforme levantamento realizado pela Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL) da ONU, no período de 2002 a 2017 (Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44412/1/S1801085_pt.pdf. Acesso em 23/08/2019).

Além do reconhecimento das funções de órgão de cúpula do Poder Judiciário e foro especializado,³⁷² o STF teve as suas atribuições de corte constitucional reestruturadas com o estabelecimento de novos instrumentos processuais e a ampliação do rol de atores legitimados nessas demandas.³⁷³ O tribunal passou a ter competência originária para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), a ação constitucional de reclamação para a preservação da sua competência e garantia da autoridade de suas decisões e o mandato de injunção em face de omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos fundamentais (nos termos do artigo 5º, inciso LXXI)³⁷⁴.

Ademais, a previsão de novos atores políticos e sociais como legitimados ativos para a propositura de ADI viabilizou a ampliação do acesso ao controle abstrato de constitucionalidade, principalmente por grupos de interesse e por partidos de oposição geralmente insatisfeitos com derrotas sofridas na deliberação majoritária, o que produziu uma elevação considerável do número e importância desse tipo de ação constitucional.³⁷⁵ Isso porque, além do Procurador-Geral da República, que era o único legitimado no regime anterior, passaram a poder propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa das Assembleias Legislativas, o Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem de Advogados do Brasil,

³⁷² Enquanto órgão de cúpula e última instância do Poder Judiciário, o STF tem competência para revisar (por recurso ordinário) os casos de *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, bem como de crime político. E julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. Na função de foro especializado, detém a atribuição de julgar criminalmente altas autoridades, bem assim de julgar os *habeas corpus*, mandados de segurança e *habeas data* contra atos desses mesmos sujeitos passivos, conforme se extrai do artigo 102 da Constituição.

³⁷³ Para uma análise sobre o Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade antes da Constituição de 1988 ver: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 213-232.

³⁷⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;(…)”

³⁷⁵ BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago 2013, p. 206-207.

os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.³⁷⁶

A essas transformações no *judicial review* brasileiro, promovidas pela nova ordem constitucional, somaram-se iniciativas do próprio Poder Legislativo que deram ainda mais amplitude ao processo de concentração do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, com o conseqüente fortalecimento institucional do Supremo, como as Emendas Constitucionais (EC) n. 03/93 e 45/2004 e as Leis n. 9.868/1999 e 9.882/1999. A EC n. 03/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) de lei ou ato normativo federal com eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, além de regulamentar o instrumento da ADPF. A EC n. 45/2004, por sua vez, deu ensejo a uma ampla reforma do Judiciário, que terminou por consolidar o STF como jurisdição constitucional concentrada, bem como permitiu maior controle da agenda e a ampliação dos impactos as decisões.³⁷⁷ Em síntese, essa Emenda aumentou o rol de legitimados para propor ADC nos moldes do que já acontecia em relação à ADI e previu a eficácia vinculante das decisões em ADI (já existente para ADC), além de ter criado a figura da “súmula vinculante”³⁷⁸ e previsto o instituto da “repercussão

³⁷⁶ Cabe mencionar que em sua obra sobre Controle de Constitucionalidade Deliberativo Roa comprova a importância do parâmetro de acesso à justiça constitucional como um fator determinante para: i) a capacidade do próprio sistema jurídico para proteger a Constituição; ii) a eficácia do *judicial review*; iii) o grau de poder dos tribunais constitucionais. O autor identifica a existência de quatro modelos de revisão judicial com base nos distintos níveis de acesso dos indivíduos ao controle de constitucionalidade. Do maior ao menor grau de intervenção inicial das pessoas, os atuais desenhos institucionais de ingresso aos tribunais supremos ou constitucionais podem ser descritos mediante as seguintes categorias: acesso amplo ou popular; acesso intermediário ou interessado; acesso coletivo ou organizado; e acesso através de funcionários. O Brasil insere-se na categoria do acesso intermediário ou interessado no que tange ao controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista que a legitimação ativa tem como requisito a indicação por parte do recorrente de um possível interesse ou direito ameaçado ou lesionado, que o impele a solicitar a inaplicabilidade de uma lei incompatível com as normas constitucionais. Já com relação ao controle concentrado, o sistema brasileiro encontra-se no terceiro nível de acesso (de quatro classificações), dando ênfase à necessidade de que a dúvida sobre a constitucionalidade afete o interesse de uma pluralidade de sujeitos. As normas que regulamentam as ações constitucionais autorizam que a demanda seja apresentada por determinadas organizações (associação ou grupo que representa um número determinado de pessoas) em defesa dos interesses dos seus associados, mas não preveem o acesso direto dos cidadãos, de forma individual, ao Supremo Tribunal Federal. Como destaca Roa, as razões pelas quais um Estado adota um modelo determinado de acesso ao controle de constitucionalidade têm relação com aspectos concretos da sua história e prática constitucional. (ROA, Jorge Ernesto Roa. *Controle de Constitucionalidade Deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2019, p. 46-70).

³⁷⁷ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos*, v. 96, Jul. 2013 p. 82

³⁷⁸ Prevista no Art. 103-A da Constituição, pode ser aprovada mediante decisão de dois terços dos membros do STF, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, tendo efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. A súmula tem por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

geral” como requisito autônomo de admissibilidade de recurso extraordinário no âmbito do controle difuso.

Antes disso, as referidas leis ordinárias editadas em 1999 para regulamentar as ADI e ADC (Lei 9.868), bem como a ADPF (Lei 9.882) já haviam demonstrado uma “clara tendência concentradora e vinculante do controle de constitucionalidade no Brasil”³⁷⁹. Dentre outras novidades, a primeira previu a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões de mérito naquelas ações constitucionais, autorizando o STF a decidir caso a caso por efeitos retroativos ou prospectivos, com base em parâmetros normativos fluidos como “segurança jurídica” e “interesse social”.³⁸⁰ A segunda legislação, por sua vez, disciplinou a ADPF, conferindo-lhe a mesma legitimidade processual ativa da ADI, os mesmos efeitos (*erga omnes* e vinculante) e também a possibilidade de modulação temporal.

Outrossim, restaram previstas a possibilidade de participação de *amicus curiae* e de convocação de Audiências Públicas no bojo dessas ações de controle de constitucionalidade,³⁸¹ o que de certa forma representou um (pequeno) passo em direção à abertura ao diálogo e à participação popular, como será analisado adiante.

Tais “competências superlativas” fizeram da nova arquitetura institucional do STF um modelo propício a um processo de acentuada expansão da sua autoridade em detrimento das esferas representativas de poder, a que Oscar Vilhena Vieira denominou de “supremocracia”.³⁸² O fortalecimento do controle de constitucionalidade aliado à adoção de um extenso catálogo constitucional de direitos trouxe como consequência a judicialização da política no país, dando azo, no início do século XXI, a uma mudança comportamental por

³⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 250, 2009, p. 216

³⁸⁰ BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago 2013, p. 198.

³⁸¹ Nos termos do artigo 6º, parágrafo primeiro, da Lei n.º 9.882/1999, que regulamenta o processo e julgamento da ADPF, após apreciado o pedido de liminar, poderá o relator, se entender necessário, “ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. No mesmo sentido, o artigo 9º, parágrafo 1º e artigo 20, parágrafo 1º, da Lei n.º 9.968/1999, que regulamenta o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, dispõe que, “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. Além disso, mais recentemente, as audiências públicas no âmbito do STF foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal.

³⁸² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, vol 4(2), jul-dez 2008, p. 444-447.

parte dos integrantes do tribunal na resolução das questões de grande repercussão política ou social que lhes passaram a ser submetidas a partir de 1988 e desde então eram tratadas mediante atitudes de passivismo judicial.³⁸³

Com efeito, às reformas processuais promovidas no final do século XX e início do século XXI somaram-se a ascensão de um regime governamental de esquerda com uma agenda promocional de pautas sociais e uma importante renovação no tribunal, dada a aposentadoria de vários ministros entre 2003 e 2006, o que colaborou para a conformação de um novo regime jurisprudencial progressista,³⁸⁴ alinhado à “aspiração normativo-transformativa”³⁸⁵ da nova ordem constitucional. Verificou-se uma mudança jurídico-cultural na doutrina e na prática discursiva do STF, consonante com a concepção do Judiciário como agente de transformação social,³⁸⁶ restando superada a ideia de eficácia limitada das normas constitucionais que consagraram os direitos de cunho socioeconômico e os debates acerca da sua aplicabilidade imediata.³⁸⁷

Como aponta Andrei Koerner³⁸⁸, esse novo tribunal, com juízes com outra formação e concepção sobre o papel da justiça constitucional e a interpretação da Constituição, passou a atuar de forma convergente com o governo em questões relativas à maior efetividade de direitos e promoção de pautas sociais.³⁸⁹ A agenda promocional do governo Lula encontrou

³⁸³ Sobre esse momento anterior ver: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 240-247; e KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. *Novos Estudos*, v. 96, Jul. 2013 p. 69-85.

³⁸⁴ KOERNER, Andrei. *op. cit.*, p. 82-83.

³⁸⁵ CAMPOS, *op. cit.*, p. 271.

³⁸⁶ PULCINELLI, Elinana. *STF como Indutor da Mudança no Constitucionalismo de Transformação*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 108-118.

³⁸⁷ Aqui fazendo referência à pioneira classificação dos preceitos constitucionais formulada por José Afonso da Silva e largamente utilizada no Brasil no contexto pós-Constituição de 1988 que, em síntese, dividia-os em normas de eficácia plena ou imediata, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida, compreendendo essa última categoria aquelas definidas como programáticas, isto é, que por cuidarem de matéria de cunho eminentemente socioeconômico possuem aplicabilidade indireta e mediata, dependendo de ulterior previsão infraconstitucional que lhe regulamente e garanta a sua efetividade (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 82-86).

³⁸⁸ KOERNER, Andrei. *op. cit.*, p. 83-84.

³⁸⁹ Cabe mencionar que o autor desenvolve um esquema para a análise política da jurisprudência constitucional, a partir do estudo da prática judicial e da sua articulação com as categorias operacionais de regime governamental e de regime jurisprudencial. Por prática judicial entende Koener ser “a modalidade de ação institucionalizada que, numa dada configuração da formação social, efetua, programa e reflete os materiais do agregado jurídico do ponto de vista da problemática da justiça”, que se realiza num espaço formado por três dimensões, a institucional, a do pensamento jurídico e a histórica. Regime governamental seria a maneira pela qual se programa e se perfaz a direção política da sociedade e da condução dos indivíduos. E, regime jurisprudencial a forma pela qual se efetiva “uma espécie de gestão diferencial das inconstitucionalidades e ilegalidades de um regime governamental” A prática judicial, para o autor, é um exercício de articulação entre a jurisprudência e a política, já que as decisões dos tribunais têm implicações diferentes para os citados regimes, promovendo, facilitando, bloqueando alguns de seus aspectos e abrindo ou não oportunidade de ação para os sujeitos (KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. *Novos Estudos*, v. 96, Jul. 2013 p. 76-77).

repercussão na atuação positiva do STF para promover a efetivação da Constituição, por meio da concretização dos direitos fundamentais não realizados por omissão ou inércia dos demais poderes, passando então a corte a ter uma atribuição residual em matéria de políticas públicas.

A previsão de novos instrumentos processuais e a abertura do controle de constitucionalidade a atores não governamentais teve o condão de incentivar a mobilização social em torno da concretização de direitos fundamentais, levando ao Judiciário reivindicações antes ignoradas no debate político. Nesse cenário desenvolve-se a dimensão que Campos classifica como “ativismo judicial de direitos”,³⁹⁰ em que se vislumbra o avanço do papel sociopolítico do STF na garantia da liberdade e da igualdade social.³⁹¹ Especificamente no que tange à faceta prestacional dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira, como explica o autor, o tribunal tem determinado ao Estado a realização de condutas positivas em dois campos distintos mas correlatos, quais sejam, “a realização de deveres de proteção aos direitos fundamentais para avançar posições de igualdade e dignidade; a formulação de políticas públicas e a prestação de serviços públicos dirigidos a assegurar a validade concreta dos direitos sociais e econômicos”.³⁹²

Nesse contexto, a decisão monocrática proferida em 2004 na ADPF 45/DF acerca do direito à saúde, de lavra do Ministro Celso de Mello, merece destaque no que concerne ao posicionamento do STF em relação à proteção e promoção de direitos sociais, econômicos e culturais, já que estabeleceu os fundamentos e os limites ao exercício desse tipo de intervenção judicial substantiva.³⁹³ Partindo da premissa de que o caráter programático (ou dependente de desenvolvimento progressivo) das regras inscritas no texto da Constituição das

³⁹⁰ As outras dimensões do ativismo judicial do STF descritas e sistematizadas por Campos a fim de comprovar a expansão do espaço institucional dessa Corte são: a metodológica; a processual; a estrutural ou horizontal; e a antidialógica (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 276-339).

³⁹¹ *Ibid*, p. 322.

³⁹² *Ibid*, p. 328

³⁹³ Essa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi promovida contra veto, que, emanado do Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei no 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possuía o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.” O autor da ação constitucional sustentava que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Cabe mencionar que embora essa demanda tenha sido extinta sem julgamento de mérito, não possuindo o voto do Min. Relator Celso de Mello qualquer caráter vinculante, o teor da decisão foi utilizado como fundamento em outros julgados do STF, como por exemplo: STA 241/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 10.10.08; STA 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 17.03.10; RE 567.985/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 18.04.2013; RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO; RE 628.159-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 25.6.2013; RE 634.643-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 26.6.2012; RE 642.536-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 5.2.2013.

quais derivam direitos individuais e/ou coletivos a prestações positivas do Estado, “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente”, o tribunal inaugurou o seu posicionamento pela legitimidade do controle e da intervenção do Poder Judiciário na esfera das políticas públicas, enquanto instrumentos para a concretização desses direitos. O Supremo afirmou a sua competência para fiscalizar, controlar e monitorar a atuação estatal a fim de tornar efetivos os direitos sociais, bem como de intervir no caso de uma violação positiva ou negativa do Poder Público, que venha a comprometer a dignidade da pessoa humana e, portanto, a integridade da própria ordem constitucional, consoante se extrai da decisão:

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.³⁹⁴

Tal discurso em prol da prevalência dos direitos fundamentais e consequente justiciabilidade das políticas públicas que os instrumentalizam foi reafirmado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410715/SP, sobre a garantia de acesso ao ensino infantil municipal gratuito. Nesse caso, reiterando os argumentos expendidos no exame da ADPF 45, a Segunda Turma do STF decidiu que embora não se inclua, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, tal incumbência poderá lhe ser atribuída, excepcionalmente, se e quando os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles recaem em caráter mandatário, vindo a comprometer com tal comportamento a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.³⁹⁵

No entanto, a ideia de um controle jurisdicional de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, como elucidada Ana Paula Barcellos, não se refere a um fenômeno em singular ou a um conjunto uniforme de situações, podendo variar em função especialmente de dois elementos, quais sejam, o objeto específico a ser controlado (que conduta ou bem será exigido, de quem e sob que fundamento) e a modalidade de controle (ambiente processual no

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004. Informativo n. 345/2004, DJe 04.05.2004.

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 410715 – AgR/SP. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 22.11.2005, DJ de 03.02.2006, p. 76.

qual a discussão será posta e, conseqüentemente, os efeitos objetivos e subjetivos das decisões proferidas).³⁹⁶

Quanto aos objetos que podem ser alvo de controle jurisdicional, a autora aponta no mínimo cinco possibilidades: i) em abstrato, o controle da fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público no que tange a direitos fundamentais; ii) em concreto, o controle do resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor; iii) a quantidade de recursos a ser investida na promoção dos direitos fundamentais; iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade.³⁹⁷

O escopo maior de todas essas espécies de controle é influenciar o resultado a ser alcançado por meio das políticas públicas e aproximar a ação estatal daquilo que almeja a Constituição. Contudo, ao que se vê, os dois primeiros objetos de controle se ocupam do conteúdo das políticas públicas em si, enquanto os três últimos pretendem controlar aspectos do processo de decisão e execução das políticas públicas, isto é, deveres instrumentais impostos ao Estado (o dever de investir determinada quantidade de recursos; o dever de prestar contas e o dever de eficiência mínima). Ademais, as duas primeiras modalidades referidas são as que interferem de forma mais invasiva no espaço de discricionariedade do Legislativo e do Executivo. Isso porque, em relação ao conteúdo das políticas públicas, o controle incide diretamente sobre o resultado final esperado, seja previamente, no momento do estabelecimento das metas, seja posteriormente, quando verificado o não cumprimento dessas metas. Destarte, para que tais controles jurisdicionais sejam levados a efeito, caberá ao Estado-juiz definir qual é o resultado necessário das políticas públicas relativamente aos diferentes direitos fundamentais trazidos à lide.³⁹⁸

É nesse âmbito do controle do resultado final das políticas públicas que a jurisprudência brasileira em geral vem se desenvolvendo, sendo frequentes decisões que condenam o Poder Público, por exemplo, a custear medicamentos e tratamentos médicos não disponíveis na rede pública de saúde, ou a criar vagas em redes de ensino infantil ou fundamental gratuito. E, embora os controles de conteúdo possam ser levados a cabo nas esferas das ações individuais, coletivas ou no controle abstrato de constitucionalidade das leis

³⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*, Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2008, p. 122-123.

³⁹⁷ *Ibid*, p. 124-126.

³⁹⁸ *Ibid*, p. 130-132.

ou de atos do Poder Público, é a primeira modalidade a mais usualmente utilizada no país,³⁹⁹ priorizando-se a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais em detrimento da objetiva.

Essa prevalência de decisões que se limitam a adjudicar bens públicos individualizados ao invés de adequar (ou readequar) o agir institucional a fim de dar efetividade a políticas públicas que instrumentalizam o cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, possibilitando a proteção dos interesses de uma coletividade, acaba por subverter a lógica redistributiva inerente aos direitos socioeconômicos.⁴⁰⁰ Isso porque a procedência de demandas judiciais individuais ocasiona a realocação de recursos muitas vezes escassos e indispensáveis para a implementação da política pública, em favor de apenas uma ou algumas pessoas. Além disso, no contexto brasileiro de pobreza e profunda exclusão social, a tutela jurisdicional individual dos direitos fundamentais viola a isonomia ao privilegiar apenas aqueles que detém condições financeiras para efetivamente ter acesso à justiça.

Por outro lado, como ressalta Barcellos, a ideia de “macro-justiça” não pode estar desvinculada da realidade e das pessoas concretamente consideradas no âmbito da “micro-justiça” (ou justiça individual):

Assim, se determinados bens são considerados indispensáveis para a dignidade humana em uma dada sociedade, a atribuição de tais bens às pessoas - as múltiplas ‘micro-justiças’ – formarão necessariamente um dos conteúdos obrigatórios da ‘macro-justiça’, de tal modo que, se esta última não incluir tais prestações em seu bojo, haverá uma injuricidade em sua concepção.⁴⁰¹

³⁹⁹ Uma pesquisa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça e realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público no ano de 2017, a partir do levantamento de dados sobre a formação, o julgamento e a execução de ações coletivas (Ações Cíveis Públicas, Ações Populares e Mandados de Segurança Coletivos) no país, realizado em 14 tribunais de diferentes estados, regiões e ramos de justiça, apontou que as ações coletivas são usadas estrategicamente para a defesa de direitos individuais homogêneos ou mesmo só de direitos individuais. No tema da saúde, por exemplo, prevaleceu a busca por satisfação de demandas pontuais, não havendo sequer uma ação que pretendesse a reforma estrutural da política, como a incorporação ao SUS de medicamento, insumo ou serviço. Além disso, verificou-se que há uma baixa utilização, por parte dos setores da sociedade civil, das ações coletivas como estratégia e instrumento de defesa dos seus interesses, havendo o predomínio do Ministério Público como autor das demandas. Quanto ao sucesso de ações coletivas e individuais no acesso a políticas e bens públicos, o percentual das primeiras gira em torno de 8,5%, enquanto as segundas apresentam 62,4%. E, dentre os problemas das ações coletivas identificados destacam-se a falta de celeridade e a complexidade do processo, as dificuldades na execução, a pouca utilização, a falta de estrutura e o excesso de trabalho, o custo da perícia e o despreparo ou falta de cooperação das partes (MENDES, Hubner Conrado; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; ARANTES, Rogério Bastos (coord.). *Ações Coletivas no Brasil: Temas, Atores e Desafios da Tutela Coletiva*. Sociedade Brasileira de Direito Público, 2ª Edição da Série Justiça Pesquisa – CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/a2ab183c1d1c0c2c69e6023a6c9d42ca.pdf> . Acesso em: 21/11/2019).

⁴⁰⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 160-162.

⁴⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2008, p. 139.

De fato, consoante o proposto na seção 3 do presente trabalho, as discussões acerca da proteção de direitos sociais, sua efetividade e justiciabilidade, devem levar em conta os efeitos transformadores que as intervenções judiciais têm o potencial de operar na atuação estatal, a partir de uma perspectiva realista da função judicial em sociedades desiguais. Nesse sentido, o controle jurisdicional de viés coletivista (e não individualista) do resultado esperado das políticas públicas favorece uma solução geral e isonômica, além de permitir uma discussão mais concreta sobre os recursos disponíveis e o planejamento estatal como um todo. Ademais, abre espaço para novas técnicas decisórias a fim de superar a falta de capacidade técnico-institucional dos tribunais para operacionalizar essas decisões. No entanto, o bem ou serviço exigível no interesse da coletividade além de se constituir em um resultado necessário das políticas públicas, também se perfaz em um direito subjetivo, ao qual não pode ser negada proteção jurisdicional.

Para além das experiências das cortes constitucionais sul-africana e colombiana na atuação em casos complexos de violação a direitos econômicos e sociais já apresentadas, existe um estudo comparativo do ano de 2008 empreendido por Daniel Brinks e Gauri Varun com base em dados extraídos de litígios relacionados a prestações de saúde pública no Brasil e em mais quatro países do Sul Global (Índia, Indonésia, Nigéria e novamente África do Sul),⁴⁰² em que restou comprovado que as cortes que trabalharam para modificar as condições necessárias para que esses direitos se realizassem numa perspectiva coletiva, dando um tratamento sistêmico ao problema, converteram-se efetivamente em parte integrante de projetos de transformação social. E, o êxito dessa abordagem deveu-se ao desenvolvimento de espaços de diálogo em torno do seu cumprimento. Contudo, verificou-se que somente no contexto brasileiro tinham prevalência demandas que solicitavam uma prestação direta do Estado, com a conseqüente concessão, em geral, de meios judiciais individuais e limitados. Diante disso, destoando dos demais países analisados, o comportamento dos juízes no Brasil nessa seara caracterizou-se ainda pelo modelo clássico e dicotômico de comando-e-controle, limitando-se a impor a obrigação de prover determinado bem (no caso, medicamento ou serviço médico) por meio de ordens unilaterais.

Como observam os autores, em todos os países examinados se verificou uma grande variedade de abordagens judiciais, desde estilos monológicos tipo *top-down* até enfoques de tipo mais dialógico, “*pero a la hora de abordar temas complejos y costosos las*

⁴⁰² VARUN, Gauri; BRINKS, Daniel (eds.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge: Cambridge Press, 2008.

intervenciones judiciales más eficazes se ubican em las áreas más dialógicas del espectro.”⁴⁰³ Esse diálogo contribui de forma substancial para melhorar a prestação de contas dos atores públicos e privados que afetam mais profundamente a fruição dos direitos socioeconômicos por parte da população, possibilitando que os tribunais passem a ser um espaço transformador para o debate das políticas públicas.⁴⁰⁴

A partir de 2009, no entanto, tendo em vista o crescente número de ações judiciais envolvendo o direito fundamental à saúde em sua dimensão individual de atendimento, o STF passou a adotar uma nova postura, de viés timidamente dialógico,⁴⁰⁵ mediante a convocação de várias Audiências Públicas, com o propósito de esclarecer questões técnicas, administrativas, econômicas e jurídicas relacionadas à concretização desse direito fundamental. Foram convocadas ao todo seis audiências para ouvir especialistas em matéria de Saúde Pública, no caso, os gestores públicos, e os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil. Das experiências e dados colhidos nos debates pôde-se concluir que a primeira questão a ser considerada é a existência, ou não, de política pública que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Caso esta não esteja entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro, torna-se imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa; de uma decisão administrativa de não a fornecer; ou de uma vedação legal à dispensação do medicamento ou tratamento.⁴⁰⁶

⁴⁰³ BRINKS, Daniel; VARUN, Gauri. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas em la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014, p. 308.

⁴⁰⁴ *Ibid*, p. 308.

⁴⁰⁵ Merece destaque o fato de que alguns autores estrangeiros utilizados no presente trabalho inserem – a partir de uma análise bastante rarefeita – essa nova abordagem metodológica e sistemática do STF em relação à concretização do direito à saúde no Brasil, no campo nas novidades dialógicas vislumbradas no contexto do ativismo judicial em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais na América Latina. Contudo, a autora entende que não se trata efetivamente de uma forma de ativismo dialógico nos moldes até aqui expostos e debatidos, consoante será explanado a seguir, nesta última seção. Dentre as obras do direito comparado, cite-se: GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014; e GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014, p. 121.

⁴⁰⁶ Cabe apontar que em 2015 o STF fixou tese de repercussão geral em Recurso Extraordinário que tratava da responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde, nos seguintes termos: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 855178/SE. Min Rel. Luiz Fux, j. em 05.03.2015, DJe de 16.03.2015).

A partir das experiências e dos dados coletados nessas Audiências Públicas, o tribunal pôde definir os contornos do dever de proteção estatal no que se refere à dimensão subjetiva do direito à saúde, fixando critérios e parâmetros de atuação para o Poder Judiciário na concessão direta de medicamentos e tratamentos.⁴⁰⁷ E, diante do que foi constatado, o CNJ expediu a Recomendação n.º 31, de 30 de março de 2010, aconselhando aos tribunais e juízos inferiores a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Dentre essas medidas está a criação dos Núcleos de Apoio Técnico (NATs), compostos por médicos e farmacêuticos, para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quando da apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes nas ações relativas à saúde^{408.409}

⁴⁰⁷ Esses critérios foram estabelecidos no Acórdão que decidiu o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, restando estipulado inclusive que em todos os casos é vedada à Administração Pública fornecer medicamento que não possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. STA 175/CE AgR. Min. Rel. Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010, DJe de 30.04.2010).

⁴⁰⁸ Cumpre mencionar, ademais, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem realizado Jornadas Nacionais da Saúde para debater os problemas inerentes à judicialização da saúde e apresentar enunciados interpretativos sobre o direito à saúde. Tais eventos fazem parte das ações do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, criado em 2010 pelo CNJ para o monitoramento e a resolução das demandas de assistência à saúde. Sua criação decorreu do elevado número e da ampla diversidade dos litígios referentes ao direito à saúde, bem como do forte impacto dos dispêndios decorrentes sobre os orçamentos públicos.

⁴⁰⁹ Recentemente, no julgamento de recurso repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou requisitos para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de remédios fora da lista do Sistema Único de Saúde (SUS). A tese fixada, que serve de orientação às instâncias ordinárias para a solução de casos fundados na mesma controvérsia, estabeleceu que constitui obrigação do poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: i) a comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) a incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e iii) a existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). A decisão determinou ainda que, após o trânsito em julgado de cada processo, o Ministério da Saúde e a Comissão Nacional de Tecnologias do SUS (Conitec) sejam comunicados para que realizem estudos quanto à viabilidade de incorporação do medicamento pleiteado no âmbito do SUS (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1657156/RJ, Min. Rel. Benedito Gonçalves, j. em 25.04.2018, DJe de 01.08.2018). No mesmo diapasão, em maio de 2019, no julgamento do Recurso Extraordinário 657718/MG com repercussão geral reconhecida, o Plenário do STF, por maioria de votos, fixou a seguinte tese: "1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.

3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras;

II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;

III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 657718/MG. Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 22.11.2019, DJe de 25.10.2019).

Em algumas situações, todavia, a resolução do caso individual – sem considerar o contexto em que ele se insere – não dá uma resposta efetiva para a garantia do direito em lide e, caso persistam as condições institucionais que permitiram a negativa de acesso a determinados direitos fundamentais, a sua violação ou limitação, essa se repetirá e perpetuará no tempo. Nesses casos o mandato de proteção para os órgãos jurisdicionais torna-se mais complexo, devendo levar em conta os dois pilares de sustentação da ordem constitucional, quais sejam, os direitos fundamentais e a organização do poder.⁴¹⁰ E, alguns países, como visto, têm se valido de sentenças estruturais para dar conta desse tipo de controle de cunho coletivo do resultado esperado das políticas públicas. Destarte, recentemente a doutrina brasileira mais atenta às tendências do direito comparado passou a se debruçar com afinco sobre as lições dos tribunais alienígenas na superação do dilema entre a consagração constitucional dos compromissos com a igualdade material e o desafio de se construir respostas institucionais adequadas à inobservância desses preceitos. Um dos caminhos vislumbrado por diversos autores é o dos processos estruturais e das formas dialógicas de provimentos jurisdicionais em seu bojo desenvolvidas, a fim de revestir de maior efetividade a adjudicação dos direitos fundamentais prestacionais no âmbito das organizações burocráticas.⁴¹¹

Como reflexo desses estudos, passaram a ser identificadas iniciativas pontuais em ações coletivas de cunho estruturante, bem como surge uma certa expectativa em torno da ADPF 347/2015, enquanto *leading case* do controle abstrato de políticas públicas quando

⁴¹⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

⁴¹¹ Nesse sentido: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 240-322. VALLE, *op. cit.*, p. 169-176; PULCINELLI, Eliana. *STF como Indutor da Mudança no Constitucionalismo de Transformação*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 176-192; VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e Implementação de Mudanças Socialmente Relevantes pela Via Processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 369-422; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial – Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 203-232; JOBIM, Marco. Reflexões sobre a Necessidade de uma Teoria dos Litígios Estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 448-466. FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio César Bueno. O Potencial Catalizador da Tutela Coletiva dos Direitos Econômicos e Sociais: um enfoque a partir dos diálogos horizontais em direitos humanos. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais*, Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 553-572; GOTTI, Alessandra. Tutela Estratégica dos Direitos Sociais. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais*, Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 573-592; FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio César Bueno. Decisões Estruturantes na Jurisdição Constitucional Brasileira: Critérios Processuais da Tutela Jurisdicional de Direitos Prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 4, 1, 2018, p. 211-246.

identificado o grave quadro de inconstitucionalidade que dá ensejo à declaração de um “Estado de Coisas Inconstitucional”.

4.2 LITÍGIOS ESTRUTURAIS ENTRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E O ABSTRATO: POSSIBILIDADES E LEGITIMIDADE DO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL BRASILEIRO

Em síntese, os trabalhos da doutrina brasileira sobre a intervenção judicial estrutural podem ser divididos em dois grupos: i) o daqueles autores que partindo de uma concepção estrita e baseada na excepcionalidade desse novo modelo de atuação jurisdicional, entendem que o único *locus* propício para consolidar-se esse tipo de litigância é o Supremo Tribunal Federal; e ii) o daqueles que acreditando numa concepção mais abrangente do fenômeno, identificam a sua existência também nos processos coletivos de competência originária dos juízos inferiores.

No primeiro grupo, estaria Marco Félix Jobim, que embasou a sua pesquisa de doutorado num estudo comparado com a Suprema Corte dos Estados Unidos, afirmando na ocasião a possibilidade única de aplicação da doutrina das medidas estruturantes vinda do direito estadunidense pelo Supremo Tribunal Federal.⁴¹² Contudo, em recente artigo publicado em uma coletânea, o autor gaúcho reformulou o seu posicionamento asseverando que já não há mais espaço para atribuir apenas ao STF a competência para *structural litigation*, “mas a de, sabendo do fato de que não só é ele hoje legítimo para tanto, tentar definir parâmetros de construção de uma teoria desses litígios estruturais que se anunciam cada vez mais no Brasil”.⁴¹³

E, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que desenvolveu a sua tese a partir da análise do exercício concreto de ativismo judicial do tipo estrutural que se manifesta por meio da doutrina do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI), criada pela Corte Constitucional colombiana. Resumidamente, o autor defende a excepcionalidade da declaração do ECI e da intervenção judicial estrutural, que apenas se justificam em casos extraordinários de violação de direitos decorrentes de falhas estruturais, afirmando a impossibilidade de se caracterizar a violação massiva e generalizada de direitos fundamentais – enquanto pressupostos do ECI – como um problema local, a ser solucionado por juízes e tribunais com jurisdição restrita. Segundo ele, a declaração do ECI estaria vinculada a casos que necessitam de medidas

⁴¹² JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

⁴¹³ *Id.* Reflexões sobre a necessidade de uma Teoria dos Litígios Estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 464.

estruturais de larga escala, que atingem um número expressivo de autoridades estatais, de distintos níveis governamentais e de diferentes poderes, cuja superação demanda instrumentos processuais com alcance decisório de competência exclusiva do STF, como a ADPF.⁴¹⁴

No entanto, como visto na segunda seção da presente tese, a declaração de um ECI decorre da constatação fática de alguns fatores indicativos estabelecidos pela jurisprudência da própria Corte Constitucional Colombiana no controle difuso de constitucionalidade, inclusive a existência de um problema social cuja solução envolve a intervenção de várias entidades e requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações,⁴¹⁵ mas essas circunstâncias não se traduzem em requisitos ou critérios taxativos. O juiz constitucional deve valorar os fatores identificados de acordo com as condições específicas de cada caso, não sendo necessário comprovar simultaneamente que se verificam todos ao mesmo tempo para constatar a existência de um ECI. Aliás, podem vir a ser percebidos outros tipos de circunstâncias relevantes para estabelecer a existência de um ECI, que nos casos de reunião de *acciones de tutela* até momento julgados ainda não hajam se manifestado. Ademais, a presença ou ausência de um ECI não é requisito para que a Corte Constitucional da Colômbia dite ordens complexas ou estruturais.⁴¹⁶ Ou seja, há uma distinção entre ECI e sentenças estruturais, podendo estas conter ou não uma declaração de ECI, como ficou claro com a *sentencia* T-760/2008 sobre a reforma do sistema de saúde colombiano.

Não obstante, seguindo em parte a linha de argumentação de Campos, no contexto brasileiro de controle misto de constitucionalidade parece pertinente manter a excepcionalidade desse instituto (ECI) para os casos estruturais de competência originária do STF no controle abstrato e concentrado, especialmente aqueles instrumentalizados por meio de ADPF,⁴¹⁷ em que a declaração de inconstitucionalidade do quadro de violação massiva e

⁴¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 297-298.

⁴¹⁵ Recapitulando, na *sentencia* T-025/2004 foram sintetizados os seguintes (seis) fatores que são considerados pela jurisprudência para determinar a existência de um estado de coisas inconstitucional: i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta a um número significativo de pessoas; ii) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento da suas obrigações para garantir os direitos; iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado; iv) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; v) a existência de um problema social cuja solução envolve a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante; e vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema recorrerem à *acción de tutela* para obter a proteção de seus direitos, se produziria uma maior congestão judicial.

⁴¹⁶ É o que se extrai, dentre outras, da recente *sentencia* T-302/2017, que declarou o ECI a respeito da falta de gozo efetivo de direitos fundamentais por parte das crianças do povo Wayúu em quatro municípios do Departamento colombiano de La Guajira (Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>. Acesso em: 20/10/2019).

⁴¹⁷ Como explica Campos, a intervenção judicial realizada quando da declaração do ECI dirige-se à superação de omissões estatais vinculadas à proteção deficiente dos direitos fundamentais, especialmente no que concerne à

persistente de direitos fundamentais faz parte do pedido. A propositura desse tipo de ação constitucional exige o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais ou a verificação, *ab initio*, de sua inutilidade para a preservação do preceito. O que, somado à verificação da existência de uma superposição de competências administrativas entre os entes federados sobre a matéria em lide, que exija um provimento jurisdicional estrutural de caráter mais abrangente para enfrentar o problema de forma sistêmica, poderia evitar a ubiquidade do instituto.

Mas isso não leva à conclusão de que não possam existir intervenções judiciais estruturais mais localizadas, no controle concreto e difuso realizado por qualquer juízo ou tribunal, em demandas que comportem a alegação da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por via incidental, a título de causa de pedir (e não de pedido), como é o caso da Ação Civil Pública,⁴¹⁸ que na proteção de direitos transindividuais pode resultar na revisão judicial de políticas públicas.⁴¹⁹ Muitas dessas decisões estruturantes, inclusive, poderão vir a ser impugnadas via recurso extraordinário e chegar ao STF cumprindo os requisitos de repercussão geral, ocasião em que este tribunal também terá a oportunidade de dar continuidade à abordagem estrutural, emitindo ordens dessa natureza, mas sem necessariamente declarar um ECI.

Nesse sentido, a presente tese adota como premissa o posicionamento do segundo grupo de autores, composto em sua maioria por processualistas como Sergio Cruz Arenhart,⁴²⁰ Jordão Violin,⁴²¹ Gustavo Osna,⁴²² Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.,⁴²³

formulação e implementação de políticas públicas, sendo a preocupação, portanto, a efetividade desses direitos e não a eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais. Trata-se da proteção da ordem de valores contida no projeto constitucional, o que impõe a tomada de decisões que levem em conta a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Para tanto, embora considere como opções de mecanismos institucionais hábeis para a declaração do ECI e emissão de ordens estruturais também o Mandado de Injunção e o Recurso Extraordinário com repercussão geral (ambos mecanismos de controle difuso) afirma o autor ser a ADPF o principal instrumento previsto na Constituição brasileira, apesar das restrições na sua legitimidade processual ativa (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 257-261).

⁴¹⁸ Mencione-se que a jurisprudência brasileira há algum tempo tem reconhecido a possibilidade de controle de constitucionalidade incidental em Ação Civil Pública, desde que seja a causa de pedir e não o pedido principal da demanda. Neste sentido: REsp 1.326.437/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 05/03/2013; REsp 1.207.799/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 03/05/2011; e Rcl 1.733-MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 01/12/2000.

⁴¹⁹ A Ação Civil Pública é uma ação de natureza coletiva criada pela Lei 7.347/1985 e consolidada no art. 129, III da Constituição e no Código de Defesa do Consumidor, tendo por escopo a condenação em pecúnia ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a fim de evitar ou reparar lesão a interesse ou direito de natureza transindividual (difusos ou coletivos). Nos termos do art. 16 da lei, a sentença da ação civil pública possui efeito *erga omnes* limitado à competência territorial do órgão judicial que a prolatou.

⁴²⁰ ARENHART, Sergio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 225, 2013.

⁴²¹ VIOLIN, Jordão. *Protagonismo Judiciário e Processo Coletivo Estrutural*. Salvador: JusPodivm, 2013.

Leonardo Silva Nunes⁴²⁴ e Edilson Vitorelli⁴²⁵, além de Vanice Regina Lírio do Valle,⁴²⁶ Melina Girardi Fachin e Caio Cesar Bueno Schinemann⁴²⁷.

Como visto, os litígios estruturais ou *structural reform litigation* (ou *public law litigation*) foram pioneiramente identificados no contexto das reformas institucionais que se seguiram a *Brown v. Board of Education*, a fim de adequar quadros de inconstitucionalidade existentes e persistentes, aos valores públicos fundamentais contidos na Constituição dos Estados Unidos e aos novos significados que passaram a lhes ser atribuídos em virtude das transformações advindas do *New Deal*, especialmente no que tange à igualdade na proteção das minorias social e politicamente marginalizadas. Nesse contexto, os juízes federais das Cortes Distritais passaram a se deparar com demandas complexas que envolviam a reestruturação a longo prazo e o monitoramento de organizações burocráticas como escolas, presídios, hospitais psiquiátricos e etc., desempenhando de fato uma função gerencial no momento da execução da sentença (*managerial judging*).

Seguindo a concepção de Fiss, o processo judicial de caráter estrutural distingue-se do modelo tradicional de adjudicação, de cunho liberal-individualista, pensado para resolver litígios privados, porque além do caráter constitucional dos valores sociais em lide, envolve um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais importantes para alguns setores da sociedade. Destarte, litígio estrutural é aquele no qual o juiz, exercendo a função de conferir significado concreto e aplicação aos preceitos constitucionais na operacionalização de

⁴²² OSNA, Gustavo. Nem “Tudo”, nem “Nada” – Decisões Estruturais e Efeitos Jurisdicionais Complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 178-202.

⁴²³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 352-368.

⁴²⁴ NUNES, Leonardo Silva. A Certificação de Processos Estruturais. In: REICHELDT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (org.). *Coletivização e Unidade do Direito*. Londrina: Thoth, 2019, p. 323-343.

⁴²⁵ 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, 2017, p. 370-422.

⁴²⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

⁴²⁷ FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio César Bueno. Decisões Estruturantes na Jurisdição Constitucional Brasileira: Critérios Processuais da Tutela Jurisdicional de Direitos Prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 4, 1, 2018, p. 212-246; e FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio César Bueno. Decisões Estruturantes na Jurisdição Constitucional Brasileira: Critérios Processuais da Tutela Jurisdicional de Direitos Prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 4, 1, 2018, p. 211-246. Cumpre mencionar que os autores se posicionam no sentido de que o controle de constitucionalidade estrutural não se dê originariamente no STF, mas, preferencialmente nos graus ordinários de jurisdição (juízos de 1º Grau Estadual ou Federal), tendo em vista as dificuldades que seriam enfrentadas por aquele tribunal na longa instrução processual a que os processos estruturantes devem se submeter e o volume de trabalho por ele enfrentado.

políticas públicas, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes.⁴²⁸

O foco da reforma estrutural não são eventos particularizados e isolados que ferem direitos de determinados indivíduos, mas sim uma dinâmica organizacional que viola de forma continuada e reiterada os preceitos constitucionais, ameaçando as condições da vida social de um grupo mais amplo de pessoas.⁴²⁹ Ou seja, esses litígios são caracterizados pela verificação de situações de violação sistemática de direitos fundamentais, causada por um conjunto de práticas e dinâmicas institucionalizadas, que impedem a adequação do agir estatal às promessas constitucionais.

A constatação dessas condições contextuais que anunciam a causalidade que subjaz a lide estrutural e que tornam inócua a adoção de medidas pontuais que visem à eliminação ou repreensão de condutas isoladas e não a resolução do problema de fundo, no entanto, é juridicamente simples, ou seja, pouco controversa. O que de fato irá particularizar esse tipo de litígio é o modelo de procedimento judicial (ou adjudicação) a ser empregado para a sua resolução. Isso porque, como pontua Jordão Violin, o que diferencia o processo estrutural do processo tradicional é o “policentrismo extrajurídico”⁴³⁰ relevado pelas inúmeras possibilidades de implementação.⁴³¹ Com efeito, “a complexidade que torna estrutural um litígio está na multiplicidade de critérios extraleais para definir o cumprimento e de meios para implementar a decisão”⁴³².

Destarte, é no momento pós-julgamento de mérito que a atividade do Poder Judiciário na solução desses conflitos se distancia do procedimento comum, pressupondo a adoção de medidas estruturais que busquem remover os bloqueios políticos e institucionais que geram o mau funcionamento organizacional. Isso porque não basta que a fase decisória contemple uma decisão condenatória a que se siga uma obrigação de pagar, ou uma decisão mandamental ou executiva, a que se siga uma ordem de fazer ou não fazer, acompanhada da ameaça de coerção, ou tampouco uma sentença declaratória ou constitutiva, com consequências exclusivamente jurídicas que se exaurem com a própria decisão.⁴³³

⁴²⁸ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, nov/1979, p. 17-18.

⁴²⁹ *Ibid*, p. 22-23.

⁴³⁰ Seguindo a mesma linha de Sabel e Simon, o autor brasileiro utiliza essa terminologia em oposição à ideia de “policentrismo jurídico” como característica diferenciadora dos litígios estruturais, defendida por Chayes, como visto na seção 2 do presente trabalho (vide p. 26-27; 45-47).

⁴³¹ VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais em Perspectiva Comparada: A experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos*. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2019, p. 82.

⁴³² *Ibid*, p. 83.

⁴³³ *Ibid*, p. 102.

A intervenção judicial que conforma um processo estrutural exige atuações pouco convencionais, que demandam um grande esforço institucional por parte das entidades responsáveis. Como afirma Violin, “a resolução de litígios estruturais exige protagonismo do juiz no processo, na condução do debate, na definição dos *standards* de cumprimento e no acompanhamento da implementação”.⁴³⁴ Tal conjuntura, que foi esquadrinhada nas seções anteriores, encontra uma sintetização precisa na obra de Beltrán que, ao edificar uma teoria geral dos litígios estruturais a partir do estudo de casos provenientes dos Estados Unidos, da Colômbia, da África do Sul e da Índia, descreve os contornos do processo de execução que os caracteriza na contemporaneidade, nos seguintes termos:

*Por lo general, dicho proceso debe ser realizado con la participación de varios actores entre los que frecuentemente se encuentran los titulares del derecho; en la medida en que su ejecución no puede llevarse a cabo mediante un único acto, sino por la ilación ordenada de una serie de decisiones, requiere la realización de labores de planificación previa y de determinación de los objetivos de mediano y largo plazo; suele demandar la inversión de importantes recursos cuya aprobación no depende de una única autoridad; en atención a que su ejecución se planea con base en cronogramas que marcan la evolución prevista, es posible incorporar instrumentos que permitan medir dicho progreso, como también la introducción de mecanismos de enmienda o de corrección cuando no se cumplan los objetivos trazados.*⁴³⁵

Uma das tarefas fundamentais com que os juízes devem se comprometer nos litígios estruturais consiste em determinar a forma pela qual o remédio judicial deve ser executado e tal medida deverá ser arquitetada de acordo com a realidade que pretendem transformar.⁴³⁶ O nível de protagonismo assumido por eles nessa fase, no entanto, pode variar. Conforme exposto na seção de número 2 do presente trabalho, os estudos empíricos realizados por Susan Sturm no âmbito da *Prision Reform Litigation* nos Estados Unidos apontaram para ao menos quatro abordagens judiciais diferentes na tentativa de resolver os litígios estruturais envolvendo o sistema carcerário estadunidense, quais sejam: o juiz deferente, o juiz diretor, o juiz mediador e o juiz catalisador. No mesmo sentido, as análises comparativas das sentenças estruturais das Cortes Constitucionais da Colômbia e da África do Sul apresentadas nos Quadros 1 e 2 da segunda seção desta tese (seção de número 3), apontam para diferentes graus de medidas judiciais e de supervisão, que podem definir uma intervenção monológica ou dialógica na execução desses julgados.

⁴³⁴ *Ibid*, p. 87.

⁴³⁵ BELTRÁN, Andrés M. Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*. Tese aprovada no Doutorado em Direito e Ciência Política da Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016, p. 37.

⁴³⁶ STURM, Susan. Resolving the Remedial Dilema: Strategies of Judicial Intervention in Prisons, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 138, 1990, p. 809.

Beltrán, por sua vez, também reconhece que o grau de intervenção judicial durante o processo de implementação de decisões estruturais pode tomar várias formas. Segundo ele, essa variação vai desde uma postura meramente declaratória, em que o juiz somente assinala a ocorrência de uma grave violação de direitos fundamentais cuja reparação exige a adoção de medidas estruturais, sem impor nenhuma prescrição concreta orientada a remediar a situação, deixando a cargo das entidades responsáveis a adoção das ações que considerem adequadas para alcançar dito fim. Até uma postura judicial prescritiva, em que o detalhamento das ordens de implementação das medidas estruturais pode se dar de forma unilateral ou dialógica.⁴³⁷

Afirma o autor colombiano, no entanto, que o enfoque das intervenções estruturais deve promover um grau mínimo de ingerência do Poder Judiciário nas esferas de competência dos órgãos representativos. E, em congruência com a postura que aqui se defende, assevera ele que o modelo ideal para conseguir uma alta legitimidade democrática se encontra nas sentenças dialógicas, que possibilitam o restabelecimento dos direitos infringidos por meio da recuperação da capacidade institucional das autoridades responsáveis.⁴³⁸

No mesmo diapasão, entende Beltrán que outro critério a ser aferido para atestar a legitimidade das sentenças estruturais seria a restrição do número de autoridades judiciais que podem realizar esse tipo de intervenção, aproximando-se da concepção estrita defendida pelos autores brasileiros incluídos no primeiro grupo anteriormente mencionado. Neste sentido, pontua o autor que somente os órgãos de cúpula da jurisdição constitucional, cuja missão consiste em assegurar a integridade e a supremacia da Constituição e cujos membros são escolhidos normalmente através de procedimentos semidemocráticos, se encontrariam em condições de fazer frente à objeção contramajoritária no caso específico dos litígios estruturais. Destarte, a patente ausência de legitimidade democrática dos juízos de instâncias inferiores para o escrutínio das políticas públicas resultaria na limitação da sua atuação apenas à garantia da proteção efetiva dos direitos individuais cuja tutela é solicitada no caso concreto.⁴³⁹

Neste ponto, no entanto, verificam-se duas inconsistências na posição do autor colombiano. Em primeiro lugar, tendo em vista que ele toma como base para a construção da sua tese casos de litígios estruturais também no contexto estadunidense, onde – como visto na seção 2 do presente trabalho –, embora o *leading case* tenha sido *Brown vs. Board of*

⁴³⁷ BELTRÁN, Andrés M. Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*. Tese aprovada no Doutorado em Direito e Ciência Política da Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016, p. 38-60.

⁴³⁸ *Ibid*, p. 161-162.

⁴³⁹ *Ibid*, p. 159-160.

Education e o pano de fundo para o desenvolvimento de uma nova racionalidade judicial tenha sido o papel contramajoritário da Suprema Corte, as inúmeras reformas estruturais que se seguiram em relação a outras instituições que operavam de forma a violar a Constituição tomaram forma na seara de competência das cortes federais distritais.

E, em segundo lugar, levando em conta que o autor faz alusão ao desenvolvimento do *amparo estructural* nos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, no segundo capítulo do seu trabalho. Afirma Béltran que embora essas decisões não possam ser analisadas sob a mesma perspectiva daquelas sentenças estruturais proferidas pelos tribunais nacionais, esse fenômeno demonstra que a intervenção dos juízes em âmbitos anteriormente reservados às autoridades representativas tornou-se algo corriqueiro.⁴⁴⁰ E, especificamente em relação ao Sistema Interamericana de Direitos Humanos, destaca ele o papel ativo que a respectiva Corte vem assumindo na solução de controvérsias de ordem política que interferem no exercício dos direitos humanos, convertendo-se em uma verdadeira “*hacedora de políticas públicas*”.⁴⁴¹

Ora, se o argumento do autor acerca da falta de legitimidade dos juízos inferiores para a promoção de reformas estruturais gira em torno da ausência de credenciais democráticas, o que dizer sobre essa nova forma de atuação das cortes internacionais, que não fazem parte de um sistema clássico de separação de poderes e têm outras fontes normativas, que não a teoria democrática, como fundamento da sua legitimação?

De fato, em numerosas oportunidades a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem ordenado a implementação de políticas públicas, por meio de ordens estruturais, com o fim de garantir o gozo efetivo dos direitos consagrados no *Pacto de San José da Costa Rica*, desempenhando um novo papel que vai além do seu mandato original de interpretar as normas de direitos humanos e definir a sua aplicação aos casos concretos. Isso porque, como explica Alexandra Huneus, a partir dos anos 2000 essa Corte passou a desenvolver um sistema de revisão judicial que enfatiza “*the leadership of judges alongside active participation by victims and the non-governmental organization that represent them*”⁴⁴² em demandas envolvendo reformas estruturais em Estados com déficit democrático e institucional. Segundo a autora, com a virada do milênio as decisões desse tribunal internacional abandonaram o modelo declaratório e começaram a ordenar não apenas remédios destinados a compensar as vítimas, mas também garantias de não repetição a fim de promover uma mudança na estrutura do Estado, para que a situação que originou a violação de direitos humanos não voltasse a

⁴⁴⁰ *Ibid*, 87-88.

⁴⁴¹ *Ibid*, p. 104.

⁴⁴² HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, *Yale Journal of International Law*, vol 40:1, 2015, p. 05.

ocorrer. Nesse intuito, a Corte passou a emitir medidas judiciais que explicitamente demandam reformas em políticas governamentais e instituições disfuncionais, como prisões, hospitais psiquiátricos, centros de detenção juvenil e de imigrantes, passando a supervisionar a sua implementação.⁴⁴³

Desde então, adotando também uma forma de intervenção experimentalista e dialógica na fase pós-julgamento desses casos contenciosos⁴⁴⁴, a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a monitorar a execução da decisão por meio de *compliance reports*, formulados pelo Estado parte e acrescidos de informações prestadas pelas vítimas ou organização que as representem e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como mediante *closed hearings*, que contam com a participação das partes, num diálogo contínuo a fim de alcançar superação do quadro de desconformidade institucional^{445.446}. Nessas audiências, consoante ressalta Huneus:

*the judges play a role not of adjudication or policymaking but of mediators counseling the parties toward agreement. In these sessions, the judges leave the bench to sit around a table with the parties and, over the course of the session, guide them towards a shared plan of action, which then becomes the guide for subsequent supervisions, and the subject of court enforcement.*⁴⁴⁷

Ao que se vê, seja no contexto das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, seja no âmbito das jurisdições nacionais de primeira ou última instância, é o processo que conta com a abertura ao diálogo e à deliberação que caracteriza e legitima esses remédios judiciais extraordinários, que ao invés de buscar a reparação dos direitos subjetivos infringidos, se ocupam do conteúdo das políticas públicas dirigidas a eliminar as causas estruturais do mau funcionamento de instituições relevantes, que ameaçam direitos fundamentais de um número considerável de pessoas. Com efeito, a pergunta relevante em relação a direitos que implicam cargas prestacionais significativas para o Estado não é se o direito deve ser ou não ser protegido por essa ou aquela jurisdição, mas sim em que condições deve o juiz intervir e como deve se materializar a sua intervenção. A transformação da realidade política e social

⁴⁴³ *Ibid*, p. 8-10.

⁴⁴⁴ A Corte também tem realizado o monitoramento do cumprimento das suas ordens no âmbito da sua função não contenciosa de ditar medidas provisórias de proteção necessárias para evitar danos imediatos e irreparáveis às pessoas, especialmente em casos que possuem dimensão estrutural, como os que se referem ao tratamento dos detentos em sistemas prisionais dos Estados signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, *Yale Journal of International Law*, vol 40:1, 2015, p. 26, nota 114).

⁴⁴⁵ Cumpre esclarecer que a pesquisa realizada por Alexandra Huneus identificou 55 (cinquenta e cinco) casos de reforma estrutural na Corte Interamericana de Direitos Humanos até 2013, dentre os quais a autora escolheu *Comunidad Moiwana v. Suriname* (2005) para utilizar como exemplo da atuação do tribunal nesse tipo de litígio (*Ibid*, p. 26).

⁴⁴⁶ *Ibid*, p 25-30.

⁴⁴⁷ *Ibid*, p. 31.

por meio de reformas estruturais tem o condão de criar as condições necessárias para o funcionamento da democracia, quando a realização progressiva de direitos fundamentais visa assegurar as condições materiais necessárias para que os cidadãos tenham um mínimo de igualdade a fim de exercer a sua garantia de liberdade individual.

Assim, em que pese o posicionamento dos autores inseridos no primeiro grupo mencionado no início do presente subitem, no sentido da centralização dos litígios estruturais na jurisdição constitucional do STF, nada obsta o reconhecimento deste tipo de demanda judicial nas esferas de competência dos juízos inferiores, aos quais também se atribui o controle de políticas públicas no Brasil. Isso porque o ordenamento jurídico do país dispõe de um sistema processual coletivo regulamentado e bastante amplo para a resolução de litígios que não derivam de relações jurídicas individualizadas,⁴⁴⁸ inclusive aqueles que envolvem o funcionamento de instituições públicas ou privadas, de competência dos juízos federais e estaduais. Reconhecida a existência de um litígio do tipo estrutural, o que vai efetivamente fazer a diferença é a adoção ou não de um modelo de gestão processual ativa e dialógica, que se distancia da tradicional abordagem *top-down* e com virtudes passivas na fase de execução do julgado.

Neste passo, merece destaque a obra do doutrinador brasileiro Edilson Vitorelli que, inserindo-se no segundo grupo, propõe uma teoria do devido processo legal coletivo para o Brasil, que toma por base a classificação do litígio empiricamente verificado, considerando a sua complexidade⁴⁴⁹ e a sua conflituosidade⁴⁵⁰ – e não a categorização dos direitos (ou das

⁴⁴⁸ Existe no Brasil o chamado “microsistema processual coletivo”, que congrega uma combinação de diversos institutos legais que regulam as ações coletivas e seus efeitos, como a Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), a Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e o Código de Defesa do Consumidor de 1990, aplicando-se o regramento de uma legislação no procedimento de outra, se esta não disser o contrário. Esse microsistema processual coletivo tem como função a proteção dos direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*) e individuais homogêneos (que mesmo sendo individuais, podem ser tutelados coletivamente). Além disso, há na Constituição Federal a previsão do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção coletivo. Com exceção da Ação Popular, que pode ser impetrada por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos, as demais ações coletivas são interpostas por meio de representantes. São legitimados para propor a ação coletiva, conforme leciona o artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor: “o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”. A Lei 11.448/2007 passou a permitir expressamente também à Defensoria Pública propor ações coletivas.

⁴⁴⁹ O autor considera a complexidade como a primeira variável que indica as possibilidades de tutela adequada de um direito. Assim, quando a solução dos litígios coletivos é de fácil delimitação, ou seja, a pretensão é unívoca e de fácil apreensão pelo legitimado coletivo, acarretando uma decisão fácil para o juiz, trata-se de um litígio coletivo simples. Por outro lado, quando nem a pretensão nem a tutela jurisdicional a ser prestada podem ser definidas de modo fácil ou unívoco pelos envolvidos, havendo a possibilidade de que a tutela jurisdicional se revista de múltiplas formas, sem restar claro, *ex ante*, qual, dentre as possibilidades, é a mais eficaz para a reparação ou prevenção da lesão ao bem jurídico, se está diante de um litígio coletivo complexo (VITORELLI,

pretensões) em abstrato⁴⁵¹ como comumente é feito pela doutrina –, incluindo os litígios estruturais no agrupamento que denomina de “litígios transindividuais de difusão irradiada”⁴⁵².

4.3 LITÍGIOS IRRADIADOS DE REFORMA ESTRUTURAL E O *MANAGERIAL JUDGING* TRADUZIDO EM “*TOWN MEETINGS*”: PERSPECTIVAS PARA UMA NOVA RACIONALIDADE PROCEDIMENTAL E O (NOVO) PAPEL DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Segundo Vitorelli, a partir da análise dos indicadores de complexidade e conflituosidade dos litígios coletivos, esses podem ser classificados em três distintas categorias: litígios globais, litígios locais e litígios irradiados. Os litígios coletivos globais são aqueles que atingem a sociedade como um todo, mas nenhum de seus integrantes em particular. Detêm baixa conflituosidade, pois as pessoas que compõem a sociedade titular do direito são atingidas pela lesão de modo uniforme e pouco perceptível individualmente (por exemplo, um vazamento de óleo, em quantidade relativamente pequena, em uma perfuração profunda, no meio do oceano, que não atinge diretamente qualquer pessoa). Já a complexidade pode ser alta ou baixa, dependendo das características da lesão.

Os litígios coletivos locais se referem às lesões que atingem de modo específico e grave, pessoas que integram uma sociedade altamente coesa, unida por laços identitários de solidariedade social, emocional e territorial (por exemplo, litígios ambientais relacionados a terras indígenas), bem como as situações em que os integrantes do grupo compartilham um laço de solidariedade mais tênue, decorrente de se colocarem na mesma perspectiva social

Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 23-25).

⁴⁵⁰ A conflituosidade é a segunda variável para se indicar a classificação de um litígio coletivo segundo Vitorelli, referindo-se ao grau de dissenso existente entre os integrantes da sociedade titular do direito litigioso, que pode ser baixo, médio ou alto. Pontua o autor que dentro do grupo social titular do direito podem existir subgrupos que apresentem pretensões total ou parcialmente antagônicas para a tutela do mesmo direito material violado, não sendo viável uma concepção uniformizadora dos grupos, que elimine as divergências que lhes são inerentes (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.26).

⁴⁵¹ Como usualmente faz o microsistema processual coletivo brasileiro, na esteira do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, que categoriza os direitos passíveis de tutela coletiva em difusos, coletivos e individuais homogêneos, da seguinte forma:

“Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

⁴⁵² VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 88.

(por exemplo, litígios coletivos relativos ao direito do trabalho, atinentes a vítimas de um mesmo acidente, relativos aos tratamentos de saúde disponíveis para pessoas portadoras da mesma doença e que envolvem minorias sociais em geral, tal como as minorias raciais). A conflituosidade aqui pode ser média ou alta, a depender das divergências internas do grupo e a complexidade também pode variar.⁴⁵³

Nos litígios coletivos irradiados, por sua vez, há alta complexidade e conflituosidade, já que “a lesão afeta, de modo desigual e variável, tanto em intensidade, quanto em natureza, uma sociedade que se subdivide em vários subgrupos”⁴⁵⁴. Destarte, grupos de pessoas diferentes são atingidos de formas distintas, com maior ou menor intensidade, o que gera pretensões de tutela distintas e variadas, muitas vezes antagônicas, total ou parcialmente.⁴⁵⁵ Nesses casos, como explica Vitorelli:

Não há identidade de perspectivas entre os membros da sociedade, sobre quem os impactos da conduta são distribuídos desigualmente. Uma parcela desses indivíduos pode ter sofrido efeitos de grande relevância, com potencial para provocar significativas alterações em suas vidas, enquanto outros serão menos afetados. Além disso, a gama de possibilidades de tutela do direito violado, que impede a análise dual lícito-ilícito, faz com que haja múltiplas polaridades na controvérsia e variados interesses em jogo.⁴⁵⁶

Os litígios estruturais fazem parte dessa última categoria tendo em vista que a alteração do funcionamento de instituições de grande porte para a promoção de valores públicos relevantes envolve um vasto grupo de pessoas, afetadas de modos distintos pela controvérsia, com visões diferentes sobre como ela deveria ser solucionada e, portanto, com interesses diversos, a serem representados no processo⁴⁵⁷.⁴⁵⁸

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 79-88.

⁴⁵⁴ 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, 2017, p. 374.

⁴⁵⁵ Como explica Vitorelli, essa categoria de litígios coletivos dá lugar a um conceito de direitos transindividuais diferente, desvinculado da ideia de indivisibilidade. Nessa perspectiva, direitos transindividuais de difusão irradiada “são aqueles pertencentes a uma sociedade elástica, composta por pessoas que efetivamente experimentam os efeitos concretos da violação, as quais o titularizam na proporção em que foram atingidas” (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 95).

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 97.

⁴⁵⁷ Cumpre mencionar que o Vitorelli apresenta também em seu livro uma Teoria geral para o processo representativo, com o intuito de superar a concepção de que a representação, no processo coletivo brasileiro, se relaciona com a substituição processual, pensada para o contexto do processo individual. Isso porque o processo coletivo brasileiro optou por atribuir a condição de representante coletivo a pessoas que não têm interesse direto na solução do conflito, não havendo interesse coincidente entre o representante e os representados. E, essa modalidade representativa legalmente instituída não significa atribuir completa liberdade de ação ao representante, já que existe o direito de participação dos representados (mesmo em processos representativos), o que exige que a representação seja considerada, por todos os envolvidos, como uma relação em constante reconstrução, com momentos dialógicos e avaliativos. Nesse sentido, entende o autor que: “uma teoria geral dos processos representativos considera compatível com a Constituição um processo em que a representação não seja um mecanismo de exclusão dos representados, mas proporcione a obtenção de tutela efetiva dos direitos

É o modo de operacionalização de uma estrutura burocrática que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem a esse tipo de litígio coletivo que, na concepção do autor, também pode ser resultado do comportamento de estruturas privadas de interesse público, como aquelas que operam de forma complementar ou associada à função estatal, bem como de estruturas integralmente privadas, “mas que são essenciais para o mercado e a sociedade que a circundam, não podendo ser apenas eliminadas e substituídas por outras, segundo as regras do livre mercado.”⁴⁵⁹ Por certo, contam os direitos fundamentais com eficácia vertical e horizontal, vinculando tanto os Poderes Públicos quanto os particulares na tarefa de garanti-los.⁴⁶⁰ Nesse sentido, sintetiza o autor brasileiro ser o litígio estrutural “um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada, e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura”⁴⁶¹.

Quando essa reestruturação for buscada pela via judicial, o processo apropriado para a tutela dos direitos materiais violados detém particularidades que o caracterizam como estrutural (processo estrutural). Contudo, como enfatiza Vitorelli, a técnica processual tradicional extraída do ordenamento jurídico brasileiro a fim de permitir a tutela jurisdicional dos direitos afetados por litígios coletivos em geral não é adequada para a resolução dessas

materiais violados, restringindo a participação apenas na medida necessária para tanto. Cabe ao representante promover momentos de participação no decorrer da atividade representativa, nos quais os representados são chamados a avaliar prospectiva e retrospectivamente as ações do representante em relação ao processo, bem como debater entre si e com ele os resultados e objetivos desejáveis” (*Ibid*, p. 250-271; 266). Sobre o tema, ver também: ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 423-448.

⁴⁵⁸ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p 536.

⁴⁵⁹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, vol. 284/2018, Out / 2018, p. 339.

⁴⁶⁰ Sobre o tema ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 52-74. Cabe apontar que também na Colômbia é reconhecida a possibilidade de sentenças estruturais em face de instituições burocráticas privadas, como aconteceu na *Sentencia* T-595/2002, proferida com o objetivo de proteger os direitos de igualdade e liberdade de locomoção de cadeirantes que utilizavam o serviço de transporte público de Bogotá, fornecido por uma empresa privada (*Transmilenio S. A.*). Neste caso a Corte ordenou à empresa administradora do sistema o desenho de um plano orientado a garantir o acesso dos demandantes ao sistema de transporte público básico da cidade, sem ter que suportar limitações que suponham cargas excessivas, e que uma vez desenhado o plano se inicie imediatamente o processo de execução, em conformidade com o cronograma nele incluído. Além disso, ordenou à mesma empresa que fornecesse informações periódicas aos demandantes e à *Asociación Colombiana para el Desarrollo de las Personas con Discapacidad* sobre o desenvolvimento do referido plano, a fim de que pudessem participar das fases de desenho, execução e avaliação do mesmo (Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-595-02.htm>. Acesso em 11/12/2019).

⁴⁶¹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, vol. 284/2018, Out / 2018, p. 340.

demandas, marcadas pela fluidez e mutabilidade que a realidade complexa e multifacetada em que se inserem as impinge.⁴⁶²

Tanto é assim que se encontra em andamento na Câmara dos Deputados⁴⁶³ uma proposta legislativa para instituir “o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”, a fim de regulamentar o processo a ser empregado em litígios do tipo estrutural (ou coletivos irradiados) no sistema brasileiro. Consoante se extrai da sua Justificação,⁴⁶⁴ o Projeto de Lei (PL) 8.058/2014, apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira, é resultado de um trabalho em conjunto iniciado em 2010 pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e pelo Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), que também contou com a participação de outras instituições de ensino superior,⁴⁶⁵ do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e da Assembleia Legislativa, do Judiciário e do Ministério Público deste Estado, para o desenho um novo modelo procedimental adequado à tutela jurisdicional dos denominados “conflitos de ordem pública”, tradução de *public law litigation*, que como foi exposto na primeira sessão da presente tese, também são identificados como *structural law litigation*.

Com esse escopo e tomando como norte as experiências de tribunais da Argentina, da Colômbia e dos Estados Unidos, o PL traz a previsão de um processo com cognição e contraditório ampliados, de natureza dialogal e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade e uma fase de execução supervisionada e flexível, para a efetividade do comando judicial.⁴⁶⁶ Ademais, afirma a competência da justiça ordinária, estadual ou

⁴⁶² *Id.* Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 401-408. VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 579-581.

⁴⁶³ PL 8.058/2014, apresentado em 04/11/2014, encontra-se na Comissão de Finanças de Tributação da Câmara dos Deputados desde abril de 2019.

⁴⁶⁴ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=Tramitacao-PL+8058/2014. Acesso em 10/11/2019.

⁴⁶⁵ Mencione-se aqui a Faculdade de Direito de Vitória (ES), a Universidade de Itaúna (MG) e a Universidade Lomas de Zamora, em Buenos Aires, Argentina.

⁴⁶⁶ “Art. 2º (...)

Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características:

- I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
- II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
- III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
- IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
- V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;

federal para esse tipo de controle judicial de cunho coletivo de políticas públicas, ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais.⁴⁶⁷ E, objetivando a prolação de uma decisão equânime e exequível, determina o PL 8.058/2014 a reunião dos vários processos em primeiro grau ou em grau de recurso, que versem sobre pedidos de implementação e correção de políticas públicas, relativos ao mesmo ente político e que tramitem em diversos juízos, para julgamento conjunto.⁴⁶⁸ Por fim, tendo em vista a complexidade e a consequente demanda de tempo e dedicação dos juízes, inerentes a esse tipo de litígio, dispõe o Projeto sobre a possibilidade de criação de varas especializadas.⁴⁶⁹

Contudo, embora contenha dispositivos interessantes e condizentes com a regulamentação de um processo estrutural no país, o PL não absorve por completo os elementos que ensejaram o êxito nas experiências do direito comparado que toma por base, passando ao largo da delimitação de uma abordagem judicial catalisadora deliberativa, que tem o real potencial para lidar com as causas da estagnação organizacional e promover o desbloqueio político e institucional, gerando maiores resultados nesse tipo de controle jurisdicional de políticas públicas. Nesse sentido, peca o Projeto no que se refere à promoção da efetiva participação de todos os potenciais afetados pela alteração que se pretende realizar (desde os usuários até os agentes estratégicos da instituição-ré), a fim de possibilitar a

VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;

VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;

VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;

IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis;

X – que flexibilizem o cumprimento das decisões;

XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.”

⁴⁶⁷ “Art. 3º. É competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ação coletiva proposta por legitimado estabelecido pela legislação pertinente, ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais.

Parágrafo único. Para a implementação ou correção de política pública é admissível qualquer espécie de ação ou provimento.”

⁴⁶⁸ *In verbis*:

“Art. 23. Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político tramitarem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível.

(...)

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.”

⁴⁶⁹ *In verbis*:

“Art. 31. No prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado a partir da entrada em vigor desta lei, os tribunais federais criarão, e os estaduais poderão criar varas especializadas para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas”.

deliberação entre as partes interessadas e a transparência, inerentes ao método experimentalista que norteia a efetiva desestabilização das instituições em mau funcionamento que dão origem a litígios estruturais.

Embora a proposição legislativa faça menção à possibilidade de o juiz ou a autoridade responsável pela execução da política pública servirem-se de assessores técnicos especializados,⁴⁷⁰ não se preocupa com a participação de funcionários que não pertencem ao alto escalão da instituição-ré, mas são responsáveis diretamente pela operacionalização da política pública e cuja atuação pode determinar o sucesso ou não da reforma estrutural, já que estão mais próximos das causas e possuem informações privilegiadas para encontrar soluções.⁴⁷¹ Além disso, não obstante haja disposições genéricas sobre a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* e de designação de Audiências Públicas,⁴⁷² a efetiva participação de representantes da sociedade civil no planejamento e avaliação das ações a serem tomadas ao longo da implementação da reforma estrutural está condicionada a critérios de possibilidade e adequação, a serem aferidos pelo juiz.⁴⁷³

Com efeito, um dos maiores desafios para o processo coletivo estrutural brasileiro é a abertura do Poder Judiciários ao diálogo e à deliberação, por meio da introdução de

⁴⁷⁰ “Art. 8º (...)

§ 1º Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir-se de assessores técnicos especializados.

§ 2º O juiz poderá utilizar técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consulta a órgãos e instituições do ramo (parágrafo único do art. 28).

(...)

Art. 28 (...)

Parágrafo único. Cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissão de especialistas destinada a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.”

⁴⁷¹ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 856-857.

⁴⁷² “Art. 9º. Se considerar as informações insuficientes, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor ou do Ministério Público, quando este não for autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

Art. 10. Caso tenha por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

Parágrafo único. Admite-se na fase preliminar e no processo judicial a intervenção de *amicus curiae*, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente”.

⁴⁷³ “Art. 18. Se for o caso, na decisão o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em:

I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

(...)

§ 2º O planejamento será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.”

mecanismos efetivamente participativos, bem diferentes da atual configuração das Audiências Públicas, previstas como expediente meramente informativo, no qual os julgadores buscam esclarecer dúvidas ou ouvir a opinião de especialistas na matéria *sub judice*.⁴⁷⁴ Na forma como tem sido regulamentada e na maioria das vezes concretizada atualmente, esse tipo de audiência jurisdicional serve apenas para a arrecadação de informações técnicas ou científicas indispensáveis para a tomada de decisão,⁴⁷⁵ não sendo possibilitada a oitiva e o debate com os potenciais afetados, mesmo que por meio de representantes.

Neste passo, especificamente no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, no qual pioneiramente teve início esse modelo de audiência no âmbito jurisdicional, cabe trazer à baila a pesquisa realizada por Miguel Gualano de Godoy^{476,477} em sua recente tese de doutoramento, a partir da análise detalhada de todos os casos definitivamente julgados pelo STF até 2015, em que houve Audiências Públicas⁴⁷⁸, a fim de aferir se estas, juntamente com os *amici curiae* (quando aceitos em conjunto), estão sendo encaradas como instrumentos de abertura ao diálogo e à participação popular. Para tanto, utilizou-se da comparação entre as razões e argumentos expostos nas audiências públicas e pelos respectivos *amici curiae*, e as razões e argumentos dos votos dos Ministros do STF.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ Cf. nota 381.

⁴⁷⁵ Cumpre mencionar que no Brasil as Audiências Públicas também são realizadas nos outros Poderes e no Ministério Público, estando previstas em diversas legislações, como: Lei no 8.666/93, relativa às licitações e aos contratos da Administração Pública, Lei no 9.784/99, relativa ao processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, Lei Orgânica do Ministério Público (Lei no 8.625/93), Lei no 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, Lei no 9.478/97, que dispõe sobre a política energética nacional, e na Lei no 10.257/01, o Estatuto da Terra. As Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) no 1/86 e no 9/87. Por fim, nos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados Federais e do Senado Federal. E, consoante explica Carolina Elisa Suptitz, diferentemente do que acontece no âmbito jurisdicional, as audiências públicas previstas nessas legislações de fato possibilitam um maior contato com a comunidade, atendendo às seguintes finalidades: “a) dar publicidade a determinada questão; b) possibilitar um maior controle da comunidade com relação à conformação de ato público; c) informar a comunidade sobre aspectos essenciais de um assunto; e d) colher informações da comunidade de modo a instruir a tomada de um posicionamento ou de uma decisão por parte do órgão público”(SUPTITZ, Carolina Elisa. *O Instrumento Jurisdicional da Audiência Pública e os Movimentos de Sincronia e Anacronia com relação à Comunidade Contemporânea*. Dissertação de Mestrado aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008, p. 30-33).

⁴⁷⁶ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 193-201.

⁴⁷⁷ A pesquisa do autor já serviu como embasamento para outro trabalho da presente autora, em co-autoria, cujo alguns trechos são aqui reproduzidos (ver: KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca M. S.. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: Ativismo Dialógico e Democratização do Controle de Constitucionalidade no Brasil”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 53, jul/dez 2018, p. 148-181).

⁴⁷⁸ O universo da pesquisa abarcou os casos da Lei de Biossegurança (ADI 3.510), Importação de Pneus Usados (ADPF 101), Interrupção da Gestação de Feto Anencefálico (ADPF 54), Saúde/Concessão de Medicamentos (STA 36, STA 175, STA 211, STA 278, SS 2.361, SS 2.944, SS 3.345, SS 3.355, SL 47 e SL 64) e Cotas (ADPF 189 e REx 597.285).

⁴⁷⁹ Na avaliação dessa comparação, utilizou-se o autor de dois critérios, um objetivo e outro subjetivo. O primeiro, a partir da verificação de referências expressas às audiências públicas e aos *amici curiae* na

A partir dos resultados obtidos, o autor verificou que em todos os casos a grande maioria dos Ministros valeu-se, expressamente ou não, das razões e dos argumentos expostos em audiência pública ou pelos *amici curiae*, demonstrando que a participação da sociedade civil e de outros atores políticos por meio desses instrumentos processuais efetivamente influencia as decisões da Corte. Para Godoy, restou demonstrada “a efetiva permeabilidade do Supremo Tribunal Federal à participação de pessoas e instituições que se somam à análise dos casos sob julgamento”⁴⁸⁰.

Não obstante, consoante conclui Godoy, tanto a forma de utilização desses instrumentos, como a performance deliberativa do STF, precisa ser aperfeiçoada em prol de uma “abertura democrático-deliberativa e dialógica”⁴⁸¹. Primeiro, porque a escolha das pessoas com notória experiência e autoridade no assunto que participarão das audiências públicas é um ato discricionário do Ministro Relator, assim como a decisão acerca dos requerimentos de participação apresentados por iniciativa própria de especialistas nos assuntos trazidos à baila.⁴⁸² Segundo, porque esse instituto tem sido somente palco para a exposição de diferentes posições em relação ao caso, a fim de dar complementação informativa aos Ministros, o que não tem permitido que as Audiências Públicas “sejam efetivo espaço de deliberação, com a apresentação, troca e debate de informações e argumentos”⁴⁸³.

De outro turno, analisando as 19 audiências públicas realizadas pelo STF até outubro de 2016⁴⁸⁴, com o objetivo de identificar as funções que lhes são dadas na prática tanto pelo

fundamentação dos votos dos Ministros. O segundo, a partir da análise se na fundamentação desses votos há a invocação de razões e argumentos iguais ou semelhantes àqueles apresentados nas audiências públicas e pelo *amici curiae*, ainda que inexistente referência expressa a eles, para o embasamento das decisões.

⁴⁸⁰ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 202.

⁴⁸¹ *Ibid*, p. 203.

⁴⁸² Conforme se depreende do Regimento Interno do STF:

Art. 21. São atribuições do Relator:

(...)

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria.

⁴⁸³ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 204.

⁴⁸⁴ Além dos casos citados na nota 83, os que envolveram a Lei Seca - Proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias (ADI 4.103), a Proibição do uso de amianto (ADI 3.937), o Novo Marco regulatório da TV por assinatura (ADI 4.679, ADI 4.756 e ADI 4.747), a questão do Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia (RE 627.189), as Queimadas em Canaviais (RE 586.224), o Regime Prisional (RE 641.320), o Financiamento de campanhas eleitorais (ADI 4650), as Biografias não autorizadas (ADI 4.815),

Tribunal, quanto pelos atores sociais que delas participam, Livia Gil Guimarães, conclui que da forma como estão estruturadas, essas audiências não possuem um desenho apto a promover um incremento na capacidade deliberativa da corte. Isso porque a pesquisa desenvolvida pela autora demonstrou que as audiências públicas realizadas no STF parecem exercer três funções principais:

- (i) para instruir o processo por meio da produção de informações; (ii) como espaço para o comportamento estratégico dos atores envolvidos: atores e atrizes sociais buscam realizar lobby frente aos julgadores tomadores de decisão, enquanto ministros mapeiam os grupos de interesse que gostariam de ouvir e; (iii) como um instrumento de natureza autolegitimadora, por meio do qual os ministros encenam um papel de abertura e diálogo social, para ‘ganhar a confiança do povo’ e fortalecer a sua autoridade na tomada de decisões.⁴⁸⁵

Segundo Guimarães, a natureza discricionária do ato convocatório das audiências públicas, que na prática é realizado por meio da expedição de convites por parte da relatoria ou por meio de exclusiva indicação feita por *amici curiae* (os quais os ministros relatores deferiram ou não em momento anterior), somada à falta de transparência nos critérios de seleção daqueles que serão ou não habilitados a expor seus argumentos e contribuir ao debate, representam entraves à acessibilidade e portanto à ampla possibilidade de participação social. Diante desse quadro, além da possibilidade de os ministros escolherem os grupos de interesse ou os indivíduos que eles querem ouvir, sem precisar justificar essa seleção, a desigualdade nos mecanismos de acesso e admissão também impede a construção de um espaço deliberativo, atribuindo voz a alguns argumentos em detrimento de outros, num espaço de *lobby*⁴⁸⁶ dentro do Poder Judiciário e não de livre circulação de ideias.⁴⁸⁷

o Programa “Mais Médicos”(ADI 5037 e ADI 5035), os Direitos autorais no Brasil (ADI 5.062 e ADI 5.065), a Internação hospitalar com diferença de classe no SUS (RE 581.488), o Ensino Religioso em escolas públicas (ADI 4.439), o Depósito Judicial (ADI 5.072) e o Novo Código Florestal (ADI 4.901, ADI 4.902, ADI 4.903 e ADI 4.937).

⁴⁸⁵ GUIMARÃES, Livia Gil. *Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso, prática e lobby*. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2017, p. 29.

⁴⁸⁶ Em seu trabalho Guimarães define lobby como a defesa de interesses junto a membros do poder público que podem tomar decisões políticas. Pontua a autora que, em relação ao lobby exercido no Executivo e Legislativo, aquele exercido no poder Judiciário tende a ser mais contido. Isso porque as regras e o desenho institucional deste poder impõem que as interações sejam mais formalizadas, já que a atuação dos grupos de interesse se dá de maneira mais regulamentada, especialmente no STF, em que a própria porta de entrada para este espaço é formalizada por meio de regras e procedimentos previstos em normas ou procedimentos internos. Como destaca a autora, as principais formas de realização de lobby no Judiciário são: “(i) patrocínio de casos testes (via legitimados do art. 103 da CF para casos do controle concentrado ou fomentando a parte legítima do litígio no controle de casos concretos); (ii) apresentação de *amicus curiae* (Leis 9.868/99 e 9.882/99 e RISTF) (iii) exposição em audiências públicas (Leis 9.868/99 e 9.882/99 e RISTF) ; (iv) reunião agendada com ministros ou ministras em seus gabinetes (procedimento interno ao Tribunal) e; (v) apresentação de memoriais e notas técnicas (procedimento interno ao Tribunal). Além desses principais mecanismos de atuação dos grupos de interesse, não se pode deixar de lado também a atuação, quando possível, como um terceiro interventor em um litígio, e, ainda, como especialista ao formular um parecer, por exemplo” (GUIMARÃES, Livia Gil. *Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso, prática e lobby*. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2017, p. 13-14).

As Audiências Públicas “refletem, incorporam e personificam a judicialização da política”⁴⁸⁸, devendo se converter em uma arena de disputas de argumentos em torno dos significados constitucionais e de efetiva participação social, a fim de se entender por legítima a intervenção judicial que assume os contornos de um processo legislativo ou administrativo, atrelado às circunstâncias fáticas e não à norma abstrata. Nesse sentido, no que concerne a litígios irradiados de reforma estrutural, tomando por base a experiência norte-americana, Vitorelli propõe como estratégia viável para o processo civil brasileiro a transformação dessas audiências judiciais em “*town meetings*”, termo cunhado por Stephen Yeazell em 1977, ao descrever o modelo de intervenção judicial empregado pela corte federal distrital de *downtown Los Angeles* para a reforma estrutural nas escolas a fim de promover a dessegregação racial.⁴⁸⁹

Tais audiências funcionariam como um estágio de consulta dos vários grupos e atores sociais envolvidos na demanda, acerca da solução que se pretende adotar, possibilitando ao juízo levar em conta todos os fatores que serão impactados pela sua decisão, consoante exige o perfil do conflito a ser decidido.⁴⁹⁰ Como explica Vitorelli:

O Juiz, nesse modelo, toma a frente da direção do processo, delimitando as questões relevantes e conduzindo a produção de provas, para fomentar ocasiões de diálogo ampliado com a sociedade impactada, nos moldes da atuação de órgãos administrativos ou legislativos. Realizam-se audiências e eventos públicos para permitir a participação direta e informal de uma ampla gama de interessados. (...) Os eventos podem servir para registrar insatisfações, verificar se a solução pretendida é razoavelmente factível, apontar falhas nas propostas ou indicar alternativas. Além disso, o modelo também permite que os fatos sejam constantemente reanalisados, já que os contextos dos litígios estruturais são, por natureza, mutáveis.⁴⁹¹

Essa forma de *managerial judging* também identificada por Susan Sturm na *Prision Reform Litigation* estadunidense, como visto na seção 2 da presente tese, embasou a teoria acerca da *experimentalist regulation* lançada por Charles Sabel e William Simon em 2004, que posteriormente veio a influenciar a proposta do ativismo dialógico para a resolução de litígios estruturais, desenvolvida por César Garavito com base nas experiências do constitucionalismo transformador colombiano e sul-africano, consoante o exposto na seção seguinte. De fato, não se mostra necessário trilhar um tortuoso caminho entre erros e acertos,

⁴⁸⁷ *Ibid*, p. 27-28.

⁴⁸⁸ *Ibid*, p.37.

⁴⁸⁹ YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. *UCLA Law Review*, vol. 25, 1977-1978.

⁴⁹⁰ 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, 2017, p. 398-399.

⁴⁹¹ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 546.

como fizeram esses países, para se chegar à conclusão de que os meios pelos quais o Poder Judiciário brasileiro pode colaborar para mudanças sociais efetivas perpassam por elementos de diálogo e colaboração, e não pela imposição de ordens construídas unilateralmente.

Alguns juízos brasileiros, inclusive, intuitivamente (ou não), têm utilizado esse tipo de abordagem em litígios estruturais, como no emblemático caso envolvendo o *déficit* de 150.000 vagas para crianças de zero a cinco anos em creches e pré-escolas no município de São Paulo.⁴⁹² Em sede de apelação interposta em uma Ação Civil Pública ajuizada em conjunto por diversas associações que compõem o Movimento Creche para Todos⁴⁹³, os desembargadores da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiram converter o julgamento do recurso em diligência e, diante da complexidade do tema,⁴⁹⁴

⁴⁹² Outro caso emblemático frequentemente citado pela doutrina brasileira é o das Ações Cíveis Públicas nº 0002012.48.2006.4.05.8100 e 0811930.91.2016.4.05.8100 - JFCE, interpostas pelo Ministério Público Federal (MPF) no Estado do Ceará, solicitando a regulação e regularização das filas de cirurgia de média e alta complexidade no Sistema Único de Saúde. A Justiça Federal determinou a realização de Audiências Públicas e reuniões negociais a fim de possibilitar que as diversas instituições envolvidas (Justiça Federal do Ceará, MPF, Defensoria Pública da União e do Estado, Prefeitura de Fortaleza, Governo do Estado, Advocacia-Geral da União, Procuradoria do Município de Fortaleza, Procuradoria do Estado do Ceará e Ministério da Saúde) discutissem e chegassem a uma solução em conjunto, que acabou resultando na elaboração do denominado “Sistema Integrado de Cirurgia”, que passou a possibilitar o gerenciamento e maior transparência na verificação das filas por parte dos cidadãos interessados, diminuindo o número de demandas judiciais. Com o sistema é possível, mediante login e senha ou CPF, consultar a sequência de pacientes que aguardam a fila de espera para realização de cirurgias nos principais hospitais do Estado. O acesso à ferramenta é viabilizado aos pacientes que estejam na fila e aos membros das Defensorias Públicas e Ministérios Públicos no Ceará. Cabe mencionar também a recente decisão do STJ no Recurso Especial 1733412/SP, referente à Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público de São Paulo para a melhoria de serviços prestados no Hospital Municipal Professor Alípio Corrêa Neto, solicitando providências acerca de 30 itens indicados na petição inicial, incluindo instalação de dispensadores de sabão líquido, fixação de telas e vidros, manutenções diversas, e alcançando a construção de entradas de emergência, preenchimento de quadro de médicos e fornecimento de medicamentos, com base em irregularidades apontadas por órgãos como a Vigilância Sanitária e o Conselho Regional de Medicina. O tribunal superior reconheceu versar o caso “sobre matéria típica dos chamados processos estruturais ou estruturantes (structural litigation)”, afirmando que o controle judicial de políticas públicas que dizem respeito a esse tipo de providência é plenamente admitido no sistema brasileiro, ainda que em caráter extraordinário, em especial quando as opções administrativas são antecipadas, limitadas e vinculadas pelo legislador. O STJ entendeu que o fato de o juízo local ter se limitado a afirmar genericamente a impossibilidade de intromissão do Judiciário na discricionariedade do administrador, sem análise detida dos pedidos ante as previsões legais, resulta em omissão sobre fundamentos fáticos de relevo, dando provimento ao recurso para que o feito retornasse à origem a fim de ser sanado esse vício, com a plena apreciação das providências pretendidas e como cada uma delas incorreria em indevida substituição da discricionariedade administrativa, que não estaria vinculada pela legislação elencada (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1733412 – SP (2017/0241253-0). Rel. Min. Og Fernandes, j. em 17.09.2019; DJe de 19.09.2019).

⁴⁹³ Conforme consta nos autos de Apelação Cível 2013.0000422689 – TJSP, figuram no polo ativo da demanda: a Ação Educativa Assessoria Pesquisa e Informação, o Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares, a Casa dos Meninos, o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP), Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jardim Emilio Carlos e Irene e Associação Comunidade Ativa de Vila Clara.

⁴⁹⁴ Mencione-se que a fundamentação do acórdão deixa clara a necessidade de uma reforma estrutural da rede de ensino municipal de São Paulo, no que se refere à educação infantil. Isso porque, só nos primeiros quatro meses do ano em que a decisão foi prolatada (2013), mais de 7.000 (sete mil) crianças haviam conseguido vagas e matrículas por força de decisões judiciais, o que demonstra o alastramento da judicialização do tema, através de ações individuais e coletivas. Contudo, as liminares concedidas determinando a inclusão de crianças nas filas de espera acabaram gerando transtornos à Administração e injustiças com aqueles que não puderam buscar a tutela

convocar Audiências Públicas para a oitiva das autoridades responsáveis pela educação infantil, bem como membros da sociedade que, como aponta o acórdão, “certamente muito poderão contribuir e esclarecer, tanto nos aspectos técnicos, científicos, políticos, administrativos, econômicos e jurídicos, como sobre soluções possíveis para se tentar resolver tão importante problema social”.⁴⁹⁵

A primeira Audiência Pública aconteceu nos dias 29 e 30 de agosto de 2013, seguida de uma audiência de conciliação no dia 02 de setembro, contando com a participação da Prefeitura de São Paulo e de um Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI) formado pelas organizações sociais envolvidas, a Defensoria Pública e o Ministério Público. Um dos pontos discutidos foi a necessidade do estabelecimento de metas para a criação das 143 mil vagas (127.361 para creche e 15.879 na pré-escola) que faltavam na rede municipal de educação. A prefeitura apresentou a estimativa de criar 150 mil vagas até 2016, mas não detalhou o programa e o desembargador relator do processo sugeriu um plano de ação, com metas e objetivos que foram modificados durante o debate, concedendo-se o prazo de 30 dias para a Municipalidade analisar a proposta antes de firmar um acordo. Em 03 de outubro as partes se reuniram na Secretaria de Educação e em novembro foi realizada uma nova audiência de conciliação no TJ-SP, mas não houve acordo. Destarte, com base em todas as informações coletadas e levando em consideração os objetivos e metas do Governo Municipal contidos no Plano Plurianual vigente à época, em dezembro de 2013 os desembargadores prolataram um acórdão ordenando que a Municipalidade criasse 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas da Capital para crianças de até 5 anos de idade, nos próximos três anos. Para tanto, os julgadores determinaram que fosse incluída na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino referente à educação infantil; que fosse apresentado ao Judiciário, no prazo de 60 (sessenta) dias, um plano de ampliação de vagas e construção de unidades de educação infantil; e que fossem apresentados semestralmente relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito de cumprimento da obrigação

jurisdicional, já que, dados oficiais de setembro de 2013 demonstravam que a lista de espera totalizava 171.555 crianças, sendo 156.982 aguardando vaga em creche e 14.573 em pré-escolas. Ademais, embora o Executivo Municipal tenha apresentado em Plano Plurianual um Programa de Metas para a criação das 150.000 (cento e cinquenta mil) vagas faltantes ao longo de 4 anos, essa ampliação deveria levar em conta os padrões básicos de qualidade estipulados pelo Ministério da Educação, o que implica a discussão em torno de onde criá-las e sobre a qualidade dos serviços a serem oferecidos. Tais parâmetros mínimos deveriam ser observados tanto na rede já existente como nas unidades que viessem a ser criadas e disponibilizadas, mas como demonstra a decisão judicial, havia a má gestão da política pública, tendo em vista que sequer os recursos adicionais do FUNDEB vinham sendo utilizados para a manutenção e desenvolvimento do ensino. Além disso, a Justiça do Trabalho havia determinado que a Municipalidade rompesse com todos os convênios existentes e que representavam parte substancial das vagas, o que agravava o problema, aumentando ainda mais o déficit de vagas.

⁴⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Seção de Direito Público. Apelação Cível 0150735-64.2008.8.26.0002. Rel. Des. Samuel Júnior.

imposta.

Além disso, quando do início da execução do julgado, por sugestão do GTIEI, foi instituído junto à Coordenadoria da Infância e da Juventude do TJ-SP, um Comitê Interinstitucional de Monitoramento,⁴⁹⁶ com a atribuição de avaliar o andamento das políticas públicas voltadas ao cumprimento da decisão e de oferecer informações ao Judiciário. A Coordenadoria, com a participação do Comitê, deveria produzir os relatórios semestrais a serem encaminhados aos juízes responsáveis pelo caso, além de ficar estabelecida a realização de reuniões periódicas com a participação do Secretário Municipal de Educação e de técnicos da Secretaria.

Terminado o prazo, a Prefeitura de São Paulo apresentou o relatório final da Secretaria Municipal de Educação (emitido em 19 de dezembro de 2016), em que constou que entre 2013 e 2016 a expansão foi de 106.743 novas matrículas e vagas na educação infantil, sendo 87.781 destinadas ao atendimento em creches e 18.972 à pré-escola. Diante dessa informação foi proposta a convocação de nova Audiência Pública e de uma reunião preparatória a fim de se traçar o cronograma desta. A reunião aconteceu em 27 de abril e a audiência em 1º de junho de 2017, contando com a presença e manifestação de representantes das associações autoras e da parte ré, além dos representantes do Comitê de Assessoramento para o cumprimento das obrigações impostas à Municipalidade, de um Conselheiro do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, dos especialistas convidados pelas partes⁴⁹⁷, da presidente da Comissão Especial de Direito à Educação e Informação da OAB, dos representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, bem como dos inscritos da sociedade⁴⁹⁸. Encerradas as participações, com a concordância de todos os presentes, restou estipulada uma data para uma nova audiência de tentativa de conciliação, em que as partes se comprometeram em apresentar uma proposta de acordo. No dia 1º de agosto de 2017 teve lugar essa audiência em que se chegou a um consenso, fixando-se o prazo de 28 dias para a elaboração de um plano nos moldes do que foi avençado entre as partes e a Municipalidade,

⁴⁹⁶ Denominado de Comitê de Assessoramento para o Monitoramento do Cumprimento das Obrigações Impostas à Municipalidade, foi formado por integrantes do Comitê de Assessoramento à Coordenadoria da Infância e da Juventude do TJSP, do Fórum Municipal de Educação Infantil, do Fórum Paulista de Educação Infantil, do Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo e do Núcleo de Estudos de Gênero, Raça e Idade.

⁴⁹⁷ Na qualidade de especialista foram convidados a falar a pesquisadora da Fundação Carlos Chagas, Maria Machado Malta Campos, a coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisa sobre Sociologia da Infância e Educação Infantil (GEPSEI), o economista e doutor em Políticas de Educação e Sistemas Educativos Sérgio Stoco e a coordenadora de Gestão da Secretaria Municipal de Educação, Karen Martins de Andrade.

⁴⁹⁸ Além das entidades convidadas, outros interessados puderam encaminhar por escrito as suas contribuições sobre o tema, por e-mail, solicitando a sua participação tanto na reunião preparatória quanto na audiência pública. E, nesta última, previamente inscritos por e-mail, 12 pessoas fizeram uso da palavra, entre juízes, educadores, professores e representantes de associações.

para a criação de 85.500 vagas até o final de 2020. Em 14 de setembro de 2017 realizou-se nova audiência para a apresentação e formalização do acordo, então homologado pela Câmara Especial do TJSP. Até novembro de 2019 já haviam sido criadas 55 mil vagas.⁴⁹⁹

Pode-se dizer que o tribunal paulista adotou uma abordagem catalisadora deliberativa, que se enquadra nos moldes do que Garavito descreveu como ativismo dialógico ao analisar a atuação das cortes colombiana e sul-africana na resolução de litígios estruturais, respeitadas as especificidades de cada contexto. Em sendo esse caso incluído na análise comparativa empreendida na seção primária anterior, teríamos a seguinte classificação: i) declaração de direitos forte, porque a garantia de educação pública infantil em creche e pré-escola às crianças até cinco anos de idade é um direito fundamental expressamente previsto na Constituição (art. 208, IV) e judicialmente exigível; ii) medidas judiciais moderadas, visto que a decisão judicial determinou a criação de 150.000 número de vagas em cumprimento ao contido no planejamento municipal (Plano Plurianual) em vigor à época, definindo o período de 3 anos para o atingimento desse resultado, bem como o prazo de 60 dias para a apresentação de um plano de ampliação de vagas e construção de unidades de educação infantil; iii) “*seguimiento*” (medidas coercitivas) fortes, já que foi estipulada a apresentação de relatórios semestrais acerca das medidas adotadas e a criação de um Comitê de Monitoramento, além de ter sido retida a jurisdição e realizadas novas audiências deliberativas para o adimplemento da parte faltante e atualização do plano apresentado, ultrapassado o (primeiro) prazo concedido; e iv) efetividade grande, porque desde o acórdão em 2013 até o final de 2019, foram criadas no total mais de 160.000 vagas na educação infantil no Município de São Paulo.

A necessidade de uma nova racionalidade procedimental, preocupada com a efetivação do conteúdo da decisão judicial nos casos concretos, a partir de um modelo cooperativo e democrático de processo para a implementação de direitos, teve ressonância na Lei 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil (CPC) brasileiro. É o que se depreende da leitura conjunta dos artigos 139, inciso IV e 536, e do art.190. Os dois primeiros preveem, respectivamente, uma cláusula geral executiva de efetivação para todas as obrigações e uma cláusula aberta de cumprimento das obrigações de fazer, que por certo devem ser interpretadas à luz da coerência e integridade do ordenamento jurídico. O último,

⁴⁹⁹ Disponível em: <https://educacao.sme.prefeitura.sp.gov.br/prefeitura-de-sao-paulo-envia-a-camara-municipal-pl-para-criar-programa-mais-creche/>. Acesso em 30/11/2019.

por sua vez, traz uma cláusula geral de negociação processual, priorizando a autonomia privada e a consensualidade.⁵⁰⁰

A responsabilidade decisória se viu ampliada para além da declaração do direito da parte, incumbindo ao juiz dirigir o processo determinando “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (art. 139, IV), bem como (de forma redundante) determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer (art. 536). Ademais, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição⁵⁰¹, podem as partes “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” (art. 190).

Conferiu-se aos sujeitos processuais o poder de regular e dispor sobre o procedimento, ajustando-o aos seus interesses e necessidades, também por meio da possibilidade expressa de fixar calendário para a prática dos atos processuais (art. 191), de firmar acordo para a suspensão do processo (art. 313, II), de organizar consensualmente o processo (art. 357, § 2º), de adiamento negociado da audiência (art. 362, I), de convencionar sobre o ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º) e etc.. E, para além do incremento das possibilidades de negócios processuais, houve a previsão da participação dos destinatários do provimento na formação da decisão, com poder de influenciá-la, em demandas de natureza complexa, nos termos do art. 357, § 3º do CPC.

Como explicam Marco Antonio Rodrigues e Rodrigo Gismondi, houve uma atualização dos contornos da atividade jurisdicional, com a incorporação de um sistema amparado na comparticipação, cooperação e consensualidade (convencionalidade) no modelo de organização processual vigente.⁵⁰² Outrossim, a recente atualização da Lei de Introdução

⁵⁰⁰ RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios Jurídicos Processuais como Mecanismos de Auxílio à Efetivação de Políticas Públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 144.

⁵⁰¹ Note-se que falar em “direitos que admitam autocomposição” não significa falar em “direitos disponíveis” (ou indisponíveis). O primeiro conceito é mais amplo e permite englobar inclusive questões envolvendo a efetivação de direitos fundamentais, como se depreende da Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, que a fim de promover uma cultura de participação, diálogo e consenso, cria a política permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos de autocomposição de resolução dos conflitos e controvérsias, inclusive na proteção e efetivação de direitos e interesses individuais indisponíveis e sociais. (Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118.pdf>. Acesso em 12/12/2019).

⁵⁰² RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios Jurídicos Processuais como Mecanismos de Auxílio à Efetivação de Políticas Públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 142-145.

às normas do Direito Brasileiro, promovida pela Lei 13.655/2018, seguiu a mesma linha, prevendo a inclusão de novas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, que permitem interpretações harmônicas com as necessidades do processo estrutural.

Da leitura conjunta dos artigos 20 e 21 dessa legislação, extrai-se que na esfera judicial, assim como na administrativa e controladora, devem ser consideradas as consequências práticas da decisão, devendo a motivação demonstrar a necessidade e a adequação das medidas impostas, inclusive em face das possíveis alternativas. Destarte, a decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso as suas consequências jurídicas e administrativas e, quando for o caso, “as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.⁵⁰³

Diante desse quadro, o (ainda pendente) julgamento de mérito da ADPF 347/2015, em que restou declarado o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro, tem o potencial de se tornar o *leading case* para que se coloque efetivamente em prática e se dissemine uma perspectiva experimentalista na resolução de litígios estruturais no país, caracterizada pela combinação de uma negociação deliberativa entre as partes (formais e informais), com a fixação de regras mais flexíveis e provisórias sujeitas a processos (participativos) de reavaliação e revisão contínuos, e medidas de *accountability*. O que, de certa forma, já norteia o espírito da nova sistemática processual.

4.4 A ADPF 347 E O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: O *LEADING CASE* DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS E AS (POSSÍVEIS) EXPECTATIVAS EM TORNO DA ATUAÇÃO DO STF

No Brasil, assim como em boa parte dos países em desenvolvimento, prevalece a cultura do encarceramento, bem como o descaso, a negligência e a total indiferença por parte do Estado e da sociedade em geral para com a situação calamitosa do sistema penitenciário, cuja população é composta por uma minoria impopular e socialmente desprezada, com sub-representação parlamentar. Embora não haja estatísticas oficiais sobre a classe social a que pertencem os detentos, alguns dados acerca dos respectivos níveis educacionais fornecem um panorama sobre a seletividade do sistema: aproximadamente 64% são da raça negra, 4% são

⁵⁰³ Cf. art. 21, parágrafo único, do Decreto-Lei 4.657/1942, com as alterações da Lei 13.655/2018.

analfabetos, 1% têm curso superior, 51% possuem apenas o ensino fundamental completo e 17,75% sequer tiveram acesso a esse nível educacional.⁵⁰⁴

As graves deficiências e violações de direitos que se fazem presentes nas instituições de reclusão penal brasileiras são concernentes à superlotação, celas imundas e insalubres, tortura, homicídios, violência sexual, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida de péssima qualidade, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, corrupção, deficiência no acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle estatal sobre o cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.⁵⁰⁵

E, tais mazelas vêm se agravando, em razão do crescimento exponencial da população prisional. O Brasil tinha, em 1990, cerca de 90.000 presos. Em junho de 2016 esse número ultrapassou os 726.000 presos, o que equivale a um aumento de 707% em relação ao total registrado no início da década de 1990. O Brasil é hoje o terceiro país com a maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China, contando com um déficit de 358.663 vagas.⁵⁰⁶ Referido quadro é ainda agravado em função do uso excessivo da prisão provisória, visto que, de acordo com dados do CNJ, 41% dos presos brasileiros não sofreram ainda condenação transitada em julgado.⁵⁰⁷

A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios brasileiros convertem-se em penas cruéis e desumanas, sendo negado aos presos todo e qualquer direito a uma existência minimamente segura e salubre.

⁵⁰⁴ Dados extraídos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado em junho de 2016, pelo Departamento Penitenciário (DEPEN). Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf Acesso em 10/07/2017.

⁵⁰⁵ Dados extraídos do Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados sobre o Sistema Carcerário Brasileiro, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em 05/12/2017.

⁵⁰⁶ Dados extraídos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado em junho de 2016, pelo Departamento Penitenciário (DEPEN) (Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf Acesso em 10/07/2017). Dados mais atualizados foram fornecidos pelo Relatório “Sistema Prisional em Números” elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em que restou constatado que em 2018 o país contava com 729.949 presos e uma taxa de superlotação carcerária de 166% (Disponível em: <https://www.cnmpp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 19/11/2019).

⁵⁰⁷ Dados extraídos do “Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil”, do Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, 2014 (Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em 05/12/2017).

Especificamente a respeito da situação carcerária, percebe-se que não há deficiência de proteção normativa, haja vista que além da Constituição,⁵⁰⁸ a Lei de Execuções Penais⁵⁰⁹ e, em especial, os tratados internacionais de que é signatário o Brasil,⁵¹⁰ conferem, de maneira geral e abstrata, resguardo aos direitos dos presos. Todavia, o quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões de todos os poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo. Verifica-se uma situação de fracasso das políticas públicas que envolvem o sistema carcerário. Neste sentido, pontua Campos:

Por certo que, não se trata da inércia de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestado verdadeira falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Falta sensibilidade legislativa quanto ao tema da criminalização das drogas, razão maior das prisões. O próprio Judiciário tem contribuído com o excesso de prisões provisórias, mostrando falta de critérios adequados para tanto. Falta estrutura de apoio judiciário aos presos. Trata-se, em suma, de mal funcionamento estrutural e histórico do Estado como fator do primeiro pressuposto, o da violação massiva de direitos.⁵¹¹

Essa situação, inclusive, já motivou intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que determinou ao Estado brasileiro o cumprimento de medidas provisórias a fim de superar o quadro de encarceramento em massa e violação de direitos humanos vivenciado em várias penitenciárias do país.⁵¹² Foi o caso do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, de Recife/PE, da Casa de Detenção José Mario Alves da Silva (“Presídio Urso Branco”), de Porto Velho/ RO, dos Complexos Penitenciários de Curado (PE) e de Pedrinhas

⁵⁰⁸ Há na Constituição diversos dispositivos contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais que deveriam proteger as pessoas privadas de liberdade: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).

⁵⁰⁹ A Lei nº 7.210, de 1984, chamada de “Lei de Execução Penal”, assegura diversos direitos aos presos, inclusive o alusivo à cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados.

⁵¹⁰ Mencione-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, e as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Prisioneiros.

⁵¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p 40.

⁵¹² Cumpre mencionar que a atuação da Corte em relação às instituições de privação de liberdade brasileiras também envolve casos de violação de direitos humanos em Unidades de Internação Socioeducativas, que abrigam adolescentes (maiores de 12 e menores de 18 anos) em conflito com a lei, que foram deixados de fora da presente seção por fugirem do escopo do trabalho.

(MA), da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, de Araraquara/ SP e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, do Rio de Janeiro/RJ.

A maioria desses casos se enquadra no conceito de “litígio estratégico” que, como explica Evorah Lusci Costa Cardoso, se refere à articulação e participação de atores sociais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por meio de denúncias de violações de direitos humanos cometidas pelos Estados, buscando formar precedentes, alterar políticas públicas, legislações e jurisprudência dos tribunais domésticos.⁵¹³ Com efeito, um dos temas mais recorrentes nessa forma de litigância tem sido a crise de direitos humanos nos sistemas carcerários das nações que compõem a Organização dos Estados Americanos (OEA).⁵¹⁴

De outro turno, algumas dessas demandas envolvendo o Estado brasileiro também merecem destaque por terem desencadeado uma atuação estrutural por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito da sua função não contenciosa.⁵¹⁵ O caso do “Presídio Urso Branco”, especificamente, é um exemplo emblemático nesse contexto. Esse litígio teve início com o pedido de medidas cautelares formulado pela Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho e pela ONG Justiça Global perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), para a proteção de 47 sobreviventes de um massacre ocorrido numa rebelião no ano de 2002. Descumpridas as medidas outorgadas pela CIDH, esta solicitou à Corte Interamericana de Direitos Humanos a emissão de medidas provisórias em face do Estado brasileiro, para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral dos presos. A Corte, além de emitir uma resolução contendo as medidas requeridas, inovou, solicitando ao Estado e à CIDH que tomassem as providências necessárias para a criação de um mecanismo de coordenação e supervisão do cumprimento das suas ordens. Como resultado, foi criada em 2004 a Comissão Especial Urso Branco, composta por representantes do Estado (a nível federal e estadual) e pelas organizações da sociedade civil que peticionaram junto ao Sistema Interamericano.⁵¹⁶

E, em agosto de 2011, representantes da União, do governo do Estado de Rondônia, do

⁵¹³ CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 63-66.

⁵¹⁴ Cumpre mencionar que essa temática foi abordada pela presente autora também em outra obra, de forma mais extensa, havendo aqui inclusive a reprodução de alguns trechos. Ver: BROOCKE, Bianca M. Schneider van der. Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Crise no Sistema Carcerário Brasileiro: entre o litígio estratégico e o litígio estrutural. In: ALVES, Verena Holanda de Mendonça; NEVES, Rafaela Teixeira Sena; RESQUE, João Daniel Daibes. *Direitos Humanos e(m) Tempos de Crise*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 438-456.

⁵¹⁵ Cf. nota 444.

⁵¹⁶ Informações disponíveis em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_05_portugues.pdf. Acesso em 02/03/2018.

Ministério Público, da Defensoria Pública e do Poder Judiciário do Estado de Rondônia assinaram o “Pacto para melhoria do sistema Prisional do Estado de Rondônia e Levantamento das Medidas Provisórias Outorgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”⁵¹⁷, com a interveniência da Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho e da ONG Justiça Global. O acordo fixou cinco eixos de atuação (investimentos em infraestrutura; dimensionamento e qualificação do quadro de pessoal; apuração dos fatos e responsabilização; aperfeiçoamento dos serviços, mobilização e inclusão social; e combate à cultura da violência) que elencam aproximadamente 50 ações e culminou com o levantamento das medidas provisórias ordenadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como definiu os contornos para um modelo de interação dialógica entre atores governamentais e não governamentais, no campo das políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

Não obstante, mesmo diante de todo esse esforço, o quadro de violações e descumprimento das medidas impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil, no caso Urso Branco, permaneceu⁵¹⁸ e, esgotadas as tentativas extrajudiciais para que o Estado de Rondônia e a União cumprissem o previsto no referido Pacto, restou judicializada internamente a questão, estando em trâmite perante a Justiça Federal uma Ação Civil Pública proposta em conjunto pelo respectivo Ministério Público Estadual e pelo Ministério Público Federal.⁵¹⁹

Além disso, diante da repercussão das inúmeras rebeliões ocorridas no início de ano de 2017 em penitenciárias do país,⁵²⁰ atuando novamente sob um viés estrutural, a Corte

⁵¹⁷ Disponível em: <http://www.rondonia.ro.gov.br/pacto-para-melhoria-do-sistema-prisional-do-estado-de-rondonia-e-levantamento-das-medidas-provisorias-outorgadas-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos/>. Acesso em 02/03/2018.

⁵¹⁸ Informações disponíveis em: <http://www.mpf.mp.br/ro/servicos-ro/denuncias-arquivadas-com-prazo-para-recurso/procuradoria-regional-do-direito-do-cidadao-prdc/autos-administrativos-arquivados-com-prazo-aberto-para-recurso/1-31-000-000181-2012-94-acompanhar-no-ambito-da-prdc-o-pacto-para-melhoria-do-sistema-prisional-do-estado-de-rondonia-considerando-se-a-previsao-de-recursos-e-medidas-por-parte-do-governo-federal>. Acesso em 02/03/2018.

⁵¹⁹ Trata-se da Ação Civil Pública 0006374-27.2016.4.01.4100, em trâmite na 2ª Vara Federal de Rondônia, cujos autos se encontram conclusos para decisão desde 10/12/2019.

⁵²⁰ As rebeliões aconteceram no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus - AM (67 mortos), na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Boa Vista – RR (33 mortos) e na Penitenciária de Alcaçuz, em Nísia Floresta – RN (26 mortos). Diante desse cenário, inclusive, 32 organizações de Direitos Humanos nacionais e internacionais apresentaram pedidos junto à CIDH, relatando as situações de tortura, maus tratos e condições intoleráveis de higiene e saúde, relacionadas ao encarceramento em massa e à superlotação dessas e de outras unidades de privação de liberdade, tendo sido realizadas audiências no âmbito da Comissão em março de 2017, com a presença de representantes do Estado brasileiro. Em maio de 2019 tiveram destaque na imprensa rebeliões no Amazonas, que incluíram além do Complexo Penitenciário Anísio Jobim, o Instituto Penal Antônio Trindade, a Unidade Penitenciária de Puraquequara e o Centro de Detenção Provisória Masculino, com pelo menos 57 mortos e nova manifestação da CIDH, no sentido da responsabilização do país pela proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade.

Interamericana de Direitos Humanos resolveu, de forma pioneira, reunir os casos mais recentes de violações nos presídios brasileiros sob sua jurisdição, com a justificativa de que:

a distância geográfica entre os estabelecimentos penitenciários cujas condições são objeto de medidas provisórias e seu pertencimento a diferentes regiões do país, indicaria que se trata de um fenômeno de maior extensão do que os quatro casos trazidos a esta Corte, o que poderia ser um indício de eventual generalização de um problema estrutural de âmbito nacional do sistema penitenciário.⁵²¹

Destarte, dada a gravidade dos fatos e os indícios de grande extensão e generalização da situação de comprometimento do direito humano à vida das pessoas privadas de liberdade, cujo dever de garantia incumbe ao Estado, a Corte decidiu pela realização de uma Audiência Pública conjunta sobre as quatro medidas provisórias já ordenadas nos casos envolvendo a Unidade de Internação Socioeducativa do Espírito Santo, o Complexo Penitenciário de Curado, o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, e o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Ademais, tendo em vista a complexidade dos assuntos, a Corte considerou conveniente a contextualização geral dos fatos para uma melhor compreensão do problema, antes da celebração da audiência e, para tanto, solicitou ao Brasil uma série de dados específicos sobre tais prisões sob supervisão e o sistema penitenciário em geral, bem como a indicação das medidas concretas adotadas pelo governo para superar os problemas relacionados à superlotação, insalubridade, risco de violência e insegurança.⁵²²

Em maio de 2017 teve lugar em San Jose, na Costa Rica, a Audiência Pública para que o Estado brasileiro prestasse esclarecimentos acerca das violações de direitos humanos no sistema prisional e do processo de encarceramento em massa vivenciado do país, bem como sobre a situação específica dos quatro casos levados à Corte. Com base nas informações coletadas, em Resoluções posteriores e em separado para cada estabelecimento, a Corte determinou a realização de um Diagnóstico Técnico e um Plano de Contingência para a reforma estrutural e de redução da superlotação e superpopulação. Ainda, estipulou a apresentação de um relatório periódico, a cada três meses, com as medidas adotadas em

⁵²¹ Item 3 da Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13 de fevereiro de 2017 sobre Medidas Provisórias a respeito do Brasil: Assuntos da Unidade de Internação Socioeducativa, do Complexo Penitenciário de Curado, do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

(Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/asuntos_unidad_se_01_por.pdf. Acesso em 02/03/2018).

⁵²² Tais medidas concretas seriam as relacionadas especificamente a: i) limitar ou reduzir o número de presos em detenção preventiva; ii) reduzir a superpopulação carcerária; iii) melhorar o serviço de atenção de saúde; iv) melhorar a investigação e sanção de faltas ou delitos por parte de pessoal penitenciário; v) ampliar o percentual de população penal que trabalha ou estuda; vi) melhorar as condições de alimentação, higiene e fornecimento de água; vii) prevenir a introdução de drogas nos estabelecimentos penais; viii) prevenir a introdução de armas nos estabelecimentos penais; ix) prevenir ou evitar o enfrentamento de facções criminosas nos institutos penais; x) treinar o pessoal no controle não violento de motins e rebeliões nas prisões; e xi) regulamentar racionalmente o uso da violência e o emprego de armas (disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/asuntos_unidad_se_01_por.pdf. Acesso em 02/03/2018).

conformidade com tais decisões, a ser submetido à apreciação dos representantes dos beneficiários (das medidas) e à CIDH, o que vem sendo feito desde então.⁵²³

Nesse meio tempo, em 2015, reconhecendo a dimensão estrutural da problemática em questão e, dando um primeiro (e tímido) passo em direção a interações (horizontal e vertical) do país no âmbito de diálogo regional em que se insere o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceu a existência de um “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) no sistema carcerário brasileiro, quando da análise do pedido de medida cautelar suscitado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347/2015.

Ao basear a sua petição inicial em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Rio de Janeiro (UERJ), o partido político autor da ADPF (Partido Socialismo e Liberdade - PSOL), teve como substrato estudos acadêmicos e científicos sobre novas técnicas decisórias desenvolvidas no direito comparado para a solução de casos de grave e massiva violação de direitos fundamentais,⁵²⁴ decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas, e em especial a experiência colombiana nas já mencionadas sentenças T- 153/1998 e T-025/2004.⁵²⁵ Além disso, cita como exemplo de modelo de processo estrutural na jurisdição brasileira a também mencionada atuação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Ação Civil Pública que discutia a falta de vagas em creches municipais.⁵²⁶

Em síntese, o que se busca na ADPF é que o STF reconheça e declare o ECI do sistema prisional brasileiro, e, diante disso, imponha a adoção de uma série de medidas, inclusive estruturais, voltadas à promoção da melhoria das condições carcerárias do país e à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia. Nesses termos, a arguição envolve questões atinentes ao dever de o Poder Público realizar reformas nos presídios já existentes ou construir novos, com a finalidade de reduzir o déficit de vagas

⁵²³ Vide Resoluções de 31/08/2017 e 22/11/2018 sobre Medidas Provisórias a Respeito do Brasil, Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho; Resoluções de 15/11/2017 e 28/11/2018 sobre Medidas Provisórias a Respeito do Brasil, Assunto do Complexo Penitenciário de Curado; e Resoluções de 14/03/2018 e 14/10/2019 sobre Medidas Provisórias a Respeito do Brasil, Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (Disponíveis em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_medidas_provisionales.cfm?lang=es. Acesso em 12/12/2019).

⁵²⁴ A petição cita de forma sintética exemplos vindos dos Estados Unidos e da África do Sul, já trabalhados na presente tese, como alguns casos da *Prison Reform Litigation* e o emblemático *Grootboom*, além de mencionar o caso “Verbitsky” da Argentina e a atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos em *structural reform litigation*, por meio do mecanismo denominado de “*pilot procedure*”. Sobre esse último, ver: HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, *Yale Journal of International Law*, vol 40:1, 2015.

⁵²⁵ Cf. p. 7-15 da Petição Inicial (Anexo A).

⁵²⁶ Cf. p. 22-23 da Petição Inicial (Anexo A).

prisionais, bem como à interpretação e à aplicação das leis penais e processuais de modo a minimizar a crise carcerária, à utilização eficiente dos recursos orçamentários que compõem o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e ao dever de elaboração, pela União, Estados e Distrito Federal, de planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e acabar com a violação de direitos fundamentais dos presos sujeitos às condições de superlotação carcerária, acomodações insalubres e falta de acesso a direitos básicos, como saúde, educação, alimentação saudável, trabalho, assistência jurídica, indispensáveis a uma vida minimamente digna e segura.

Em 09/09/2015, por ocasião da apreciação dos pedidos de medida cautelar formulados na inicial, o Ministro Marco Aurélio, na qualidade de Relator, examinou toda a fundamentação de fato e de direito trazida pela parte autora e reconheceu a existência de um “litígio estrutural”,⁵²⁷ ao mesmo tempo em que afirmou restar configurado um “Estado de Coisas Inconstitucional” em relação ao sistema carcerário brasileiro, visto estarem preenchidos os “três pressupostos principais indicados pela Corte Constitucional da Colômbia”,⁵²⁸ quais sejam: i) uma situação de violação generalizada de direitos fundamentais; ii) a inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; e iii) a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.⁵²⁹

⁵²⁷ Cf. p. 11 do Acórdão (Anexo B).

⁵²⁸ Cf. p. 11-12 do Acórdão (Anexo B).

⁵²⁹ Cabe aqui mencionar que, engendrando clara reação política a essa decisão, o Senador Antônio Carlos Valadares apresentou em 11/11/2015 o Projeto de Lei (PLS) n.º 736/2015, pretendendo fixar balizas à atuação do STF quando da declaração do ECI. A proposição encontra-se arquivada desde 2018 e, em sua justificativa, o autor do PLS indicava que a migração do instrumento colombiano para a jurisdição constitucional brasileira estava a atestar o “ápice do ativismo judicial” daquela corte, representando uma guinada jurisprudencial de grande impacto, para a qual é necessário o claro estabelecimento de limites normativos, sob pena de usurpação das competências específicas dos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse passo, o PL vinculava o reconhecimento do ECI à celebração de um “Compromisso Significativo” entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados pela ação ou omissão estatal, combatida em sede de ADPF, para a formulação e implementação de programas socioeconômicos, com o intuito de tornar efetivo o preceito fundamental violado, atendidos os seguintes requisitos:

- 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; e

Segundo o relator, a forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justificaria uma atuação mais assertiva do Tribunal. Ademais, apenas o Supremo se revelaria capaz, ante o cenário descrito, de superar os bloqueios políticos e institucionais⁵³⁰ que vêm impedindo o avanço de soluções, traduzindo-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Diante desse quadro, teria o Judiciário a função de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates sobre novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Neste diapasão, tomando como norte a lição colombiana, o Ministro descreve da seguinte forma qual é o papel que o STF estaria legitimado a desempenhar a fim de resolver o ECI:

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias.(...) Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações.⁵³¹

-
- vi) previsão de arbitramento da questão pelo Supremo Tribunal Federal na hipótese de insucesso na efetivação do compromisso significativo (Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4232374&ts=1567523684748&disposition=inline>. Acesso em: 12/11/2019).

A mudança pretendida, embora de viés dialógico e baseada na experiência sul-africana, aproximava-se mais da abogagem do juiz mediador, também descrita por Sturm (*Cf.* p. 50-51, seção 2), do que da do juiz catalisador, deixando de lado qualquer menção à utilização de Audiências Públicas de cunho participativo e deliberativo, como acontece no PL 8.058/2014, já objeto de análise.

⁵³⁰ No caso dos presos, os bloqueios políticos acontecem tanto em razão da sub-representação parlamentar como da sua impopularidade. Isso porque os condenados criminalmente ficam impedidos de votar e serem votados, tendo os direitos políticos suspensos enquanto perdurarem os efeitos da sentença condenatória transitada em julgado, nos termos do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal. Assim, não gozam de representação política direta. Além disso, configuram-se em uma minoria socialmente desprezada e essa rejeição popular faz com que as questões relativas à melhoria do sistema prisional enfrentem “pontos cegos” e “cargas de inércia” no processo político. Ou seja, não há qualquer iniciativa por parte dos poderes públicos para a superação do quadro de violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais dos presos, por se tratarem de uma minoria desprezada socialmente e sem representatividade política, gerando a sua defesa mais custos do que benefícios políticos para os representantes eleitos pelo povo. Bloqueios institucionais, no que concerne à falta de coordenação e de alinhamento das capacidades institucionais dos poderes políticos para a formulação e implementação de políticas públicas viáveis e eficazes com relação à situação do sistema carcerário brasileiro.

⁵³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 347. Min. Rel. Marco Aurélio, j. em 09.09.2015, DJe de 19.02.2016, p. 18.

Contudo, embora a fundamentação desenvolvida tenha alcançado todo o conjunto de pedidos formulados pelo PSOL, o voto proferido pelo Relator deu-se em sede de cognição sumária, limitando-se aos oito pedidos de natureza cautelar contidos na Inicial, sete versando acerca da interpretação e aplicação da legislação penal e processual penal e um tratando de medida orçamentária da União.⁵³² Destarte, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, foi parcialmente deferida a cautelar para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos⁵³³ e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁵³⁴, passassem a realizar, 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. Além disso, determinou-se à União, que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

⁵³² No pedido de concessão de medida cautelar o Arguente requereu que, até o julgamento definitivo da ação, o STF:

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

⁵³³ *In verbis*: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.”

⁵³⁴ *In verbis*: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

E, de ofício, os Ministros concederam liminar para determinar que especificamente o Estado de São Paulo e, também a União, a partir dos levantamentos já realizados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) junto aos demais Estados, forneçam dados e informações sobre a situação do sistema penitenciário incluindo os projetos de melhoria já existentes, a fim de subsidiar os próximos passos a serem tomados pelo STF na resolução do litígio estrutural.⁵³⁵

De fato, a declaração do ECI encabeça os pedidos de caráter definitivo contidos na Inicial da ADPF 347 para a reforma estrutural do sistema penitenciário brasileiro, que contemplam determinações para que os poderes públicos a nível federal, estadual e distrital elaborem planos visando ao enfrentamento do problema prisional em lide. Tal planejamento deve ter por escopo o estabelecimento de medidas objetivas, prever metas e prazos para a sua implementação, bem como reservar os recursos necessários para tanto, de modo a buscar o equacionamento de questões como a superlotação dos estabelecimentos prisionais, a precariedade das suas instalações, a carência e falta de treinamento adequado de pessoal nos presídios, o excesso do número de presos provisórios, a prática sistemática de violência contra os detentos, a falta de assistência material, de acesso à justiça, à saúde, à educação e ao trabalho dos presos, bem como as discriminações diretas e indiretas praticadas contra mulheres, minorias sexuais e outros grupos vulneráveis nas prisões.

O primeiro plano seria o nacional, a ser submetido à análise do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além da sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais Audiências Públicas. Após o que haveria deliberação no âmbito do STF a fim de homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que se repute necessárias para a superação do ECI.

Em seguida, deveriam ser formulados os planos dos Estados e do Distrito Federal, em harmonia e seguindo o mesmo rito do Plano Nacional homologado, mas sendo submetidos à

⁵³⁵ Após a publicação do Acórdão referente ao julgamento do pedido cautelar, em 19/02/2016 (DJe 31), os Governos e Tribunais de Justiça Estaduais acostaram aos autos informações sobre a situação carcerária e os projetos em andamento, bem como passaram a ser apresentados e aceitos pedidos de admissão no processo, como *amicus curiae*, por parte de Defensorias Públicas e organizações da sociedade civil como o Instituto Pro Bono, a Fundação de Apoio ao Egresso do Sistema Carcerário (FAESPO), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e a Organização não governamental Conectas Direitos Humanos. Foram também deferidos pedidos formulados para determinar à União a imediata liberação de recursos do Fundo Penitenciário relativos a alguns Estados, como Bahia e Ceará. Desde 05/09/2019 os autos encontram-se conclusos ao Relator, data em que a Procuradoria-Geral da República exarou sua manifestação pela procedência parcial do pedido (Cf. Anexo C).

apreciação dos atores governamentais e da sociedade civil local, neste último caso em Audiências Públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 21, II, do Regimento Interno do STF.⁵³⁶

Ademais, o Arguente requer que haja o monitoramento da implementação do Plano Nacional e dos Planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ,⁵³⁷ em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o ECI do sistema prisional brasileiro.

Pode-se dizer que a propositura da ADPF 347 tem, estrategicamente, o condão de lançar as bases para a assunção de uma nova racionalidade procedimental por parte da jurisdição constitucional brasileira, quando em julgamento litígios que envolvam a reforma estrutural de instituições sociais relevantes, que estejam operando em desacordo com a Constituição. Ao mesmo tempo, pode-se inferir tanto da fundamentação da decisão em sede cautelar, quanto da recente manifestação da Procuradoria-Geral da República sobre o mérito da arguição, que o sistema se encontra aberto às novas técnicas e soluções criativas vindas do direito comparado nesse contexto.⁵³⁸ O aparecimento de litígios estruturais traz a lume a necessidade de se repensar a forma de execução das sentenças judiciais, especialmente as proferidas em sede de controle de constitucionalidade de políticas públicas.

A “pedra de toque” de todo esse movimento em direção a uma gestão judicial ativa e dialógica, em que compete ao juiz desempenhar o papel de catalisador deliberativo na construção conjunta de soluções na fase de implementação do julgado, são as Audiências

⁵³⁶ *In verbis*: “Art. 21. São atribuições do Relator:

(...)

II – executar e fazer cumprir os seus despachos, suas decisões monocráticas, suas ordens e seus acórdãos transitados em julgado, bem como determinar às autoridades judiciárias e administrativas providências relativas ao andamento e à instrução dos processos de sua competência, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais não decisórios a outros Tribunais e a juízos de primeiro grau de jurisdição; (...)”

⁵³⁷ O Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), criado pela Lei n. 12.106/2009, é a área do Conselho Nacional de Justiça responsável por iniciativas relacionadas ao sistema carcerário, à execução penal e à execução de medidas socioeducativas. O órgão conta também com Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário – GMFs, que consistem em estruturas dentro dos Tribunais de Justiça Estaduais e dos Tribunais Regionais Federais responsáveis, dentre outras atribuições, pela monitoração e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas em âmbito local.

⁵³⁸ A Manifestação do órgão do Ministério Público Federal apresenta como fundamentação a experiência dos Estados Unidos na *Prison Reform Litigation* a fim de externar a sua concordância com uma intervenção judicial estrutural no bojo da ADPF 347, afirmando, em síntese, merecerem acolhida os pedidos de determinação à União, aos Estados e ao Distrito Federal de elaboração de planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e superar o estado de coisas inconstitucional que o assola, nos termos postulados no pedido de mérito (Cf. Anexo C).

Públicas, a serem realizadas em Brasília e, por delegação, nas capitais dos entes federativos envolvidos. Não se afigura promissora a iniciativa de acionar a jurisdição constitucional do STF com um pedido que abarca um mecanismo procedimental exitoso em terras alienígenas e acreditar que aceita a “migração constitucional”, com a eventual procedência no julgamento de mérito, se dará concretude a um novo modelo de adjudicação, se a metodologia adotada por esse Tribunal em relação ao mencionado instrumento participativo não for revisitada. Tais audiências devem funcionar como meio de exposição, participação e deliberação, mediante a promoção do debate nivelado entre os atores governamentais e não governamentais (que representam os interesses dos potenciais afetados) envolvidos, a fim de que se promova a desestabilização de práticas institucionais estagnadas, em prol da efetividade dos direitos fundamentais dos presos. Outrossim, além de servir à instrução do feito na fase de conhecimento, as audiências devem ser essenciais na fase de cumprimento, tendo por escopo a construção da forma de remédio judicial pertinente para a promoção da transformação da realidade organizacional subjacente à inconstitucionalidade já declarada.

Desta feita, acaso julgada procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 e declarado o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro, caberá ao STF criatividade e protagonismo na inauguração de uma segunda fase processual, agora executória da decisão de mérito, a fim de promover efetivas modificações no mundo dos fatos, no caso, em políticas públicas ineficientes e inadequadas. E, tendo em vista as experiências alienígenas e os argumentos apresentados, pode-se inferir que esse novo modelo de atuação judicial na fase pós-julgamento deverá ter em perspectiva uma abordagem catalisadora deliberativa, seja ela identificada como ativismo dialógico ou como *experimentalist regulation*.

Neste diapasão, no acórdão que venha a reconhecer o descumprimento de preceitos fundamentais em relação à população carcerária brasileira, ao invés de proferir ordens específicas orientadas à determinados resultados políticos, o STF deverá estabelecer as linhas principais dos procedimentos a serem adotados e fins gerais a serem atingidos, deixando a cargo dos órgãos públicos envolvidos o desenho e a implementação dos programas para a superação do quadro de inconstitucionalidade. Na fase pós-julgamento, apresentados os planos de ação pelas instituições diretamente responsáveis, a nível nacional e estadual, a Corte deverá adotar uma postura ativa e dialógica, dando início a um processo de execução que promova a discussão das alternativas políticas para resolver os problemas da dinâmica organizacional que originam as condições inconstitucionais, bem como a supervisão do cumprimento das decisões tomadas. Os detalhes das tarefas a serem empreendidas para a

reforma do sistema penitenciário deverão vir à tona durante essa segunda fase, cabendo ao STF reter a jurisdição e determinar novas medidas estruturais de acordo com os progressos e retrocessos relatados no processo e discutidos em audiências públicas deliberativas.

No âmbito da Corte Constitucional da Colômbia, de especial interesse aqui, esse modelo de gestão judicial ativa, como visto, tomou forma a partir do emprego de dois tipos de mecanismos participativos na fase de execução da sentença, quais sejam: Audiências Públicas e as Sessões Técnicas. As primeiras servindo como espaço formal para a prestação de contas e o debate sobre os resultados das políticas públicas envolvidas, contando com a participação dos magistrados da Corte, atores governamentais dos demais poderes e representantes da sociedade civil. E, as segundas podendo ser de cunho informal e convocadas pelo juiz a fim de discutir de forma mais restrita um assunto específico com funcionários públicos e pessoal especializado. Ou, de cunho formal, como uma reprodução regional das Audiências Públicas de monitoramento, quando realizadas fora da sede da Corte e com a participação de organizações locais. Como resultado desses momentos de participação, exposição e deliberação são expedidos os vários *Autos de Seguimiento*, contendo informações sobre os avanços, estagnações e retrocessos, bem como questões técnicas envolvidas nos desdobramentos da implementação do julgado, que instruem a expedição de ordens específicas “*targeted transformative*”, isto é, precisamente direcionadas para a superação das falhas institucionais que ainda afetam o gozo dos direitos fundamentais em lide.

No Brasil, a iniciativa pontual inaugurada pelo TJSP no julgamento do litígio estrutural envolvendo as creches municipais caminhou em sentido semelhante, contando com reuniões e audiências de viés deliberativo, além da produção de relatórios periódicos sobre o andamento das políticas públicas voltadas ao cumprimento das decisões. Contudo, para além dessa prática ainda incipiente, existe um novo modelo de gestão judicial ativa e dialógica que vem ganhando espaço em outro campo do Direito, que também se depara com demandas complexas de reorganização institucional. Trata-se dos processos que envolvem a falência e a recuperação judicial de grandes empresas, com inúmeros credores em diversas localidades, nos quais há muito os juízes têm engendrado expertise gerencial. Nesse contexto, vislumbra-se uma novel e exitosa sistemática procedimental criada pelo Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, denominada de “Gestão Democrática do Processo” e, coincidentemente, desenvolvida com base no conceito de *judicial case management*, que embasou o ativismo judicial em litígios estruturais nos Estados Unidos. Na sua origem, o *managerial judging* que surgiu no bojo da *structural reform litigation* diante da necessidade do desenvolvimento de um novo modelo de atuação judicial, adequado à reestruturação a

longo prazo e monitoramento de instituições públicas, tomou como norte a larga experiência dos juízos de direito privado na reorganização de grandes corporações submetidas a procedimentos de insolvência.

4.5 PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA E LIÇÕES DE *CASE MANAGEMENT*: A POSSÍVEL APLICAÇÃO DO MODELO DE “GESTÃO DEMOCRÁTICA DO PROCESSO” NA SUPERAÇÃO DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

Como visto na primeira parte do presente trabalho (Seção 2), a partir de 1960, com a propagação de casos complexos de reforma estrutural em instituições públicas dos Estados Unidos, essas lições do direito privado em processos de insolvência ecoaram em novos contextos substantivos e as cortes federais distritais tomaram emprestado as estratégias judiciais de *case management*, que até então serviam à reivindicação de interesses erigidos em torno do direito à propriedade.⁵³⁹ Nesse contexto, tomou forma um novo modo de adjudicação em direito público, caracterizado por uma mudança de comportamento dos juízes, que substituíram a passividade inerente ao tradicional modelo adversarial pela adoção de medidas judiciais incrementais, a fim de adaptar o procedimento às dificuldades que surgiam durante o processo. Não por acaso, essa modalidade de ativismo judicial foi denominada por Judith Resnik como *managerial judging* e por ela descrita como um reflexo do sincero esforço dos juízes estadunidenses para atender as necessidades por eles percebidas na resolução de litígios estruturais, a fim de obter maior eficiência e melhores resultados.

Os juízes estadunidenses paulatinamente passaram a experimentar técnicas de gestão na fase pós-julgamento em processos estruturais, a fim de promover o desbloqueio político e institucional, superando o quadro de estagnação organizacional que originava as condições inconstitucionais e impedia a autocorreção. E, a partir da análise de Sturm, dentre as abordagens gerenciais identificadas especialmente no contexto da reforma dos sistemas prisionais, a que se mostrou mais eficiente foi a do juiz catalisador, que veio a preponderar na segunda geração de *structural reform litigation* no país.⁵⁴⁰ Tanto nos casos da *Prision Reform Litigation*, como em outros contextos de reforma estrutural nos Estados Unidos, a partir de 1990 houve uma mudança de estratégia nas práticas resolutivas judiciais, que guinaram de

⁵³⁹ Recapitulando o exposto na seção 2.2, além de Sabel e Simon, tanto Fiss quanto Chayes afirmam existirem antecedentes para o modelo de adjudicação encetado na *structural reform litigation* ou *public law litigation*, nos processos de falência e insolvência supervisionadas judicialmente, com a conseqüente reorganização de corporações complexas nos Estados Unidos. O que é corroborado pelo estudo histórico de Eisenberg e Yeazell, ao descrever a atuação das *U.S. Bankruptcy Courts* desde o paradigmático caso *Railroad Company v. Harris* (1870) e as leis falimentares que surgiram depois (Cf. p. 38-41).

⁵⁴⁰ Cf. p. 52-56, Seção 2.

uma intervenção corretiva do tipo “*top-down*” para uma abordagem dialógica, que enfatiza a deliberação entre as partes interessadas na construção de soluções, o monitoramento e revisão contínua do desempenho dos entes responsáveis e a transparência, descrita por Sabel e Simon como *experimentalist regulation* e por eles caracterizada como uma espécie de “*destabilization rights*”.⁵⁴¹

A obra desses dois autores e a sua concepção do fenômeno, vieram a influenciar o estudo dos litígios estruturais mundo afora, inclusive a teoria do ativismo dialógico desenvolvida por Garavito e Franco na análise comparativa dos casos julgados tanto pela Corte Constitucional da Colômbia como pela da África do Sul, consoante o exposto na seção 3, e também pesquisas sobre a atuação mais recente das Cortes Internacionais de Direitos Humanos.⁵⁴²

O desempenho de um papel gerencial no momento da execução da sentença, mediante a adoção dos procedimentos necessários para a resolução rápida e eficiente de litígios envolvendo empresas complexas, faz parte das atribuições das *U.S. Bankruptcy Courts* desde o final do século XIX, encontrando inclusive previsão legal no Título 11 do *U. S. Code (The Bankruptcy Code)*.⁵⁴³ Como enfatizam Sabel e Simon, a legislação dos Estados Unidos referente à falência e à insolvência visa a desestabilização da posição privilegiada dos proprietários ou administradores da empresa devedora, nivelando as suas forças com as dos credores, por meio da intervenção judicial.⁵⁴⁴

O sistema de insolvência estadunidense baseia-se na divisão equilibrada de ônus e na colaboração entre devedor e credores em busca da melhor solução para a crise econômico-financeira do primeiro, tendo por escopo sempre a preservação da função social da atividade empresarial, em detrimento dos interesses particulares de uma ou outra parte. Destarte, tratando-se de empresa que não é mais capaz de produzir os benefícios sociais e econômicos

⁵⁴¹ Cf. p. 56 e ss., Seção 2.

⁵⁴² Ver: GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 23; 25; 51; 228-231; GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2010, p. 333; 39-40; 48-50; 55; GARAVITO, César Rodríguez. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 230; 237; HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, *Yale Journal of International Law*, vol 40:1, 2015, p. 20; 34-35; e BERGALLO, Paola. Justice and Experimentalism: The Judiciary’s Remedial Function in Public Interest Litigation in Argentina. *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. Paper 44, 2005 (disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3049992, acesso em 22/02/2017).

⁵⁴³ Cf. notas 82 e 83, Seção 3.

⁵⁴⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 4, fev/2004, p. 1064.

que a lei pretende proteger (como geração e circulação de riqueza, pagamento de impostos, avanço tecnológico, emprego e renda), a decretação da falência mostra-se como a melhor opção para que se atinja o interesse social. De outro turno, caso a manutenção e recuperação da atividade produtiva seja capaz de gerar benefícios sociais relevantes, a sua reorganização será o objetivo do processo judicial.⁵⁴⁵

Nesse diapasão, como explica Daniel Carnio Costa, prevê o *U.S. Bankruptcy Code* que compete ao juiz controlar a divisão equilibrada de ônus quando da análise da conduta do devedor durante o processo de falência, bem como a negociação entre devedor e credores a respeito do plano de recuperação judicial da empresa, a fim de evitar condutas abusivas por parte de quem detém a posição dominante. Da mesma forma, cabe ao juiz checar a adequação desse plano à lei, deixando de homologar aquele que contenha cláusulas fraudulentas, ilegais ou injustas. Outrossim, detém o juízo o poder de complementar as disposições legais, tomando decisões e adotando medidas necessárias para alcançar os objetivos da lei, de acordo com a demanda específica. Além disso, pode designar de ofício ou a pedido das partes, a qualquer momento e quantas vezes for necessário, audiências denominadas de *status conference*, para monitorar o desenvolvimento do caso e determinar a implementação mais rápida, econômica e eficaz do resultado final do seu julgamento.⁵⁴⁶

Tais disposições conferem ao Estado-juiz o papel de gerenciar o caso concreto de forma adequada, tendo em conta as suas especificidades e têm como base o conceito de *judicial case management* predominante no sistema estadunidense, assim descrito pelo autor:

It is a programming of the procedures involving a particular matter to be judged. Each stage of the judicial process is analyzed according to the specific case. The judge must establish the entire roadmap of actions so that all relevant points brought to trial can be observed, always with a view to ensure a more rapid an effective trial. It decreases the cost of litigation and increases the satisfaction of the claimants with the service provided by the Judiciary. The judge may designate hearings and/or CMC calls (Case Management Conference). The main objective is to determine the steps to the resolution of the disputes presented to the court, subjected to the specific needs of the concrete case.⁵⁴⁷

Tomando essa ideia como norte e levando em consideração que a atual legislação falimentar brasileira, a Lei 11.101/2005, foi inspirada nos mesmos princípios do *US Bankruptcy Code*, Costa vem desenvolvendo uma nova metodologia de trabalho na prática da

⁵⁴⁵ COSTA, Daniel Carnio. The New Theories on Business Judicial Reorganization in the Brazilian System. *International Journal of Insolvency Law*, vol 1, 2017, p. 5 (Disponível em: <http://ojs.imodev.org/index.php/IJIL/article/view/155/266>. Acesso em: 15/01/2018).

⁵⁴⁶ COSTA, Daniel Carnio. Case Management as an aspect of Public Administration subjected to the Constitutional Principle of Efficiency: the new democratic management of insolvency proceedings method. *Revue Internationale des Gouvernements Ouverts*, vol 6, 2017, p. 2-3 (Disponível em: <http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/206/342>. Acesso em: 15/01/2018).

⁵⁴⁷ *Ibid*, p. 3.

resolução de alguns casos de grande complexidade em trâmite na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, a que denomina de “Gestão Democrática de Processo” (“*Democratic Case Management*”). Esse modelo busca superar a insuficiência da forma tradicional de gestão do processo de insolvência, que acaba não fornecendo respostas adequadas e em tempo oportuno para que se alcance o êxito nos procedimentos de falência e liquidação ou recuperação judicial de empresas. Como afirma o magistrado, “a burocracia judicial tem sido um dos principais fatores a colaborar com a falta de eficiência da prestação jurisdicional”.⁵⁴⁸

Decretada a falência, o objetivo do processo de execução falimentar será arrecadar o patrimônio (ativos) da empresa falida, avaliá-lo e vendê-lo, pagando-se o maior número possível de credores. Concedida a recuperação judicial do devedor, o objetivo do processo de execução da recuperação será viabilizar a oportunidade para que a empresa supere a crise. Na forma tradicional de gestão desses processos de insolvência, a colheita das manifestações de todos os interessados (credores, devedores, comitê de credores, administrador judicial, perito e Ministério Público) por meio de despachos e petições escritas nos autos, é pressuposto para a emissão das decisões judiciais concernentes aos atos executórios (como arrecadação de bens, venda de ativos, avaliações, arrendamentos e etc.) para a liquidação da empresa ou, no caso de recuperação judicial, para a reorganização da mesma, de acordo com o respectivo plano aprovado pelos credores e homologado pelo juiz. Contudo, a complexidade de muitos desses processos de insolvência implica em uma demora incompatível com as necessidades da realidade e a dinâmica do mercado financeiro, o que interfere de maneira decisiva na duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) e eficiência (art. 37, “caput”, CF) da atividade judiciária.⁵⁴⁹

Ademais, embora uma das principais características da Lei 11.101/2005 seja a garantia da participação ativa dos credores nos processos de insolvência, com a previsão de uma Assembleia-Geral e de um Comitê de Credores, verifica-se na prática deficiências na fiscalização do cumprimento dos atos nos processos de falência e de recuperação judicial pela sua própria complexidade, quando envolvidas milhares de pessoas interessadas e muitas ações a serem praticadas simultaneamente. A Assembleia-Geral é convocada pelo juiz e presidida pelo Administrador Judicial, tendo, em síntese, as atribuições de deliberar sobre a constituição do Comitê de Credores e qualquer outra matéria que possa afetar os seus interesses, além de,

⁵⁴⁸ COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. *Cadernos Jurídicos*, ano 16, n.39, jan-mar/2015, p. 74.

⁵⁴⁹ COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. *Cadernos Jurídicos*, ano 16, n.39, jan-mar/2015, p. 74-75.

no caso de recuperação judicial, votar a aprovação, rejeição ou modificação do plano apresentado pelo devedor.⁵⁵⁰ O Comitê, por sua vez, zela pelo interesse dos credores, fiscalizando as atividades do administrador e a execução do plano de recuperação judicial, além de prestar informações ao juízo, podendo inclusive requerer a convocação de assembleia.⁵⁵¹

Destarte, diante da necessidade de preservar a participação de todas as partes interessadas na tomada de decisão e, priorizando a eficiência dos resultados sociais e econômicos enquanto elementos integrantes dos processos de falência e de recuperação judicial, passou Costa a conduzir a fase de execução de forma ágil, participativa e

⁵⁵⁰ Nos termos da Lei 11.101/2005:

Art. 35. A assembleia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I – na recuperação judicial:

- a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;
- b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
- c) (VETADO)
- d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta Lei;
- e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor;
- f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;

II – na falência:

- a) (VETADO)
- b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
- c) a adoção de outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145 desta Lei;
- d) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

Art. 36. A assembleia-geral de credores será convocada pelo juiz por edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, o qual conterà:

I – local, data e hora da assembleia em 1ª (primeira) e em 2ª (segunda) convocação, não podendo esta ser realizada menos de 5 (cinco) dias depois da 1ª (primeira);

II – a ordem do dia;

III – local onde os credores poderão, se for o caso, obter cópia do plano de recuperação judicial a ser submetido à deliberação da assembleia.

(...)

Art. 37. A assembleia será presidida pelo administrador judicial, que designará 1 (um) secretário dentre os credores presentes.

(...)

⁵⁵¹ Nos termos da Lei 11.101/2005:

Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei:

I – na recuperação judicial e na falência:

- a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial;
- b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei;
- c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores;
- d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados;
- e) requerer ao juiz a convocação da assembleia-geral de credores;
- f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta Lei;

II – na recuperação judicial:

- a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação;
- b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial;
- c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.

transparente, utilizando um modelo de gestão diferenciado, de modo a garantir a prestação jurisdicional adequada ao caso concreto.⁵⁵² Nessa nova abordagem as decisões judiciais são tomadas em “Audiências de Gestão Democrática do Processo”, que contam com a presença e efetiva contribuição de todas as partes envolvidas. Para tanto, o juiz deve definir antecipadamente quais serão os pontos a serem deliberados em audiência e convocar todos os atores processuais interessados a comparecer. E, na audiência são discutidas e decididas as questões jurídicas importantes para os atos executórios necessários naquele momento, respeitando-se a oportunidade de manifestação de todos os presentes.⁵⁵³

Essas Audiências de Gestão Democrática do Processo estão sendo utilizadas na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo desde 2011, quando começaram a ser desenvolvidas na paradigmática falência da VASP Airlines, ainda em andamento.⁵⁵⁴ Trata-se de demanda extremamente complexa, de interesse público e que envolve diferentes tipos de patrimônio (desde carcaças de aeronaves até minúsculas peças aeronáuticas de utilização específica, passando por imóveis, veículos e bens móveis espalhados por todo o território nacional e também no exterior) e uma grande quantidade de credores, especialmente trabalhistas (cerca de 15.000). Embora a falência da Companhia tenha sido decretada em 2008, poucos bens haviam sido vendidos até 2011 e nenhum credor havia recebido qualquer valor devido. A burocracia judiciária e a complexidade das questões importantes pendentes de decisão judicial, relacionadas a avaliação e venda dos ativos, representavam o principal motivo da demora, tendo em vista o tempo dispendido para a prévia oitiva de todos os interessados. Como resultado disso, passados 4 anos, todas as aeronaves continuavam nos aeroportos sem sequer terem sido avaliadas e a grande maioria dos demais ativos da massa falida ainda não tinha sido vendida.

Por conta do imbróglio que as carcaças de aviões estavam causando à já sobrecarregada infraestrutura aeroportuária do Brasil, foi firmado um convênio entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), envolvendo

⁵⁵² COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. *Cadernos Jurídicos*, ano 16, n.39, jan-mar/2015, p. 60.

⁵⁵³ COSTA, Daniel Carnio. Case Management as an aspect of Public Administration subjected to the Constitutional Principle of Efficiency: The New Democratic Management of Insolvency Proceedings Method. *International Journal of Open Governments*, 2017, vol 6, p. 37-38.

⁵⁵⁴ Outro exemplo de emprego da Gestão Democrática do Processo foi na recuperação judicial da LBR – Lácteos Brasil, em que em 2014 se alcançou a desburocratização da venda de 14 ativos da empresa, totalizando R\$ 533,4 milhões, proporcionando resultados que beneficiaram os credores e a sociedade em geral, permitindo a manutenção dos postos de trabalho e a exitosa reestruturação da companhia (COSTA, Daniel Carnio. O novo método da Gestão Democrática de Processos de Insolvência. In: CEREZETTI, Scheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez Anos da Lei 11.101/2005: Estudos sobre a lei de Recuperação e Falência*, São Paulo: Almedina, 2015, p. 42).

todas as entidades interessadas na desocupação dos aeroportos (Infraero, Advocacia-Geral da União, Tribunal de Contas, Ministério Público Federal e Concessionárias dos Aeroportos). Esse programa recebeu o nome de “Espaço Livre nos Aeroportos” e resultou em diversas reuniões realizadas em Brasília que permitiram coordenar a conduta de todos os interessados, a fim de agilizar a venda e remoção das aeronaves. Como resultado, todas as carcaças foram avaliadas e vendidas, cabendo aos compradores providenciar a sua retirada dos respectivos aeroportos.⁵⁵⁵

Diante do êxito dessa iniciativa, a mesma dinâmica de reuniões com todos os interessados no processo de falência passou a ser realizada na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, com o escopo de discutir e decidir em conjunto um destino satisfatório para bens restantes da massa falida da VASP, em atenção aos interesses dos credores e da sociedade em geral. Foram designadas pelo juízo falimentar audiências periódicas, sempre com ampla participação de todas as partes interessadas, incluindo sindicatos, associação de antigos empregados, credores e outros, o que permitiu o pagamento integral de todas as obrigações trabalhistas após a decretação judicial da falência. Como afirma Costa, a participação das partes no processo decisório fez com que:

todos os interessados se tornassem mais colaborativos e menos resistentes ao andamento do feito, na medida em que, através de deliberações e mediações, todos ficam mais conscientes dos objetivos do processo e de que o resultado positivo e esperado pela lei trará benefícios em geral ao funcionamento do sistema econômico e social, além de beneficiar, em particular, todos os interessados diretamente no processo de insolvência.⁵⁵⁶

Essa prática foi aprimorada e associada ao conceito estadunidense de *case management*, recebendo então o nome de “Gestão Democrática do Processo”. E, para o seu funcionamento foram estabelecidos os seguintes passos: i) identificação pelo juízo das questões que precisam ser decididas a fim de que o processo possa atingir a sua finalidade com eficiência; ii) publicação dos temas que serão discutidos, deliberados e decididos na Audiência de Gestão Democrática e intimação prévia de todos os interessados para comparecimento ao ato; iii) acompanhamento da agenda de discussões pelo juiz no momento da audiência, permitindo que todos os interessados apresentem os seus pareceres, sugestões e

⁵⁵⁵ No aeroporto de Congonhas, por exemplo, havia 12 carcaças de aeronaves ocupando espaços que eram vitais para a infraestrutura aeroportuária nacional. As carcaças foram todas vendidas e removidas dentro de alguns meses e o produto da venda foi utilizado para o pagamento de parte dos créditos dos credores trabalhistas. (COSTA, Daniel Carnio. Case Management as an aspect of Public Administration subjected to the Constitutional Principle of Efficiency: The New Democratic Management of Insolvency Proceedings Method. *International Journal of Open Governments*, 2017, vol 6, p. 42-43).

⁵⁵⁶ COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. *Cadernos Jurídicos*, ano 16, n.39, jan-mar/2015, p. 76.

informações relevantes por escrito ou oralmente, colocando cada ponto da pauta em deliberação entre os presentes, após o que o juiz decidirá cada questão específica, determinando as tarefas a serem implementadas pelas partes envolvidas e estabelecendo prazos e metas de cumprimento, que serão conferidos e cobrados na próxima audiência; e iv) designação de nova audiência de gestão democrática para acompanhamento do cumprimento de todas as medidas anteriormente determinadas, bem como para a discussão, deliberação e tomada de decisões sobre novas questões relevantes para a boa condução do processo.

Como afirma Costa, por meio desse modelo de gestão judicial se assegura a participação das partes na busca de soluções viáveis e com isso se induz maior comprometimento de todos os envolvidos na demanda com os resultados do processo, além de se conferir transparência ao caso e possibilitar o monitoramento do progresso dos atos executórios.⁵⁵⁷ Com efeito, perfilhando-se ao conceito de *judicial case management*, que além de influenciar o *U.S. Bankruptcy Code*, também norteou a nova forma de ativismo judicial identificada na resolução dos casos estadunidenses de *structural reform litigation*,⁵⁵⁸ o modelo de Gestão Democrática do Processo traz em si uma perspectiva de *experimentalist regulation*. Há nele rodadas de negociação e deliberação supervisionadas judicialmente entre todos os interessados no caso, sendo o resultado esperado deste processo o consenso acerca da estipulação de medidas estruturais, que terão a sua implementação periodicamente monitorada, à luz de procedimentos de avaliação e revisão transparentes.

Além disso, as ordens judiciais construídas ao longo desse debate continuado são fruto de todo o conhecimento, argumentos e elementos trazidos pelos interessados, que são relevantes para o deslinde de questões específicas antes insolúveis, podendo-se inferir, portanto, que são precisamente direcionadas para a superação das falhas organizacionais que ainda afetam o gozo dos direitos em lide, ou seja, à efetiva transformação da realidade social (*targeted transformative*).

Trata-se de iniciativa criativa e de fácil implementação, que não depende de recursos financeiros adicionais e que pode facilmente ser aplicada em outras ações de cunho coletivo, pelos respectivos juízos competentes, dependendo apenas de uma mudança de comportamento por parte dos operadores do direito, consonante com uma nova racionalidade procedimental, preocupada com a participação dos potenciais afetados e a efetivação do conteúdo da decisão judicial nos casos concretos. O Código de Processo Civil brasileiro vigente desde 2015 e a

⁵⁵⁷ COSTA, Daniel Carnio. Case Management as an aspect of Public Administration subjected to the Constitutional Principle of Efficiency: The New Democratic Management of Insolvency Proceedings Method. *International Journal of Open Governments*, 2017, vol 6, p. 39-41.

⁵⁵⁸ Cf. p. 46-48, Seção 2.

nova redação conferida à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 13.655/2018), como visto, já incorporam uma sistemática amparada na responsabilidade decisória e na cooperação, que comporta essa guinada para novas técnicas decisórias, especialmente quando estão em lide demandas que implicam alta complexidade e conflituosidade na desestabilização e abertura de organizações burocráticas.

Neste passo, a migração da técnica de Gestão Democrática do Processo que vem ganhando espaço no direito falimentar⁵⁵⁹ para o processo estrutural que deverá instrumentalizar a superação do ECI na ADPF 347, terá o condão de trazer à jurisdição constitucional uma nova concepção de Audiências Públicas, como mecanismos de efetiva abertura à participação social e à pluralização e democratização do processo decisório. Ao assumir o papel de protagonista na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição o STF expande a sua atividade de intérprete da lei, a fim de garantir soluções efetivas para os problemas sociais, dando conteúdo aos direitos e às garantias fundamentais que venham a realizar a justiça distributiva. E, ao desempenhar a função concretizadora de direitos que só terão significado no caso concreto, a prática decisória desse tribunal – assim como acontece em outros contextos, como o colombiano e o sul-africano – o aproxima do papel de *judge-made-law* presente nos sistemas de tradição do *common law*.⁵⁶⁰ Esse papel significativo na determinação dos resultados de políticas públicas exige que formas de *accountability* judicial associadas a mecanismos de gestão eficiente também passem a ser credenciais democráticas para a *judicial review* brasileira, especialmente no que concerne à responsividade do Poder Judiciário em relação às demandas dos potenciais afetados pelas suas decisões.

As Leis 9.882 e 9.868 de 1999, ao dar continuidade à reforma do sistema de controle de constitucionalidade, também lançaram o passo inicial em direção ao processo de judicialização da política no país. Ao mesmo tempo, ao introduzirem a possibilidade de participação de *amici curiae* e de designação de Audiências Públicas no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, indicaram a possível adequação dessa esfera institucional às

⁵⁵⁹ Cabe mencionar que a estratégia da Gestão Democrática do Processo desenvolvida por Carnio Costa na prática jurisdicional junto à 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo concorreu à Edição XII – 2015 do Prêmio Innovare, ganhando também notoriedade na mídia por meio da veiculação de diversos textos e entrevistas do autor (Conjur, Carta Forense, Valor Econômico, O Globo). Além disso, faz parte das propostas apresentadas por um Grupo de Trabalho instituído no CNJ para a modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e falência. Carnio Costa foi eleito em 2018 o “jurista do ano” no prêmio conferido pelo Conselho Superior dos Economistas do Brasil (OEB) e pelo Conselho Regional de Economia de São Paulo, em razão dos elevados índices positivos obtidos com a prática.

⁵⁶⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz Barboza; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. *Revista Direito GV*, vol 8(1), jan-jun/2012, p. 63-67.

mudanças advindas com o fortalecimento dos compromissos sociais e consequente reconhecimento dos direitos de participação cidadã no novo regime, especialmente no que tange à representatividade democrática em uma arena cada vez mais capaz de compartilhar as consequências políticas das demandas sociais.⁵⁶¹ Contudo, desde a primeira Audiência Pública realizada pelo STF em abril de 2007, antes mesmo desse mecanismo participativo estar regulamentado no Regimento Interno do tribunal, verificou-se a permanência de velhos padrões comportamentais e procedimentais atrelados à arranjos institucionais que refletem o modelo conservador de distribuição de poder ainda vigente. Isso porque, embora na ocasião tenha sido adotado como parâmetro o modelo de audiências já existente no Regimento Interno da Câmara dos Deputados,⁵⁶² o componente deliberativo ficou de fora do campo judicial desde o início.

Consoante o exposto na seção secundária 4.3, diferentemente do que acontece no Congresso Nacional, as Audiências Públicas levadas a efeito pelo STF não comportam a interação ou debate entre os participantes, perfazendo-se em meras exposições de pontos de vista antagônicos, sem qualquer diálogo entre as partes interessadas. Os próprios parlamentares, inclusive, têm frequentemente utilizado esse cenário para exposições monológicas sobre questões políticas e sociais controversas, a fim de evitar o risco do debate plural e igualitário previsto no processo legislativo.⁵⁶³ Ademais, membros do Poder Executivo

⁵⁶¹ SOMBRA, Thiago Luis. Why Should Public Hearings in the Brazilian Supreme Court Be Understood as an Innovative Democratic Tool in Constitutional Adjudication? *German Law Journal*, vol. 17, n. 4, 2016, p. 666-667.

⁵⁶² A matéria está disciplinada no Capítulo III do Título VIII do Regimento Interno da Câmara dos Deputados da seguinte forma:

“DA AUDIÊNCIA PÚBLICA

Art. 255. Cada Comissão poderá realizar reunião de audiência pública com entidade da sociedade civil para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada.

Art. 256. Aprovada a reunião de audiência pública, a Comissão selecionará, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites.

§ 1º Na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame, a Comissão procederá de forma que possibilite a audiência das diversas correntes de opinião.

§ 2º O convidado deverá limitar-se ao tema ou questão em debate e disporá, para tanto, de vinte minutos, prorrogáveis a juízo da Comissão, não podendo ser apartado.

§ 3º Caso o expositor se desvie do assunto, ou perturbe a ordem dos trabalhos, o Presidente da Comissão poderá adverti-lo, cassar-lhe a palavra ou determinar a sua retirada do recinto.

§ 4º A parte convidada poderá valer-se de assessores credenciados, se para tal fim tiver obtido o consentimento do Presidente da Comissão.

§ 5º Os Deputados inscritos para interpelar o expositor poderão fazê-lo estritamente sobre o assunto da exposição, pelo prazo de três minutos, tendo o interpelado igual tempo para responder, facultadas a réplica e a tréplica, pelo mesmo prazo, vedado ao orador interpelar qualquer dos presentes” (disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cft/audiencias-publicas/Normas%20Regimentais>).

⁵⁶³ Uma análise empírica feita por Thiago Luis Sombra sobre todas as dezoito Audiências Públicas convocadas pelo STF até 2016, revelou, dentre outras coisas, que um significativo número de parlamentares se candidata e

sempre estão presentes e participam apresentando os posicionamentos do governo.⁵⁶⁴

Diante desse quadro, a adoção de Audiências de Gestão Democrática do Processo, enquanto instrumentos de deliberação popular no contexto do controle judicial estrutural de constitucionalidade das políticas públicas que instrumentalizam a implementação da faceta prestacional de direitos fundamentais, pode viabilizar uma aproximação entre os representantes dos poderes públicos e as expectativas da população de representados, promovendo uma democracia constitucional inclusivista e responsiva, em prol da transformação da realidade política e social brasileira. E, especificamente no caso de ADPF, essa mudança de paradigma pode vir a suprir a lacuna deixada pelo veto presidencial ao inciso II do art. 2º da Lei 9.882/1999, que previa como legitimados para propor a arguição “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”, permitindo assim o acesso popular⁵⁶⁵ ao controle de constitucionalidade e incursões na sala de máquinas da Constituição.⁵⁶⁶

Na ADPF 347/2015, especificamente, acaso julgado procedente o pedido de mérito e declarado o ECI do sistema carcerário brasileiro, deverá ser primeiramente determinado ao poder público federal a elaboração de um plano de ação para o enfrentamento dos problemas do sistema penitenciário nacional, cabendo ao STF, a partir das informações recebidas do DEPEN e com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) do CNJ, definir os critérios gerais a serem seguidos para a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos reclusos,⁵⁶⁷ com base no que preveem a Lei de Execução Penal brasileira e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (“Regras de Nelson Mandela”)⁵⁶⁸, assim como no contido no Planejamento Nacional

comparece a essas audiências para falar, mesmo o legislativo possuindo um mecanismo similar para ouvir especialistas e cidadãos sobre temas pontuais (SOMBRA, Thiago Luis. Why Should Public Hearings in the Brazilian Supreme Court Be Understood as an Innovative Democratic Tool in Constitutional Adjudication? *German Law Journal*, vol. 17, n. 4, 2016, p. 663-664).

⁵⁶⁴ SOMBRA, Thiago Luis. Why Should Public Hearings in the Brazilian Supreme Court Be Understood as an Innovative Democratic Tool in Constitutional Adjudication? *German Law Journal*, vol. 17, n. 4, 2016, p. 664.

⁵⁶⁵ ROA, Jorge Ernesto Roa. *Controle de Constitucionalidade Deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2019, p. 48. *Vide* também nota 6.

⁵⁶⁶ GARGARELLA, Roberto. *La Sala de Máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires: Katz, 2014, p. 335-340.

⁵⁶⁷ Sobre a relação entre a garantia de um mínimo existencial e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana, no contexto constitucional brasileiro, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais*, Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 521-555.

⁵⁶⁸ As Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos foram adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de

de Política Penitenciária e Criminal em vigor, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Para a elaboração desse plano poderão ser realizadas reuniões técnicas entre representantes das instituições diretamente responsáveis, do DMF/CNJ e da Comissão do Sistema Prisional do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e especialistas indicados pelo próprio tribunal. Apresentado o plano de solução com prazos e metas a serem cumpridas a curto, médio e longo prazo, deverá este ser submetido à análise e deliberação dos atores governamentais e não governamentais envolvidos e outros interessados, por meio de uma ou mais Audiências de Gestão Democrática do Processo.

Fazendo um paralelo com o que acontece no direito falimentar, a União e os Estados estariam na posição da “empresa devedora” em recuperação judicial e os presos, por meio das entidades da sociedade civil que os representam, o PSOL (partido peticionário), a Procuradoria-Geral da República, a Defensoria-Geral da União e os seus pares nos Estados, figurariam como “credores”, enquanto beneficiários diretos ou interessados no adimplemento dos direitos envolvidos, que, diferentemente do que acontece na esfera privada, são fundamentais e, portanto, indisponíveis. O Ministro Relator, ou juiz que o substitua, atuaria como catalisador deliberativo, promovendo e gerenciando as rodadas de deliberação para a construção conjunta de soluções viáveis e eficientes.

Para cada Audiência de Gestão Democrática designada, deveriam ser intimadas com antecedência as partes acima mencionadas e convidados os especialistas que o Poder Judiciário entender pertinente, bem como lançado edital de convocação comunicando e convidando todos os demais interessados a se inscreverem para participar. Os *amicus curiae* já admitidos no processo⁵⁶⁹ seriam intimados na qualidade de organizações da sociedade civil que representam os presos. Aos participantes deverá ser possibilitado o acesso prévio ao plano, a fim de estarem habilitados ao debate. Primeiramente, seriam convocadas audiências para a discussão e homologação do plano nacional, em que seriam debatidas as questões de ordem macro e que envolvem a competência da União. Homologado o plano nacional, seria determinada a discussão e elaboração dos respectivos planejamentos estaduais e distrital, com

31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social. Decorridos 60 anos de vigência, a comunidade internacional iniciou no ano de 2012 em Viena o seu processo de atualização, que culminou com a nova denominação de Regras de Mandela (Mandela’s Rules), em homenagem ao líder político sul-africano Nelson Mandela, formalizada pela ONU em 22 de maio de 2015, no âmbito da Comissão de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal.

As Regras de Mandela levam em consideração os instrumentos internacionais vigentes no Brasil, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradante, buscando assegurar a dignidade e o respeito não só às pessoas privadas de liberdade, como também a seus familiares. Sua finalidade principal é a reinserção social e a prevenção da reincidência dos presos, assegurando-lhes o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁵⁶⁹ Cf. nota 535.

a delegação de competência aos juízos locais para o *case management* da fase executória. A partir daí aconteceriam Audiências de Gestão Democrática para debater as questões específicas sobre cada etapa a ser adimplida no âmbito local e de acordo com as particularidades de cada estabelecimento prisional.

Ao magistrado caberá identificar as causas estruturais das falhas institucionais que deverão ser superadas em cada etapa do plano estadual ou distrital, definindo assim as questões que serão decididas a cada Audiência de Gestão Democrática. Tais temas serão o objeto da discussão e deliberação nas audiências, devendo ser publicados com antecedência, por ocasião da convocação dos participantes. E, no momento da audiência, competirá a ele o gerenciamento da agenda de discussões, permitindo a participação de todos em igualdade de condições, à semelhança do que ocorrido no âmbito nacional. Após o que, decidirá cada questão específica, emitindo as ordens estruturais pertinentes (“*targeted transformative*”) e fixando, de acordo com o planejamento apresentado, os prazos e metas a serem cobrados na próxima audiência. Nesse intento, o Estado-Juiz deverá contar com o auxílio de uma Comissão de Monitoramento, a ser composta de forma plural, para o acompanhamento da implementação das medidas estruturais, a qual competirá fornecer informações ao juízo e, inclusive, solicitar a designação de novas audiências.

Em complementação, a exemplo do que acontece no contexto de *structural reform litigation* estadunidense, os especialistas eventualmente convidados para a audiência, que detenham conhecimento técnico sobre a temática em lide, poderão auxiliar o juízo na elaboração e consideração das medidas estruturais a serem prolatadas. Da mesma forma, poderão ser designados *special masters* para atuar como auxiliares da justiça dentro das estruturas que se pretende reformar, com a função de observar as práticas cotidianas e avaliar o empenho do demandado em cumprir as ordens judiciais, reportando tais constatações *in loco* ao juízo.⁵⁷⁰

As lições extraídas do direito comparado, somadas ao aprendizado que estratégias exitosas de origem nacional podem oferecer, parecem ser capazes de dar substrato à construção de soluções consonantes com o *nomos*⁵⁷¹ em que a migração do ECI para o Brasil se insere. As experiências bem-sucedidas do direito privado, se consideradas as peculiaridades

⁵⁷⁰ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 852-853.

⁵⁷¹ Essa expressão, cunhada por Robert Cover, significa um “universo normativo”, que inclui as instituições e prescrições jurídicas, bem como as narrativas que as situam e lhes dão significado, constituindo, portanto, o “nosso mundo” tanto quanto a realidade material, sensível, o faz (COVER, Robert. *Nomos and Narrative* (1983). In: SARAT, Austin; RYAN, Michael; MINOW, Martha. *Narrative, Violence and the Law: The Essays of Robert Cover*. Michigan: The University of Michigan Press, 1995, p. 95-97).

atinentes ao direito fundamental violado, podem servir ao aperfeiçoamento das iniciativas catalisadoras deliberativas pontuais e intuitivas já existentes na jurisdição ordinária e influenciar a proliferação de respostas institucionais adequadas à inobservância dos preceitos constitucionais em sede de litígios estruturais. E, embora não se faça necessária qualquer alteração legislativa para isso, a introjeção da prática da Gestão Democrática de Processos pode resultar em acréscimos ao PL 8.058/2014 que se encontra em andamento.

As formas de intervenção judicial estrutural variam de acordo com o contexto sócio-político, jurídico e institucional em que os tribunais estão inseridos, mas tratando-se de direitos fundamentais que contam com uma força normativa que não é meramente programática, é a postura ativa e dialógica do Estado-Juiz, atrelada ao desenvolvimento de mecanismos participativos e deliberativos para a implementação das medidas estruturais na fase pós-julgamento, que tem contribuído para promoção de mudanças sociais a fim de dar efetividade às promessas constitucionais.

5 CONCLUSÃO

A doutrina do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) não é filha única de um novo modelo de ativismo judicial no âmbito da Corte Constitucional da Colômbia, na tutela jurisdicional de direitos fundamentais. Também não se refere a um evento isolado e limitado às fronteiras do seu local de nascimento. Trata-se de uma dentre várias novidades dialógicas que exsuriram no contexto dos recentes processos de judicialização da política em países do Sul Global, em que a existência de litígios estruturais é fato dado. A aparição desse tipo de conflito está estritamente ligada a momentos de metamorfose da realidade política e social, em que superar completamente o *status quo ante*, dissonante com o novo regime em vigor, significa enfrentar algumas cargas de inércia burocrática e deficiências institucionais pela via judicial.

Seja na sua origem, em *Brown vs. Board of Education*, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos assumiu a liderança na condução do povo americano aos novos valores constitucionais do *New Deal*; seja na Colômbia, onde sentenças como a T-025/2004 demonstram o claro comprometimento da Corte Constitucional de velar para que o projeto transformador contido na Constituição de 1991 se torne realidade; seja na África do Sul, em que casos como o *Olivia Road* reforçam o papel da jurisdição constitucional no estabelecimento de uma sociedade pós-*Apartheid* baseada na justiça social, o componente comum dentro das especificidades de cada “juriscultura” é a transformação das instituições e das relações de poder que afetam o efetivo gozo de novos (ou ressignificados) direitos constitucionais, geralmente atribuídos a grupos vulneráveis.

No Brasil, da mesma forma, o empréstimo do modelo de intervenção judicial estrutural colombiano não se dá fora de um contexto. Nele se inserem um extenso catálogo de direitos constitucionais com um projeto drasticamente emancipador e transformador, bloqueios políticos e institucionais para a sua concretização efetiva, e falta de capacidade dos mecanismos habituais de *accountability* vertical para provocar a autocorreção dos órgãos burocráticos envolvidos. Somam-se a isso mais retrocessos do que avanços em relação aos mecanismos de participação direta dos cidadãos na tomada de decisões políticas.

Tal conjuntura tem levado o Poder Judiciário a ser acionado de forma rotineira e nas diversas esferas da jurisdição, para resolver demandas individuais e coletivas que envolvem o não funcionamento, ou o funcionamento inadequado ou ineficiente de políticas públicas, que deveriam instrumentalizar as obrigações constitucionais que colocam o Estado a serviço da construção da igualdade e da justiça social, enquanto compromissos primordiais do novo

regime instalado em 1988. Todavia, as respostas processuais tradicionais não têm comportado a complexidade inerente a esse tipo de litígio, que envolve multipolaridade, visão prospectiva e desestabilização. E, nesse campo, a doutrina e a jurisprudência mais atenta ao direito comparado têm se valido da experiência alienígena para propor mudanças. Existem propostas legislativas anteriores e posteriores à ADPF 347/2015, houve a reforma do regime processual civil brasileiro em 2015, surgem novas teorias e debates doutrinários, bem como desabrocham algumas (ainda poucas) intervenções judiciais estruturais pontuais.

Diante desse cenário, o ECI bate à porta da mais alta cúpula do Poder Judiciário brasileiro, trazendo consigo um dos mais graves problemas sociais estruturais do país: a (perene) crise de direitos humanos do sistema carcerário. E, também, a perspectiva de um *leading case* para a implantação de uma nova racionalidade procedimental, voltada à efetiva transformação do mundo dos fatos. A porta é entreaberta, mas a plenitude da sua abertura também esbarra em bloqueios políticos e institucionais.

A reunião das funções de tribunal constitucional, foro especializado e tribunal de apelação em última instância gera uma enxurrada de ações para julgamento no STF, em número incompatível com a sua capacidade institucional e certamente prejudicial ao cumprimento da sua responsabilidade de guardião da Constituição. Destarte, desde 2016, com o agravamento da crise política no país, são os temas afetos a sua competência de foro especializado que têm prevalecido na pauta de julgamentos do Supremo, ficando de lado questões menos populares, como é o caso da ADPF 347/2015, embora as condições inconstitucionais de encarceramento no país continuem se agravando e resultando em motins e rebeliões sangrentos, amplamente noticiados e criticados por organismos nacionais e internacionais.

Os julgamentos do STF, ademais, não são efetivamente um palco de deliberação interna, os Ministros levam os seus votos prontos, sendo o resultado final determinado pela soma do voto individual de cada um, independentemente da linha de fundamentação desenvolvida, operando-se a publicação dos votos divergentes. Ao invés de decisões institucionais e unitárias, derivadas do consenso atingindo por meio do embate argumentativo, existem “11 ilhas” decisórias que não deliberam entre si. Quanto à deliberação externa, embora a instituição de Audiências Públicas e possibilidade de apresentação de *amici curiae* na jurisdição do tribunal, tenham representado algum avanço, estão longe de se configurar em verdadeiros mecanismos participativos, já que não há qualquer promoção ao debate deliberativo nesses espaços.

Mas a intervenção judicial estrutural que a declaração de um ECI inaugura reclama uma corte com ao menos algum potencial deliberativo. O desempenho de um papel consequentialista por parte do Estado-juiz não conta com uma legitimidade *a priori*, podendo sua “performance deliberativa” durante o processo vir a lhe conferir esse atributo e contribuir para a produção da resposta mais adequada e eficiente no momento.

O “policentrismo extrajurídico” e a desestabilização de práticas sociais estagnadas, que marcam essa prospectividade dos provimentos estruturais, também são característicos de algumas demandas de direito privado, especialmente as que envolvem a insolvência empresarial, em que os juízes muitas vezes precisam se engajar de maneira direta em processos de reestruturação. Nessa área, o modelo procedimental em vigor já se distancia do tradicional, prevendo maior autonomia às partes na construção de soluções compactuadas, por meio de assembleias deliberativas e comitês fiscalizatórios. Além disso, diante das necessidades verificadas em alguns casos de maior complexidade, se desenvolveu e está se disseminando um novo modelo de gestão processual, pautado na abordagem do juiz catalisador deliberativo, que toma forma por meio de Audiências de Gestão Democrática do Processo e tem obtido bons resultados.

Nada impede que essa expertise do direito falimentar venha a influenciar outros ramos do direito brasileiro, agregando valor a uma nova racionalidade procedimental na reforma estrutural de instituições e políticas públicas. Assim como, não é necessária inovação legislativa para a inauguração de um novo formato para as Audiências Públicas utilizadas na jurisdição constitucional.

Nesse diapasão, defender que o STF atue como catalisador deliberativo, realizando um diálogo com as demais esferas de poder e a sociedade, a partir do redesenho desse mecanismo de participação popular no processo, pode significar o (ainda tímido) começo de uma nova história, que se passa ao largo daquelas antes contadas, sobre a importação acrítica de fórmulas “mágicas” estrangeiras. Deixar o ECI entrar, com toda a sua bagagem, significa uma oportunidade para se aperfeiçoar o modelo brasileiro, sem ignorar as experiências internacionais. Porém essa receptividade depende da superação da inércia e da cultura monológica que impregna a tomada de decisão desse tribunal.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*, vol 1, Cambridge: Harvard University Press, 1990.

ALBERNATHY, Charles F.. *Law in the United States: Cases and Materials*, Washington D.C.:International Law Institute, 1995.

ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. In: FIERRO, Héctor Fix; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Ius Constitutionale Commune em América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Série Doctrina Jurídica, N. 688, 2014.

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

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes. In: _____; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz Barboza; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. *Revista Direito GV*, vol 8(1), jan-jun/2012.

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2008.

BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutierrez. *El amparo estructural de los derechos*, Tese aprovada no Doutorado em Direito e Ciência Política da Universidade Autônoma de Madrid. Madrid, 2016.

BERGALLO, Paola. Justice and Experimentalism: The Judiciary’s Remedial Function in Public Interest Litigation in Argentina. *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. Paper 44, 2005 (Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3049992, Acesso em 22/02/2017).

_____. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Ius Constitutionale Commune em América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México:Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 68, 2014.

_____. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago 2015.

_____. O mandado transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurígenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, 2019.

BOVENS, Mark. Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanism, *West European Politics Journal*, vol 33, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago 2013.

BRINKS, Daniel; VARUN, Gauri. Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas em la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

BROOCKE, Bianca M. Schneider van der. Corte Interamericana de Derechos Humanos e a Crise no Sistema Carcerário Brasileiro: entre o litígio estratégico e o litígio estrutural. In: ALVES, Verena Holanda de Mendonça; NEVES, Rafaela Teixeira Sena; RESQUE, João Daniel Daibes. *Direitos Humanos e(m) Tempos de Crise*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (org.) *Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

_____. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2012.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CASSELLS, Jamie. Judicial activism and public interest litigation in India: attempting the impossible? *American Society of Comparative Law*, v. 37, n. 3, 1989.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, Special Issue, 2004.

_____. *Cómo se hizo la Asamblea Constituyente?* In: ALESINA, Alberto (Ed.). *Colombia: Economía, Política y Sociedad*, Massachusetts: The MIT Press, 2005.

_____. The Constitutional Protection of IDPs in Colômbia. In: RIVADENEIRA, Rodolfo Arango (Ed.). *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: The Colombian Experience*, Washington: The Brookings Institution – University of Bern, nov/2009.

_____. Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court. *Texas Law Review*, vol 89, 2011.

CHAYES, Abram. The Role of The Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 07, mai/1976.

COSTA, Daniel Carnio. O novo método da Gestão Democrática de Processos de Insolvência. In: CERZETTI, Scheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez Anos da Lei 11.101/2005: Estudos sobre a lei de Recuperação e Falência*, São Paulo: Almedina, 2015.

_____. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. *Cadernos Jurídicos*, ano 16, n.39, jan-mar/2015.

_____. The New Theories on Business Judicial Reorganization in the Brazilian System. *International Journal of Insolvency Law*, vol 1, 2017 (Disponível em: <http://ojs.imodev.org/index.php/IJIL/article/view/155/266>. Acesso em: 15/01/2018).

_____. Case Management as an aspect of Public Administration subjected to the Constitutional Principle of Efficiency: the new democratic management of insolvency proceedings method. *Revue Internationale des Gouvernements Ouverts*, vol 6, 2017(Disponível em: <http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/206/342>. Acesso em: 15/01/2018).

COVER, Robert. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities, *Yale Law Journal*, vol. 91, 1981/1982.

_____. Nomos and Narrative (1983). In: SARAT, Austin; RYAN, Michael; MINOW, Martha. *Narrative, Violence and the Law: The Essays of Robert Cover*. Michigan: The University of Michigan Press, 1995.

DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Os Irmãos Karamázov*. São Paulo: Editora 34, 2012.

EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C.. The ordinary and the extraordinary in Institutional Litigation, *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 3, jan/1980.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio César Bueno. Decisões Estruturantes na Jurisdição Constitucional Brasileira: Critérios Processuais da Tutela Jurisdicional de Direitos Prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 4, 1, 2018.

_____. O Potencial Catalizador da Tutela Coletiva dos Direitos Econômicos e Sociais: um enfoque a partir dos diálogos horizontais em direitos humanos. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais*, Salvador: JusPodivm, 2019.

FERRARO, Marcela Pereira. *Do Processo Bipolar a um Processo Coletivo-Estrutural*, dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015.

FISS, Owen M.. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

_____. The forms of justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979.

_____; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives: An Introduction to Procedure*, New York: Foundation Press, 2003.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2010.

_____. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?, *Perfiles Latinoamericanos*, n. 28, Sécción Varia, Julio-Diciembre 2006.

_____. *As Teorias da Justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: _____ (org.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

_____. *La Sala de Máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires: Katz, 2014.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015.

GOTTI, Alessandra. Tutela Estratégica dos Direitos Sociais. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais*, Salvador: JusPodivm, 2019.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). *Dicionário Técnico Jurídico*, São Paulo: Riddel.

GUIMARÃES, Lívia Gil. *Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso, prática e lobby*. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

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

_____. The Judicialization of Politics. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Org.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press: New York, 2008.

HUNNEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, *Yale Journal of International Law*, vol 40, n.1, 2015.

HUNTINGTON, Samuel P.. Democracy's Third Wave. *Journal of Democracy*, vol. 2, n. 2, 1991.

JARAMILLO, Leonardo García. Aproximación a la discusión sobre Políticas Públicas y Justicia Constitucional: A propósito del Estado de Cosas Inconstitucional. *Revista Estudios de Derecho*, vol. 68, n. 152, 2011.

_____. *Transformative Constitutionalism in Latin America: A Dialogic Route to Utopia?* In'tl J. Const. L. Blog, Apr. 13, 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/04/transformative-constitutionalism-in-latin-america-a-dialogic-route-to-utopia>. Acesso em 21/07/2019.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. Reflexões sobre a Necessidade de uma Teoria dos Litígios Estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

KLARE, Karl E . Legal Culture and Transformative Constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, Vol 14 (1), 1998.

KLARMAN, Michael. Brown Vs. Board of Education. Law or Politics? UVA School of Law, *Public Law Research Paper* No. 02-11, Dec/2002.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos*, v. 96, Jul/2013.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca M. S.. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: Ativismo Dialógico e Democratização do Controle de Constitucionalidade no Brasil”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 53, jul/dez 2018.

LANDAU, David. Instituciones Políticas Y Función Judicial em Derecho Constitucional Comparado, *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, n. 24, jan-jun/2011.

_____. The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*, vol. 53, number 1, winter/2012.

LEGRAND, Pierre. *Como ler o Direito Estrangeiro*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

LIEBENBERG, Sandra. Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of ‘meaningful engagement’. *African Human Rights Law Journal*, vol 12, n.º 1, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese aprovada no Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo. São Paulo:2008.

_____. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

_____; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; ARANTES, Rogério Bastos (coord.). *Ações Coletivas no Brasil: Temas, Atores e Desafios da Tutela Coletiva*. Sociedade Brasileira de Direito Público, 2ª Edição da Série Justiça Pesquisa – Conselho Nacional de Justiça, 2018.

MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. *Filosofia de los Derechos Humanos*. Barcelona: Herder Editorial, 2010.

NAGEL, Robert F.. Controlling the Structural Injunction, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 7, n. 2, 1984.

NUNES, Leonardo Silva. A Certificação de Processos Estruturais. In: REICHELDT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (org.). *Coletivização e Unidade do Direito*. Londrina: Thoth, 2019.

OSNA, Gustavo. Nem “Tudo”, nem “Nada” – Decisões Estruturais e Efeitos Jurisdicionais Complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

PERUZZOTTI, Enrique; SMULVITZ, Catalina. Social accountability: na introduction. In: _____ (ed.) *Enforcing the rule of law: social accountability in the new latin american democracies*. University of Pittsburgh Press, 2006.

PIANA, Daniela. Beyond Judicial Independence: Rule of Law and Judicial Accountabilities in Assessing Democratic Quality, *Comparative Sociology*, Koninklijke Brill NV, Leiden, vol 9, 2010.

PILLAY, Anashri. Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, n.º 3, jul/2012.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic constitutionalism and Backlash, *Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review*. v. 42, 2007.

_____. *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

PUGA, Mariela. La Litis Estructural en El Caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.), *Processos Estruturais*, Salvador: Juspodivm, 2017.

PULCINELLI, Elinana. *STF como Indutor da Mudança no Constitucionalismo de Transformação*. Curitiba: Juruá, 2016.

RESNIK, Judith. Managerial Judges, *Harvard Law Review*, vol 96, n. 378, 1982-1983.

ROA, Jorge Ernesto Roa. *La acción pública de constitucionalidad a debate*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2015.

_____. *Controle de Constitucionalidade Deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2019.

RODRÍGUEZ, Camilo A. Delgado. *Discutamos: La intervención judicial em las políticas públicas em el marco de los casos estructurales de vulneración de Derechos Sociales - Análisis de caso Argentina, Colombia e India*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2017.

RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios Jurídicos Processuais como Mecanismos de Auxílio à Efetivação de Políticas Públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

SABEL, Charles F; SIMON, William H.. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 4, fev/2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial – Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais*, Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

SCHLANGER, Margo. Beyond The Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation, *Michigan Law Review*, vol. 97, mai/1999.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.

SIEGEL, Reva. El discurso de la igualdad: los valores de antilibordinación y anticlasiificación em las luchas constitucionales em torno al caso “Brown”. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 250, 2009.

_____. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOMBRA, Thiago Luis. Why Should Public Hearings in the Brazilian Supreme Court Be Understood as an Innovative Democratic Tool in Constitutional Adjudication? *German Law Journal*, vol. 17, n. 4, 2016.

STURM, Susan. Resolving the Remedial Dilema: Strategies of Judicial Intervention in Prisons, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 138, 1990.

SUPTITZ, Carolina Elisa. *O Instrumento Jurisdicional da Audiência Pública e os Movimentos de Sincronia e Anacronia com relação à Comunidade Contemporânea*. Dissertação de Mestrado aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, New Jersey: Princeton University Press, 2008.

_____. A Response to David Landau – Responding to David Landau: The Reality of Social Rights Enforcement, 53 HARV. INT'L L.J. 189 (2012). In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*, Salvador: Juspodivm, 2017.

UNGER, Roberto Mangabeira. *False Necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

UPRIMNY, Rodrigo. A Judicialização da Política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos, *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 6, Ano 4, 2007.

_____. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, vol. 89, n. 7, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

_____. Estado De Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a construção da resposta adequada. In: BOLONHA, Carlos. BONIZZATO, Luigi e MAIA Fabiana (coords.). *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016.

VARUN, Gauri; BRINKS, Daniel (eds.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge: Cambridge Press, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, vol 4(2), jul-dez 2008.

VIOLIN, Jordão. *Protagonismo Judiciário e Processo Coletivo Estrutural*. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*, Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *Processos Estruturais em Perspectiva Comparada: A experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos*. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2019.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e Implementação de Mudanças Socialmente Relevantes pela Via Processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 369-422;

_____. Levando os conceitos a sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, vol. 284/2018, Out/2018.

_____. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. *UCLA Law Review*, vol. 25, 1977-1978.

WEST, Robin. Progressive and Conservative Constitutionalism. *Michigan Law Review*, vol. 88:641, 1990.

WILLIAMS, Lucy A. .The Right to Housing in South Africa: an envolving jurisprudence. *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 45, n.º 3, 2014.

WHITTINGTON, Keith E.. Constitutionalism. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Org.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press: New York, 2008.

ANEXOS