



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Eduardo Sousa Dantas

**Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas
inconstitucional**

Rio de Janeiro

2017

Eduardo Sousa Dantas

Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

D192 Dantas, Eduardo Sousa.
Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas
inconstitucional / Eduardo Sousa Dantas. - 2017.
217 f.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direitos fundamentais - Teses. 2. Discricionabilidade judicial - Teses. 3.
Direito internacional - Teses. I. Pessanha, Rodrigo Brandão Viveiros.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.7

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Eduardo Sousa Dantas

Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovado em 22 de fevereiro de 2017.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Carlos Alexandre de Azevedo Campos
Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dra. Helena Elias Pinto
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2017

DEDICATÓRIA

Ao meu avó Jeremias Laurentino de Sousa, pelo amor que sempre me deu em vida e pelo exemplo de inteligência e intrepidez de espírito.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Tasso e Ângela, grandes responsáveis por todos os êxitos e tudo de bom que existe em mim e na minha vida, jamais poderei expressar em palavras o tamanho da minha gratidão pelo amor e pelas lições que me foram passadas através de palavras e comportamentos. Obrigado por propiciar um ambiente tão saudável para o meu desenvolvimento e por todos os investimentos e as apostas que fizeram em mim.

Às minhas irmãs, Flávia e Andrea, por serem essas referências de pessoas e de profissionais, sempre me mostrando os caminhos a serem trilhados e que é possível chegar lá. A Luís Guilherme, meu sobrinho e afilhado, por ser esse sopro de alegria e juventude em nossas vidas. À Brennda, por ter estado ao meu lado nos bons e nos maus momentos.

A todos os colegas da magistratura federal, em especial aos amigos Marcelo Sampaio e Anderson Santos, que sempre torceram por mim e me apoiaram durante essa caminhada.

Aos meus colegas de mestrado, por toda a ajuda na elaboração do trabalho e pela agradável convivência nesses últimos dois anos. A companhia de vocês fez com que essa jornada fosse mais amena e divertida.

À professora e juíza federal Helena Elias Pinto, pela amizade e companhia no trabalho e na academia e por todo o incentivo e apoio que me deu durante essa caminhada, em especial nos momentos mais difíceis, quando pensei que não seria possível chegar até aqui.

Ao professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, pela leitura atenta desse trabalho no exame de qualificação e pelas sugestões apresentadas e incorporadas, na medida do possível. Agradeço, ainda, pelo compartilhamento de textos e informações e pelas sugestões bibliográficas que tanto enriqueceram essa pesquisa. Carregarei comigo, para o resto da vida, esse exemplo de solidariedade e grandiosidade que integram o verdadeiro espírito e a essência da academia.

Ao professor Rodrigo Brandão, grande mestre e orientador, cujas aulas realmente marcaram e modificaram profundamente a compreensão que tinha e que hoje tenho sobre a jurisdição constitucional. Obrigado por todos os ensinamentos, pela paciência, pelo tempo despendido na leitura desse trabalho e pelas excelentes ideias e orientações que foram repassadas.

Todos os méritos desse trabalho são seus, enquanto os erros eu atribuo às minhas limitações.

rights are not gifts: they are won through concerted collective action arising from both a vibrant social society and public subsidy. (Charles Epp, The Rights Revolution)

RESUMO

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. 2017. 217 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O presente trabalho busca analisar as ações estruturais ajuizadas para a proteção de direitos fundamentais, as quais deram origem ao instituto do estado de coisas inconstitucional através da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia. Objetivou-se investigar a origem histórica dessas ações e definir os seus conceitos, aproveitando-se das lições do direito estrangeiro para verificar como essas ações podem ser incorporadas no Brasil. Foram elencados os requisitos necessários à caracterização dessas ações, como a omissão estatal que gera falhas estruturais, a urgência e a complexidade dos casos. As principais críticas a essas ações são enfrentadas, como as que se referem ao caráter ativista dessas decisões, à violação ao princípio democrático, separação dos poderes, ausência de capacidade institucional do judiciário para tomar a melhor decisão e a excessiva discricionariedade judicial na intervenção nas políticas públicas estabelecidas. Também são investigadas as diversas técnicas decisórias utilizadas nessas ações e os modelos decisórios de ordens rígidas e fechadas, de ordens abertas e flexíveis e o modelo típico do experimentalismo democrático. A eficácia ou efetividade prática desses instrumentos e institutos foi, igualmente, objeto de estudo. A metodologia de trabalho adotada foi a pesquisa às principais obras jurídicas estrangeiras e nacionais sobre o tema, incluindo textos que permitem uma análise crítica e construtiva sobre o assunto.

Palavras-chave: Ações estruturais. Direitos fundamentais. Estado de coisas inconstitucional.

ABSTRACT

DANTAS, Eduardo Sousa. Structural injunctions, civil rights and the unconstitutional state of affairs. 2017. 217 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

This work has the purpose to study the structural injunctions used to protect civil rights, which originated the figure of the unconstitutional state of affairs through the decisions of the Constitutional Court of Colombia. One of the goals was to investigate the historical origin of these actions and define its concepts taking advantage of the foreign literature, anticipating how these actions could be introduced in Brazil. The requisites of these actions were listed, as the state negligence which generates structural failures and the urgency and complexity of the cases. The most important objections to these actions are faced, as those who claim that these decisions are examples of judicial activism, with violation of the idea of democracy and separations of powers, and also those who argues the lack of institutional capacity of the judiciary to choose the best means to overcome these situations, allied to the excessive remedial discretion used by courts. It is also investigated the several techniques and parameters used to decide these cases and the implementations's models of command and control, flexible remedies and the democratic experimentalism. The effectiveness of these actions and decisions were studied. The methodology of the study consisted on the research on the main foreign and national works on the subject, including texts which contains a critical and constructive opinion on the matter.

Keywords: Structural injunctions. Civil rights. Unconstitutional state of affairs.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
	DELIMITAÇÃO DO TEMA	11
	RELEVÂNCIA DO TEMA	15
	PLANO DE TRABALHO	16
1	PANORAMA GERAL DAS DEMANDAS ESTRUTURAIS	19
1.1	Estados Unidos	19
1.1.1	<u>O longo caminho do surgimento das demandas estruturais</u>	19
1.1.2	<u>O declínio das demandas estruturais nos Estados Unidos</u>	27
1.2	Canadá	30
1.3	Índia	33
1.4	África do Sul	36
1.5	A Colômbia e o estado de coisas inconstitucional	40
1.6	Brasil	43
1.7	Análise do direito comparado, conceitos e definições	52
2	AS CRÍTICAS SUSCITADAS	55
2.1	A crítica democrática	56
2.2	A crítica institucional	63
2.3	A crítica liberal	65
2.4	A crítica da doutrina brasileira	68
2.5	Conclusões	71
3	AS CARACTERÍSTICAS ESPECIAIS DA TUTELA ESTRUTURAL, OS REQUISITOS DAS AÇÕES, PARÂMETROS PARA A DELIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E UM ESBOÇO DE AÇÕES ESTRUTURAIS PARA O BRASIL	72
3.1	Tutela tradicional x tutela estrutural	73
3.2	Requisitos das ações estruturais	76
3.2.1	<u>A violação de direitos fundamentais</u>	77
3.2.2	<u>A omissão estatal</u>	79
3.2.3	<u>A urgência e a necessidade da intervenção judicial</u>	82
3.2.4	<u>A complexidade</u>	83

3.3	Os requisitos da declaração do estado de coisas inconstitucional.....	85
3.4	Critérios para a delimitação da discricionariedade judicial.....	87
3.5	Esboço de um modelo de ações estruturais para o Brasil e o impacto do novo Código de Processo Civil.....	93
4	MODELOS E TÉCNICAS DE IMPLEMENTAÇÃO.....	102
4.1	Modelos de implementação das decisões em demandas estruturais.....	103
4.1.1	<u>Modelo de ordens específicas e rígidas.....</u>	103
4.1.2	<u>Modelo de ordens abertas e flexíveis.....</u>	112
4.1.3	<u>Experimentalismo democrático.....</u>	119
4.1.4	<u>Breve síntese sobre os modelos de implementação das decisões.....</u>	128
4.2.	Técnicas de implementação.....	128
4.2.1	<u>Ordens judiciais coercitivas e sanções.....</u>	129
4.2.2	<u>Acordos e planos de implementação.....</u>	133
4.2.3	<u>A definição de parâmetros e indicadores.....</u>	136
4.2.4	<u>Audiências públicas e decisões de seguimento.....</u>	140
4.2.5	<u>Nomeação de <i>masters</i>, monitores, mediadores, administradores e comissões de acompanhamento.....</u>	142
4.2.6	<u>O ajuizamento de novas ações.....</u>	147
4.2.7	<u>A prescrição de medidas alternativas.....</u>	150
4.3	Conclusão.....	154
5	OS EFEITOS E A EFICÁCIA DAS DECISÕES NAS AÇÕES ESTRUTURAIS.....	156
5.1	Os fatores que influenciam a eficácia das decisões judiciais.....	156
5.1.1	<u>Aspectos normativos e jurisprudenciais.....</u>	156
5.1.2	<u>A existência de estrutura de apoio e a participação do Estado.....</u>	164
5.1.3	<u>A opinião pública e o custo político: entre a falta de apoio e o populismo judicial..</u>	169
5.2	Efeitos simbólicos, instrumentais, diretos e indiretos, medidas afirmativas e transformativas.....	173
5.3	Os efeitos ou impactos concretos das ações estruturais no direito comparado..	180
5.3.1	<u>Os efeitos das decisões nas ações estruturais nos Estados Unidos.....</u>	181
5.3.1.1	<u>A segregação racial no sistema público de ensino.....</u>	181
5.3.1.2	<u>O inferno do sistema prisional.....</u>	186
5.3.2	<u>As ações estruturais na Colômbia e o estado de coisas inconstitucional.....</u>	192
5.3.2.1	<u>O inferno se repete: a situação do sistema prisional colombiano.....</u>	192

5.3.2.2 Os deslocamentos forçados decorrentes dos conflitos armados: mais um estado de coisas inconstitucional.....	197
CONCLUSÃO	207
REFERÊNCIAS	210

INTRODUÇÃO

DELIMITAÇÃO DO TEMA

O que fazer quando falhas ou omissões nas políticas públicas promovem graves violações de direitos fundamentais? Podem os tribunais promover mudanças nessas políticas e a proteção e promoção dos direitos básicos dos cidadãos?

Essas são perguntas básicas que buscam ser respondidas nas ações estruturais ajuizadas perante os tribunais.

As demandas estruturais se originaram nos Estados Unidos, na década de 1950, a partir do julgamento dos casos envolvendo a discriminação racial nos sistemas de ensino público dos Estados Unidos, dentro do contexto do movimento dos direitos civis que buscavam eliminar práticas institucionalizadas de discriminação nesse e em outros ambientes públicos e privados¹.

A partir desses julgamentos, ações semelhantes foram ajuizadas para a correção de falhas nas políticas públicas envolvendo a internação e o tratamento de portadores de doenças psiquiátricas, as condições degradantes dos presos do sistema prisional norte-americano, as sistemáticas violações aos direitos dos indivíduos em virtude de abusos cometidos por agentes policiais e a segregação chancelada pelos Estados na política oficial de moradia².

O relativo sucesso dessas demandas contribuiu para que ações semelhantes se disseminassem para outros países, como o Canadá, no qual esse instrumento foi utilizado para o julgamento de casos envolvendo o direito das crianças de minorias francesas de serem alfabetizadas em sua língua nativa, de acordo com a previsão do art. 23 da Carta de Direitos daquele país³.

Um dos precedentes mais famosos firmados no Canadá ocorreu no julgamento do caso *Doucet-Broudeau*, no qual a Corte Constitucional do Canadá chancelou o modelo de implementação através de medidas flexíveis elaboradas com a participação dos órgãos estatais demandados⁴.

¹ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004.

² WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004.

³ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010.

⁴ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010.

Na Índia e África do Sul, essas ações foram igualmente utilizadas para a efetivação dos direitos à moradia e alimentação de minorias historicamente oprimidas, como os moradores de rua e desabrigados⁵.

Já na Colômbia, as ações estruturais resultaram na criação do instituto do estado de coisas inconstitucional, que se caracteriza quando há graves violações de direitos fundamentais que exigem soluções complexas, envolvendo diversos órgãos estatais. Dentre os temas e os direitos enfrentados nessas ações, foram discutidos os direitos à vida, saúde, integridade física e psíquica dos presos integrantes de um sistema prisional cruel e degradante e das vítimas dos deslocamentos forçados em virtude de conflitos armados naquele país⁶.

A Colômbia representa um exemplo interessante para o estudo da viabilidade dessas ações no Brasil, seja pela importância de sua Corte Constitucional, considerada uma das mais progressistas e proativas do mundo, seja pelas semelhanças apresentadas com o nosso país, se considerarmos que ambos são países localizados na América do Sul, continente recém democratizado após períodos de governos autoritários que prevaleceram na região, com enormes diversidades culturais e assolados por problemas econômicos e sociais graves, como os níveis extremos de desigualdade social, a violência urbana, o tráfico de drogas, os baixos índices de desenvolvimento humano e econômico e a existência de minorias historicamente oprimidas e esquecidas⁷.

No Brasil, a discussão sobre as ações estruturais e o instituto do estado de coisas inconstitucional vem ganhando força recentemente. No ano de 2015, foi ajuizada a Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) nº 347, proposta pelo partido PSOL e pela Clínica de Direitos Humanos da UERJ, na qual se defende a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro⁸. Nesse mesmo ano, foi julgado o Recurso Extraordinário nº 592.581⁹, no qual assentou-se a possibilidade de intervenção judicial para a realização de obras emergenciais em presídios, e iniciou-se o julgamento do RE 580.252, que

⁵ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013.

⁶ ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013.

⁷ MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 26-29.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requeridos: União e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581**. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13 de agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

trata do pagamento de indenização por dano moral em virtude das condições degradantes das unidades prisionais nacionais¹⁰.

A propositura e o julgamento dessas ações serviu para inserir o assunto na agenda política nacional, tendo atraído o interesse dos juristas, que passaram a discutir de forma intensa sobre a viabilidade dessas ações e institutos.

Apesar disso, verifica-se a existência de diversos questionamentos sobre a própria definição das demandas estruturais e do estado de coisas inconstitucional, da legitimidade dos tribunais para decidir essas questões, limites da atuação judicial, técnicas decisórias e de implementação e efetividade ou resultados práticos dessas ações.

No que toca à definição dessas demandas, é importante considerarmos se as ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional constituem uma nova modalidade de tutela constitucional, bem como identificar quais os requisitos e as hipóteses em que essas ações podem ser utilizadas, a fim de evitar as suas más compreensões ou aplicações a casos e situações inadequados.

Em relação à possibilidade de intervenção judicial, diversos autores defendem que falta capacidade institucional para que os tribunais passem a intervir em questões envolvendo políticas públicas estatais, tendo em vista a ausência de *expertise* dos juízes sobre assuntos que tratam de complexas questões técnicas que exigem conhecimento em áreas diversas¹¹. Além disso, os defensores dessa tese entendem que as limitações de tempo e de recursos também constituem importantes limites contra decisões dessa natureza, que tenderiam a ser maximalistas¹².

Outros críticos atacam a ausência de vocação democrática do judiciário para decidir sobre políticas estabelecidas pelos agentes públicos eleitos pelo povo. Nessa linha, os questionamentos acerca da legitimidade de atuação das cortes constitucionais parte das objeções formuladas pela doutrina norte-americana, em especial pelo *déficit* democrático apontado por grande parte da doutrina norte-americana, que vê o judiciário como uma força contramajoritária nos casos em que esse poder promove a anulação ou alteração das decisões tomadas pelos representantes eleitos do povo¹³.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

¹¹ SUNSTEIN, Cass R; VERMULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper. No. 156. Chicago, 2002.

¹² SUNSTEIN, Cass R; VERMULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper. No. 156. Chicago, 2002.

¹³ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2 ed. Yale University Press: New Haven, 1962.

Há ainda os que vislumbra a violação ao princípio da separação dos poderes pela usurpação das atribuições do Executivo e Legislativo¹⁴.

No Brasil, importantes autores partem da compreensão de que as decisões estruturais e o estado de coisas inconstitucional seriam uma senha para decisões maximalistas por parte das cortes constitucionais, que poderiam intervir e se intrometer nos mais diversos assuntos relativos às atribuições dos demais poderes, às políticas públicas estatais e às demandas e anseios da sociedade civil¹⁵.

Parte da solução desses problemas requer a elaboração de um conceito bem definido das ações estruturais e do estado de coisas inconstitucional, o que pressupõe a análise do direito comparado sobre esses temas, uma vez que eles foram importados do direito estrangeiro.

Além disso, o enfrentamento direto dessas críticas e o estabelecimento dos requisitos necessários ao ajuizamento dessas ações são imprescindíveis para que se investigue se elas são possíveis, factíveis e legítimas, e em que hipóteses elas atenderiam a essas exigências.

Outro ponto importante é o estudo do modelo e das técnicas decisórias. Há, pelo menos, três modelos existentes: o mais tradicional de decisões verticais, específicas e detalhadas que seguem a linha *command and control* (ordem e controle), no qual as cortes definem de forma unilateral e monolítica os direitos em disputa e os meios utilizados para a proteção desses direitos, e no qual as críticas atinentes à ausência de capacidade institucional, violação à democracia e ao princípio da separação dos poderes ganham mais força¹⁶.

O segundo modelo é o de decisões abertas e flexíveis, sujeitas à supervisão judicial e com uma maior participação dos envolvidos na construção da melhor solução para o caso. E o terceiro modelo, que oferece novas alternativas e soluções, é o modelo de decisões típicos do experimentalismo democrático idealizado nos Estados Unidos, caracterizado pela provisoriedade, permanente revisão e compartilhamento das decisões¹⁷.

¹⁴ NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies**. Stanford Law Review. 661. 1977-1978. p. 718.

¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. **O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil**. Conjur. Senso Incomum. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em: 24 set. 2015. GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Opinião. Estadão. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 19 set. 2015.

¹⁶ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010.

¹⁷ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. RODRÍGUEZ, César Garavito;

Os dois últimos modelos preveem a participação dos atores processuais e extraprocessuais, públicos e privados, na construção da melhor decisão para o caso, de acordo com as capacidades específicas de cada um desses agentes, cabendo ao judiciário supervisionar esse processo, estabelecer os objetivos a serem atingidos, negociar as medidas a serem implementadas, monitorar os seus cumprimentos e reavaliar, em conjunto com os demais envolvidos, os resultados obtidos, podendo promover alterações a partir dessa reavaliação¹⁸.

Dentre esses modelos, existem diversas técnicas decisórias e de implementação dos julgados, como a negociação das medidas de implementação, a realização de audiências públicas e de seguimento, a elaboração de planos de implementação e a criação de órgãos ou comissões específicas encarregadas do acompanhamento da execução das decisões¹⁹.

Por último, é importante que também se investigue e avalie os efeitos e a eficácia prática das decisões proferidas nessas ações estruturais, a fim de que se verifique se essas ações e o instituto do estado de coisas inconstitucional são efetivamente capazes de proteger direitos fundamentais e promover mudanças sociais. Quanto a esse aspecto, a visão da ciência política, com sua análise pragmática e empírica, é de grande auxílio²⁰.

Ao cabo, o que se pretende é estabelecer uma definição das demandas estruturais e do estado de coisas inconstitucional, com uma análise das críticas sobre esses institutos, o arrolamento das hipóteses de utilização dessas ações, delineamento dos modelos decisórios e técnicas de implementação e a investigação sobre a efetividade ou eficácia prática desses institutos enquanto instrumentos de mudanças sociais e proteção de direitos fundamentais.

RELEVÂNCIA DO TEMA

FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social**: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

¹⁸ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism**: tempest in a teapot? *Ottawa Law Review*: V. 41.2. 2010; SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*. 117. February, 2004.

¹⁹ FISS, Owen. **The Fate of an Idea Whose Time Has Come**: Antidiscrimination Law in The Second Decade After Brown vs. Board of Education. *University of Chicago Law Review*. 742. 1973-1974; SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*. 117. February, 2004; RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social**: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

²⁰ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social**: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010; RODRIGUÉZ, Cesar Garavito (Coord.). **Más alla del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009; EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. 2008. Chapter 34.

A violação de direitos fundamentais por falhas e omissões das políticas públicas estatais é um problema atual que se repete com certa frequência em diversos países de contextos mais ou menos semelhantes, conforme demonstrado acima, atingindo um número significativo de indivíduos que se encontram em situação de completo desamparo.

Os casos mencionados de discriminação racial, de violação dos direitos à vida, à moradia, alimentação, saúde física e mental, já demonstram a importância e atualidade do tema em um contexto mais global.

No caso específico do Brasil, a situação de penúria e de tortura física e psicológica dos integrantes do sistema prisional nacional, a violação do direito à saúde pela inexistência de uma política adequada em termos de saneamento básico e atendimento nos hospitais, a crise de segurança pública que vitima principalmente a população negra e pobre do país e as falhas das políticas habitacionais que permitem tanto a fixação de moradias em áreas de risco como impõem o remanejamento de grupos de indivíduos para subúrbios não dotados de equipamentos básicos em virtude de projetos de infraestrutura, reurbanização ou para a realização de grandes eventos, reforçam a necessidade de se aprofundar o estudo dessas ações como instrumentos de proteção e promoção de direitos fundamentais.

Nessa linha, o ajuizamento, no ano de 2015, da ADPF nº 347²¹ pelo PSOL e Clínica de Direitos Humanos da UERJ, e o julgamento dos RE 592.581²² e RE 580.252²³ confirmam a importância do aprofundamento do assunto em virtude da inegável relevância teórica e prática.

A tentativa de sistematização da matéria, por outro lado, servirá como um guia para futuros estudos. E o estudo dos possíveis efeitos dessas ações permitirá que se vislumbrem como podem ser obtidos os melhores resultados e o que pode ser esperado ou não dessas ações.

PLANO DE TRABALHO

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requeridos: União e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581**. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13 de agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

O primeiro capítulo buscará analisar o surgimento e a ascensão das ações estruturais no direito comparado e a criação da figura do estado de coisas inconstitucional, em especial a partir das experiências dos Estados Unidos, Canadá, África do Sul, Índia, Colômbia e Brasil. Ao final, tentar-se-á apresentar um conceito de demandas estruturais e do estado de coisas inconstitucional, com o objetivo de passar ao leitor a exata definição desses instrumentos e institutos, evitando equívocos decorrentes de suas má compreensões.

O segundo capítulo tratará das críticas suscitadas a essas ações. Nesse item, buscaremos enfrentar as principais objeções suscitadas em relação ao tema, como as que se referem à ausência de capacidade institucional do judiciário, ao caráter antidemocrático dessas ações, à violação ao princípio da separação dos poderes. Algumas dessas críticas serão devidamente refutadas e afastadas. Nos pontos em que se demonstrarem irrefutáveis, serão devidamente incorporadas no modelo de demandas estruturais proposto, que busca conciliar essas posições antagônicas.

O terceiro capítulo é destinado a estabelecer os requisitos e as hipóteses que ensejam a utilização das ações estruturais para a tutela de direitos fundamentais. Nesse tópico, serão abordados os limites normativos das decisões estruturais, como a vinculação aos casos de efetiva violação de direitos fundamentais e a necessidade de demonstração da urgência da intervenção judicial.

O quarto capítulo será dedicado ao estudo dos modelos decisórios adequados a essas espécies de ações, que devem incorporar as lições das teorias dos diálogos institucionais, de modo que todas as partes do processo e a sociedade civil possam participar na construção da melhor decisão para os problemas enfrentados.

Dentre os modelos estudados nesse capítulo abordaremos os que adotam medidas rígidas e específicas, o modelo de ordens abertas e flexíveis, sujeitas à supervisão judicial, e o modelo do experimentalismo de decisões provisórias e reavaliáveis. Também serão estudadas as técnicas decisórias como as ordens abertas e fechadas já mencionadas, ordens judiciais que promovem o desbloqueio dos canais institucionais, atos públicos como a realização de audiências públicas, de seguimento ou de prestação de contas, a negociação de medidas de implementação das decisões e os planos judiciais elaborados pelas partes ou por consultores externos, dentre outras.

Esse capítulo é de extrema importância pela ênfase que confere às técnicas de execução e implementação das decisões, normalmente ignoradas pelos juristas que, na maioria dos casos, focam suas atenções no conteúdo e na extensão dos direitos em disputa e na legitimidade das decisões judiciais.

O último capítulo irá tratar da eficácia social ou efetividade prática das decisões em ações estruturais. Nesse sentido, deve-se verificar se essas ações podem realmente realizar mudanças sociais a curto, médio e longo prazo, e de que forma essas mudanças irão ocorrer.

Esse capítulo simboliza a preocupação existente em todo o trabalho de aliar a teoria à prática, aspecto que importa e interessa mais diretamente aos indivíduos que podem se beneficiar dos resultados obtidos com essas ações. Com esse objetivo em mente, serão realizadas, sempre que possível, propostas para a incorporação das ações estruturais para o Brasil.

1. PANORAMA GERAL DAS DEMANDAS ESTRUTURAIS E DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

1.1 Estados Unidos

1.1.1 O longo caminho do surgimento das ações estruturais

As ações estruturais surgiram no contexto do movimento dos direitos civis nos Estados Unidos, enquanto instrumento de atuação estratégica para o reconhecimento do direito à igualdade e não discriminação²⁴.

De acordo com Owen Fiss, as demandas estruturais vieram a reboque da evolução das teorias que tratavam da efetivação dos direitos fundamentais. Em um primeiro momento, alegava-se, com uma presumível dose de sinceridade e outra de desfaçatez, que direitos como a igualdade não estavam submetidos à coerção legal, somente podendo ser efetivados através da educação, mediação e diálogo. Afinal, a lei não poderia mudar o coração dos homens²⁵.

No entanto, após os horrores da segunda guerra mundial, partiu-se para a compreensão de que era necessário mudar o comportamento dos homens, e não seus corações. Além disso, a coerção legal em si foi entendida como um mecanismo educativo²⁶.

A opção pela judicialização dessas demandas por direitos também foi influenciada pelo descrédito na obtenção de mudanças através do Congresso e na confiança, cada vez maior, em uma Suprema Corte progressista - a Corte Warren²⁷.

O primeiro grande precedente envolvendo falhas estruturais que violavam direitos fundamentais se deu a partir do julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, em 1954, célebre caso que decidiu sobre a eliminação da segregação racial no sistema de ensino no sul dos Estados Unidos, revertendo o precedente firmado no caso *Plessy v.*

²⁴ KLARMAN, Michael. Court, Congress and Civil Rights. In: DEVINS, Neil; WHITTINGTON, Keith E. (ed.). **Congress and the Constitution**. Duke University Press: 2005; FISS, Owen. **The Fate of an Ideia Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in The Second Decade After Brown vs. Board of Education**. University of Chicago Law Review. 742. 1973-1974.

²⁵ FISS, Owen. **The Fate of an Ideia Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in The Second Decade After Brown vs. Board of Education**. University of Chicago Law Review. 742. 1973-1974. p. 752.

²⁶ FISS, Owen. **The Fate of an Ideia Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in The Second Decade After Brown vs. Board of Education**. University of Chicago Law Review. 742. 1973-1974. p. 752.

²⁷ KLARMAN, Michael. Court, Congress and Civil Rights. In: DEVINS, Neil; WHITTINGTON, Keith E. (ed.). **Congress and the Constitution**. Duke University Press: 2005; FISS, Owen. **The Fate of an Ideia Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in The Second Decade After Brown vs. Board of Education**. University of Chicago Law Review. 742. 1973-1974 p. 176-178.

*Ferguson*²⁸, que havia estabelecido a política do "iguais mas separados" (*equal but separated*)²⁹.

A decisão em *Brown*, segundo Michael Klarman, teve diversas consequências. Por um lado, incentivou o movimento dos direitos civis a acreditar que as mudanças sociais eram possíveis e que elas deveriam ser obtidas através da litigância judicial³⁰. Sob o outro prisma, cristalizou a resistência dos brancos sulistas a essas mudanças, radicalizou a política nos estados do sul e gerou reações violentas ao movimento dos favoráveis ao fim da segregação³¹, tendo gerado intenso *backlash*³² e reação contrária de grande parte da população do sul, a ponto de ser qualificada pelo governador Marvin Griffin, da Georgia, como um "ato de tirania"³³.

Essas reações demonstram as dificuldades que foram enfrentadas para a implementação da decisão, proferida nesse ambiente de disputa e de mudanças que exigiam reformas na estrutura do sistema público de ensino e a transformação do *status quo*³⁴.

Além da resistência da opinião pública e dos agentes públicos responsáveis, os pedidos formulados nessas demandas não almejavam medidas simples como a proibição do despejo de lixo em um rio. Ao invés, os demandantes buscavam realizar uma complexa reforma que transformaria o sistema de ensino público dual ou segregado em um sistema unitário e não racial³⁵.

²⁸ KLARMAN, Michael. Court, Congress and Civil Rights. In: DEVINS, Neil; WHITTINGTON, Keith E. (ed.). **Congress and the Constitution**. Duke University Press: 2005. p. 175-178.

²⁹ A partir desse julgamento e das medidas inovadoras estabelecidas pelas cortes judiciais para a alteração da estrutura de ensino nos Estados Unidos, como a elaboração de planos e programas, o estabelecimento de metas, a nomeação judicial de consultores e interventores, Owen Fiss cunhou as expressões *structural reform* e *structural remedies* para denominar esses novos tipos de demandas e de técnicas decisórias estruturais. Cf. FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice**. Harvard Law Review. V. 93. nº 1. nov. 1979. Outra expressão utilizada pela doutrina especializada é a nomenclatura *public law litigation*, na qual se enfatiza a distinção dessas demandas, nas quais vislumbra-se a existência de significativas questões de interesse público, daquelas ações tradicionais envolvendo direitos e interesses dos agentes privados. Charles Sabel também denomina os direitos discutidos nessas ações de *destabilization rights*, com base na teoria de Mangabeira Unger, visto que eles buscam eliminar falhas estruturais e desconstruir privilégios conferidos às classes mais favorecidas, favorecendo os oprimidos. Cf. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004.

³⁰ KLARMAN, Michael. Court, Congress and Civil Rights. In: DEVINS, Neil; WHITTINGTON, Keith E. (ed.). **Congress and the Constitution**. Duke University Press: 2005. p. 183.

³¹ KLARMAN, Michael. Court, Congress and Civil Rights. In: DEVINS, Neil; WHITTINGTON, Keith E. (ed.). **Congress and the Constitution**. Duke University Press: 2005. p. 183.

³² KLARMAN, Michael. Court, Congress and Civil Rights. In: DEVINS, Neil; WHITTINGTON, Keith E. (ed.). **Congress and the Constitution**. Duke University Press: 2005. p. 184.

³³ KLARMAN, Michael. Court, Congress and Civil Rights. In: DEVINS, Neil; WHITTINGTON, Keith E. (ed.). **Congress and the Constitution**. Duke University Press: 2005. p. 186.

³⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. **Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição**. Revista Juris Poiesis. ano 18. nº 18. jan-dez 2015. p. 149.

³⁵ FISS, Owen. **The Fate of an Idea Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in The Second Decade After Brown vs. Board of Education**. University of Chicago Law Review. 1973-1974. p. 742

Para atingir tal objetivo, as medidas usuais de implementação das decisões, como as *contempt power* e a execução forçada de ordens pré-estabelecidas não eram suficientes. Esse casos exigiam, portanto, a utilização de novos instrumentos como medidas complementares, a elaboração de planos judiciais e o estabelecimento de um cronograma ou calendário de execução, além do ajuizamento de novas ações³⁶.

É importante destacar que a inovação na utilização dos remédios estruturais não ocorreu de forma imediata. Conforme destacado por Russell L. Weaver, na decisão de 1954, o Tribunal nunca pretendeu determinar a imediata dessegregação, tendo optado por caminhar a passos lentos e postergar a expedição de ordens executivas para decisões posteriores³⁷.

Isso ocorreu, na opinião desse e de outros autores, porque o Tribunal não tinha outra opção senão a implementação paulatina do julgado, sob pena de acirrar ainda mais os conflitos entre negros e brancos. Para muitos defensores do sistema de ensino segregado, seria preferível promover o fechamento das escolas do que permitir a imediata dessegregação e integração racial entre os alunos³⁸.

Portanto, no ano seguinte à primeira decisão, em 1955, a Corte prolatou a decisão conhecida como *Brown II*, na qual emitiu a primeira ordem executiva para que fosse eliminada a segregação nos distritos escolares o mais rápido possível³⁹, a partir da atribuição conferida às autoridades escolares para que criassem mecanismos que tornassem possível o fim da segregação racial, sob supervisão do poder judiciário federal⁴⁰, aos quais foram delegados os poderes para a execução dessa medida.

O objetivo dessa segunda decisão, no entanto, não era obter resultados imediatos. O que a Suprema Corte e as cortes inferiores buscavam era ganhar tempo sem parecerem

³⁶ FISS, Owen. **The Fate of an Idea Whose Time Has Come**: Antidiscrimination Law in The Second Decade After Brown vs. Board of Education. *University of Chicago Law Review*. 1973-1974. p. 752-755.

³⁷ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. *San Diego Law Review*: V. 41, 2004. p. 1619.

³⁸ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. *San Diego Law Review*: V. 41, 2004. p. 1620. nota de rodapé 16. Sob a perspectiva das Cortes, a relutância em promover medidas mais incisivas buscava, além de evitar reações violentas, preservar a independência dos Tribunais e a autoridade de suas decisões. Tais consequências seriam terríveis para a Suprema Corte norte-americana, haja vista a dependência que essa instituição possui em relação à opinião pública e à boa vontade dos agentes públicos para o cumprimento de seus julgados. Cf. WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. *San Diego Law Review*: V. 41, 2004. p. 1620.

³⁹ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. *San Diego Law Review*: V. 41, 2004. p. 1619.

⁴⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. **Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional**: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. *Revista Juris Poiesis*. ano 18. nº 18. jan-dez 2015. p. 149.

inertes. Tanto que, por vários anos, não foi adotada nenhuma medida para exigir o cumprimento concreto das ordens emitidas em *Brown II*⁴¹.

Um dos *insights* mais importantes sobre esse período é que a demora na implementação do julgado permitiu o crescimento político dos defensores da segregação, os quais passaram a acreditar, em parte pela ineficácia da decisão, que o precedente poderia ser revertido⁴².

Na trilha desse movimento, diversos agentes públicos do sul deixaram de promover a integração de estabelecimentos sob a alegação da ameaça de violência e conflitos⁴³. Dentre esses agentes, destaca-se o papel exercido pelo político do estado do Alabama, o governador George Wallace.

Ao se candidatar ao governo de seu estado, Wallace utilizou a resistência a ordens federais como programa de campanha nas eleições de 1962, tendo criado o *slogan* da "segregação hoje, segregação amanhã, segregação para sempre" ("*segregation now, segregation tomorrow, segregation forever*")⁴⁴. Ao ser eleito, cumpriu suas promessas ao ponto de comparecer pessoalmente à porta da Universidade do Alabama, em Tuscaloosa, a fim de barrar a entrada de estudantes negros, somente tendo recuado após a chegada de agentes federais e a ameaças de sanções pelo descumprimento de ordens judiciais, emitidas pelos cinco juízes distritais do estado⁴⁵.

Após diversos anos de descumprimento da decisão, em resposta ao movimento pró-segregação e à recalcitrância de alguns conselhos escolares em elaborar planos de dessegregação, os petionantes de *Brown* e de outras ações estruturais passaram a elaborar seus próprios planos de integração, dotados de maior especificidade do que as ordens vagas e abstratas do início da década de 1960. Esses planos, que foram efetivamente implementados, representaram um importante avanço e inovação no que toca às técnicas decisórias utilizadas nas demandas⁴⁶.

⁴¹ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1619.

⁴² WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1620. nota de rodapé 16.

⁴³ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1620. nota de rodapé 16.

⁴⁴ KLARMAN, Michael. Court, Congress and Civil Rights. *In*: DEVINS, Neil; WHITTINGTON, Keith E. (ed.). **Congress and the Constitution**. Duke University Press: 2005. p. 189.

⁴⁵ KLARMAN, Michael. Court, Congress and Civil Rights. *In*: DEVINS, Neil; WHITTINGTON, Keith E. (ed.). **Congress and the Constitution**. Duke University Press: 2005. p. 189-190.

⁴⁶ FISS, Owen. **The Fate of an Ideia Whose Time Has Come**: Antidiscrimination Law in The Second Decade After Brown vs. Board of Education. University of Chicago Law Review. 742. 1973-1974. p. 755.

Um dos avanços significativos ocorreu no julgamento do caso *Swan vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, em 1971. Nesse precedente, os tribunais abandonaram a estratégia de atuar de forma lenta e gradual, tendo passado a adotar postura mais incisiva⁴⁷. No caso, a corte local rejeitou os três planos de integração apresentados pelos órgãos escolares, tendo elaborado seu próprio plano para por fim à segregação, por conta própria, a partir de informações prestadas por um consultor externo⁴⁸.

Com a imposição de ordens cada vez mais enérgicas, as cortes federais finalmente promoveram, nas décadas seguintes, profundas mudanças estruturais em diversos casos relativos a segregação escolar, tendo realizado a pretendida reformulação das escolas norte-americanas⁴⁹.

Porém, nem todos os resultados foram positivos. Em algumas ações, foram cometidos alguns excessos e equívocos que poderiam ter causado efeitos extremamente negativos caso não tivessem sido corrigidos a tempo.

O principal caso de erro judicial ocorreu no julgamento do precedente *Missouri vs. Jenkins*⁵⁰. Nesse caso, a Corte local concluiu pela existência de segregação racial dentro do distrito escolar de Missouri, Kansas City, no qual 68% dos alunos inscritos eram negros⁵¹ e com desempenhos acadêmicos inferiores à média nacional.

No entanto, existia um grande problema nesse caso, que era o pequeno número de alunos não-minoritários que residiam no distrito, o que dificultava a integração racial.

Ao analisar o caso, a corte local decidiu por um fim a todos os resquícios da segregação estatal impositiva que gerava esse *déficit* educacional. Para isso, como a integração de alunos dentro do distrito não era opção, o tribunal optou por editar uma série de medidas extremamente ambiciosas que pudessem levar à melhoria do sistema de ensino de Kansas City, de modo a atrair, voluntariamente, estudantes de outros subúrbios, localidades ou distritos, criando o efeito da atração dessegregativa (*desegregative attractiveness*) que os juízes consideravam ser a melhor solução para o caso⁵².

⁴⁷WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1620.

⁴⁸WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1620.

⁴⁹WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1620.

⁵⁰WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p.1622.

⁵¹WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p.1622.

⁵²WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p.1622-1631.

Para executar o plano, o Tribunal permitiu que os diretores do distrito escolar montassem a escola dos seus sonhos através através de recursos garantidos judicialmente por meio de ordens dirigidas ao estado⁵³.

Entre as medidas que foram previstas, podemos elencar, a título ilustrativo, as seguintes: redução do tamanho das salas para os padrões previstos pelas mais altas categorias de ensino do conselho estadual de educação; aumento dos salários de 5.000 funcionários; programa de creche para recém nascidos e em tempo integral; expansão do programa de escola de verão; tutoria antes e após as aulas para todos os estudantes; reforma dos prédios; construção de 17 novas escolas; 15 computadores pessoais em cada sala de aula; um planetário de 2.000 metros quadrados; sistema de tradução instantânea nos moldes do que é utilizado pela Organizações das Nações Unidas (ONU); estúdios de rádio e televisão com laboratório de animação; galeria de arte com temperatura controlada; salas de filmagem e edição e; zoológico de 1.875 metros quadrados para utilização no ensino fundamental⁵⁴.

O plano elaborado pelo distrito foi descrito como o mais ambicioso e caro da história, o qual exigiria, para sua implementação, a previsão de um gasto aproximado de US\$ 928 milhões de dólares⁵⁵.

Além da absurda e surreal previsão de gastos públicos, após a implementação da primeira rodada de medidas executivas, constatou-se que os resultados em relação ao desempenho estudantil foram ínfimos. Analisando-os, a corte distrital notou apenas uma leve tendência à melhora, porém com índice de desempenho ainda igual ou inferior à média nacional em diversos aspectos⁵⁶.

Antes que o prejuízo financeiro e educacional fosse consolidado, a Suprema Corte dos Estados Unidos suspendeu, corretamente, a decisão da corte local, tendo assentado a inaplicabilidade dos precedentes de *Brown* ao caso *Jenkins*. A corte suprema condenou, ainda, a excessiva discricionariedade judicial aplicada ao caso⁵⁷.

⁵³ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1631.

⁵⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1083-1084.

⁵⁵ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p.1622.

⁵⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1059-1061.

⁵⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1059-1061.

Na linha do sucesso obtido nas demandas estruturais relativas à segregação escolar, ações semelhantes foram ajuizadas para os casos envolvendo a situação da população carcerária nos Estados Unidos.

Esses casos são de especial importância, uma vez que envolvem uma minoria estigmatizada e vulnerável de indivíduos que não tem voz no processo político pelo estigma social que carregam e pelo fato de não votarem, razão pela qual não conseguem eleger representantes que defendam seus interesses⁵⁸.

Além disso, esse grupo de invisíveis⁵⁹ não contam com a simpatia dos contribuintes e cidadãos em geral, que são contra o gasto de recursos públicos em favor dos presidiários, inclusive por entenderem que as condições degradantes aos quais eles são submetidos constituem uma justa retribuição pelos crimes cometidos⁶⁰.

O analisar o caso *Hutto v. Finney*, as cortes federais concluíram pela existência de uma situação calamitosa no sistema carcerário do estado de Arkansas, mais parecido com as masmorras e prisões da Idade Média, sendo descritas, pela própria corte, como *"um lugar escuro e sombrio completamente dissociado do mundo livre"*⁶¹.

Segundo o relato de Russell Weaver, apesar da superlotação, diversas unidades do Estado do Arkansas continuavam a receber significativo número de prisioneiros, os quais eram submetidos a punições que incluíam o isolamento, o qual a corte responsável pelo julgamento considerou como sendo um castigo cruel, atípico e imprevisível⁶².

O castigo de isolamento consistia na alocação de quatro a onze detentos em celas de oito por onze pés, as quais continham apenas água e banheiro cuja descarga poderia ser acionada apenas pelo lado de fora da cela⁶³. À noite, colchões eram distribuídos para serem alocados no chão. Alguns detentos eram portadores de doenças infectocontagiosas como hepatites e doenças venéreas. Ainda assim, os colchões eram estocados conjuntamente em pilhas durante o dia e distribuídos aleatoriamente à noite⁶⁴.

⁵⁸ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1631.

⁵⁹ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1631.

⁶⁰ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1631-1632.

⁶¹ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1621.

⁶² WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1621.

⁶³ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1621.

⁶⁴ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1621.

Os presos submetidos a esses castigos recebiam apenas 1000 calorias por dia para alimentação, que se limitava a um grude formado por carne triturada, batata, óleo, xarope, vegetais, ovos e tempero transformados em uma pasta que era cozida e posteriormente distribuída⁶⁵.

Por serem considerados perigosos, os presos submetidos a esses castigos eram controlados pelos guardas com a utilização de bastões e cassetetes, sendo que alguns prisioneiros eram mantidos nesse sistema de isolamento por meses a fio⁶⁶.

Ao enfrentar essa situação, a corte local impôs diversas medidas como a limitação do número de prisioneiros alojados em cada cela, o fornecimento de uma cama própria para cada prisioneiro, a eliminação da dieta do grude e a limitação das penas de isolamento ao período de trinta dias⁶⁷.

A Suprema Corte norte-americana, ao analisar o casos, validou todas as medidas adotadas pela corte local, tendo destacado que o estado de Arkansas havia sido notificado reiteradas vezes sobre as violações constitucionais, sem ter dado uma resposta adequada, razão pela qual seria legítima a intervenção judicial⁶⁸.

Além disso, as ordens proferidas buscavam apenas superar os problemas identificados, razão pela qual não teriam sido cometidos excessos ou equívocos pelos órgãos judiciais⁶⁹.

Outro precedente importante de ação estrutural envolvendo os direitos dos presidiários foi o julgamento do caso *Brown v. Plata*, em 2011, pela Suprema Corte norte-americana. O caso envolvia a superlotação carcerária no Estado da Califórnia, cujo sistema continha 80.000 vagas e aproximadamente 156.000 detentos⁷⁰.

A constatação dessa superlotação já havia sido realizada no julgamento de outras ações envolvendo o direito à saúde dos presos. Ao se deparar com essa situação, a Corte da Califórnia determinou a elaboração de um plano para a redução da superlotação para o percentual de 137,5% da capacidade das prisões do estado⁷¹.

⁶⁵ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1621.

⁶⁶ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1621-1622.

⁶⁷ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1622.

⁶⁸ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1622.

⁶⁹ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1622.

⁷⁰ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Plata**. nº 09-1233.

⁷¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Plata**. nº 09-1233. p. 13.

Com o descumprimento dessa determinação, a corte local determinou a soltura de 46 mil presos detidos por crimes de menor periculosidade. O fundamento normativo utilizado foi a Oitava Emenda à Constituição, que prevê a proibição às penas cruéis e degradantes⁷².

A decisão foi mantida pela Suprema Corte norte-americana e constitui, hoje, um bom exemplo de decisão estrutural de grande eficácia prática e baixo custo financeiro.

É importante destacar, ao fim dessa seção, que outras demandas estruturais foram ajuizadas para reestruturação de instituições que tratam de pessoas doentes ou com necessidades especiais, também com bons resultados práticos⁷³.

1.1.2 O declínio das demandas estruturais nos Estados Unidos

As demandas estruturais relativas à segregação nas escolas públicas norte-americanas duraram até o início da década de 1990. Em 1991 e 1992, nos casos *Oklahoma City Board of Education v. Dowell* e *Freeman v. Pitts*, as cortes devolveram a plena autonomia aos conselhos de educação dos respectivos distritos escolares, tendo destacado a necessidade de se restabelecer o controle aos agentes públicos locais e restringir a intervenção judicial⁷⁴.

Outras decisões também foram sendo cassadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos e isso ocasionou a diminuição do ajuizamento de ações estruturais após o inicial sucesso e multiplicação dessas ações. Parte do declínio na utilização das demandas estruturais se deu pelo fim da segregação escolar, o que diminuiu o ímpeto na utilização de tais remédios⁷⁵. Outro componente que contribuiu para a diminuição dessas ações foram os excessos praticados e as deturpações praticadas em demandas mal ajuizadas.

Um terceiro fator importante foi a alteração da composição e da orientação da Suprema Corte dos Estados Unidos, que passou da era da Corte *Warren* para as Cortes *Burger* e *Rehnquist*, encerrando um ciclo de decisões progressistas para retomar uma postura extremamente conservadora⁷⁶.

Alguns casos expressam bem o arrefecimento dessa *hype* que se formou em torno das ações estruturais. O primeiro deles é o julgamento do caso *O'Shea v. Littleton*. Nesse caso,

⁷² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Plata**. nº 09-1233.

⁷³ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1618-1619.

⁷⁴ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1618-1623.

⁷⁵ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1624.

⁷⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 190.

cidadãos negros defensores da igualdade de oportunidades de trabalho, moradia, educação e participação política promoviam um boicote a comerciantes legais contrários a essas ideias. Nessa ação, eles alegaram terem sofrido retaliações por parte dos juízes locais em virtude de boicote promovido⁷⁷.

De acordo com os demandantes, os magistrados estabeleceram requisitos mais rígidos e taxas mais altas nos processos ajuizados por esses ativistas negros, além de terem imposto penas mais altas nos processos criminais nos quais eles foram acusados, o que constituiria prática discriminatória. Por esses motivos, os demandantes pleitearam uma medida injuntiva que proibisse essa discriminação⁷⁸.

Ao analisar o caso, o tribunal federal responsável pelo julgamento concluiu que os demandantes não demonstraram a existência de um caso ou controvérsia jurídica atual, visto que a submissão a práticas ilegais no passado não preenchia o requisito do caso ou controvérsia jurídica presente, contínua e prejudicial, exigidas para a ordem injuntiva⁷⁹.

Tal conclusão se deu a partir da constatação de que nenhum dos demandantes estava, no momento da propositura da ação, submetido a processo ou cumprindo sentença ilegais. Nesse sentido, a possibilidade de os demandantes serem, no futuro, submetidos a práticas ilegais, impediria a atuação da Corte, que passaria a atuar, nesse caso, a partir de especulações e conjecturas que feririam os princípios do federalismo⁸⁰.

Além disso, caso os autores viessem a sofrer novas práticas discriminatórias por parte dos juízes, existiriam diversos instrumentos legais capazes de corrigir essa situação, como o procedimento para substituição de juízes, a interposição de recursos, as revisões posteriores à condenação e a instauração de procedimentos disciplinares, o que tornaria desnecessário o uso de medidas injuntivas e estruturais⁸¹.

Outro precedente no qual se concluiu pela inadequação da utilização de medidas estruturais ocorreu no caso *Rizzo v. Goode*. Nesse caso, os demandantes processaram o município, o prefeito e alguns policiais sob a alegação de violação de direitos fundamentais, tendo pleiteado diversas medidas, inclusive a nomeação judicial de um supervisor do

⁷⁷ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1624.

⁷⁸ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1624.

⁷⁹ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1624.

⁸⁰ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1624.

⁸¹ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1624-1625.

departamento de polícia e a revisão civil das reclamações disciplinares contra o exercício irregular da atividade policial⁸².

Segundo apurou-se, essas violações a direitos dos civis ocorreram em 20 incidentes policiais em uma cidade de 3 milhões de habitantes e 7.500 policiais, o que embasou a alegação dos demandantes de violação do direito da população a não ser submetida ao exercício inconstitucional de condutas policiais abusivas. Para os demandantes, as cortes deveriam adotar procedimentos profiláticos que minimizassem essas falhas de conduta, através de ordens estruturais destinadas à correção desses desvios⁸³.

A corte federal responsável pelo julgamento concluiu inexistir direito constitucional à melhoria dos procedimentos policiais para julgamento de reclamações civis. Não obstante, considerando a violação de direitos constitucionais em um número elevado de casos, emitiu ordens para a disponibilização de formulários para reclamações, criação de procedimentos para rejeição de pedidos infundados e julgamento das reclamações fundadas por um órgão imparcial, mediante um procedimento justo e adequado, com a imediata notificação dos interessados sobre o resultado do julgamento⁸⁴.

Tais medidas exigiam, ainda, a revisão de manuais de recrutamento de policiais, de regras de procedimento e o estabelecimento de um sistema de estatísticas que possibilitasse à corte reavaliar como as reclamações contra os abusos policiais estavam sendo processadas⁸⁵.

Quando o caso chegou à Suprema Corte norte-americana, o tribunal derrubou a ordem local com base nos princípios do federalismo que impõem às cortes federais o respeito à autonomia do departamento de polícia local e ao funcionamento das agências locais e estaduais⁸⁶.

Em acréscimo, considerou, com base no precedente *O'Shea*, a não demonstração de uma lesão ou ameaça real e imediata, visto que não havia evidência de futuras ilegalidades praticadas pelos réus em detrimento dos autores, mas sim atos a serem possivelmente

⁸² WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1626.

⁸³ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1626.

⁸⁴ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1626.

⁸⁵ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1626.

⁸⁶ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1627.

praticados por uma minoria de policiais que desconheciam as regras dos procedimentos de conduta policial⁸⁷.

Para a Suprema Corte, as alegações dos demandantes estavam baseadas, mais uma vez, em especulações⁸⁸.

Além disso, o Tribunal rejeitou a conclusão da corte federal de que as ordens se apoiavam nos precedentes de *Brown* e *Swan*, destacando que nesses casos existia uma segregação racial institucionalizada através da lei e da atuação concreta de agentes estatais que foram réus naquelas ações, enquanto que no caso nem os demandantes teriam sofridos as alegadas violações constitucionais e nem os réus teriam sido os responsáveis por essas violações⁸⁹.

1.2 Canadá

No Canadá as ações estruturais foram utilizadas para tutelar, principalmente, o direito à educação francófona estabelecido pelo art. 23 da Carta de Direitos de 1982⁹⁰. Essas ações foram julgadas a partir de 1996, haja vista a reiterada omissão estatal na implementação desses direitos⁹¹.

No caso *Doucet-Boudreau v. Nova Escócia*, um grupo de pais de Nova Escócia, após aguardarem dez anos para a implementação do sistema de educação na língua francesa, resolveram ajuizar uma ação para implementação desse direito em cinco regiões da província, pleiteando a equivalência da estrutura e do sistema de ensino francófono em relação ao sistema estabelecido com base na língua inglesa⁹².

De acordo com Paul Rouleau e Linsey Sherman, o problema não era legislativo e o debate não se concentrava na discussão acerca da existência do direito, uma vez que o art. 23

⁸⁷ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1627.

⁸⁸ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1627.

⁸⁹ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1627.

⁹⁰ 23. (1) Cidadãos do Canadá (a) os quais a primeira língua aprendida e compreendida é o inglês ou francês, constituindo parte da minoria linguística da população de uma província em que eles residem ou (b) os quais receberam instrução no ensino primário no Canadá em inglês ou francês, constituindo parte da minoria linguística da população de uma província em que eles residem tem o direito de ter suas crianças educadas no ensino primário e secundário nessa língua dentro da província." CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades**. 1982. Disponível em: < <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>>. Acesso em: 12 out. 2015, às 19:12.

⁹¹ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010.

⁹² ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 174.

da Carta de Direitos de 1982 previa expressamente o direito à educação da minoria na língua francesa⁹³. O ponto central da questão era, portanto, a reiterada omissão estatal. Em 1996, o governo da Nova Escócia criou um conselho escolar para implementação desses direitos. No entanto, até 1998, nenhuma medida havia sido tomada para a construção ou adaptação de escolas, o que levou os pais das crianças de língua francesa a ajuizarem a ação mais de dezoito anos após a promulgação da Carta de Direitos⁹⁴.

Em primeira instância, constatou-se a existência de atraso sistemático na implementação dos direitos e o atingimento de níveis críticos de erosão cultural e assimilação da minoria francesa pela cultura prevalente de maioria inglesa. Com base nesse quadro, o juiz de primeiro grau determinou ao governo que fossem realizados os maiores esforços possíveis para construir estabelecimentos escolares e criar programas de ensino em francês em períodos de tempo definido, com a apresentação de relatórios ao juízo e a definição de um calendário⁹⁵.

No período de julho de 2000 a março de 2001, diversas audiências foram realizadas para a apresentação dos relatórios, no qual o governo da província deveria demonstrar os progressos obtidos⁹⁶. Nessas mesmas audiências, eram asseguradas a participação dos pais e do conselho escolar, que poderiam inclusive produzir provas sobre o cumprimento das determinações judiciais⁹⁷.

Antes da última audiência, a Corte de Apelação da Nova Escócia deu provimento à apelação do governo local, sob o fundamento de que *"a contínua intervenção após o julgamento do juiz, nesse caso, em áreas administrativas do governo é igualmente desnecessária e infundada"*⁹⁸, visto que a retenção da jurisdição, com base no art. 24(1), da Carta de Direitos do Canadá seria *"o tipo de intervenção judicial que levaria a um desequilíbrio nas harmoniosas relações entre o judiciário e os demais poderes do governo"*⁹⁹.

O caso chegou à Suprema Corte do Canadá que, por uma maioria apertada de 5 votos a 4, suspendeu a decisão da Corte de Apelação e manteve a determinação do juiz de primeiro

⁹³ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 175.

⁹⁴ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 175.

⁹⁵ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 175.

⁹⁶ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 175.

⁹⁷ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 175.

⁹⁸ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 174.

⁹⁹ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 175.

grau¹⁰⁰. Na decisão, o tribunal considerou que o art. 24(1), da Carta de Direitos do Canadá, admite uma ampla margem de discricionariedade judicial na determinação das medidas necessárias à efetivação dos direitos em disputa, rejeitando a concepção formalista do princípio da separação dos poderes estabelecida pela Corte de Apelação¹⁰¹.

Nesse pontos, os *Justices* Iacobucci e Arbour citaram o voto do *Justice* McIntyre no julgamento do caso *Mills v. The Queen*, de que "*é impossível reduzir a ampla discricionariedade [judicial] a algum tipo de fórmula vinculante para aplicação na generalidade dos casos, não devendo as cortes de apelação preencher ou bloquear essa ampla discricião*"¹⁰².

Apesar disso, contrariando a própria advertência, o tribunal elaborou algumas diretrizes para serem seguidas pelos juízes quando da definição de uma medida justa e adequada, de acordo com o art. 24(1), da Carta de Direitos: *i*) a medida justa e adequada tutela substancialmente os direitos e liberdades dos postulantes. Uma medida que é diluída em atrasos de procedimento e dificuldades não tutela substancialmente o direito; *ii*) uma medida justa e adequada deve usar os meios que são legítimos dentro da moldura da democracia constitucional. As funções de cada poder não são separadas por uma linha clara em todos os casos, embora a corte não deva abandonar sua função de adjudicação de conflitos nos casos em que não seja necessário ou adequado; *iii*) a medida justa e adequada é uma medida judicial que implementa os direitos previstos na Carta de Direitos, podendo ser inferida a partir das atribuições da corte e dos precedentes; *iv*) a medida justa e adequada deve contemplar a parte contrária, não podendo impor restrições não relacionadas com os direitos assegurados; *v*) as medidas judiciais devem ser flexíveis e responsivas às necessidades do caso concreto, destacando-se que o art. 24(1) da Carta de Direitos é parte do projeto constitucional para a adjudicação de direitos estabelecido pela norma¹⁰³.

A minoria vencida no julgamento desse caso defendia que a ordem proferida pelo juízo de primeiro grau violaria o princípio da separação dos poderes, causando uma interferência indevida no exercício das atribuições administrativas do governo¹⁰⁴.

¹⁰⁰ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 175.

¹⁰¹ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 175.

¹⁰² ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 176.

¹⁰³ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 176.

¹⁰⁴ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 177.

Para os *Justices* LeBel e Deschamps, a solução do caso deveria ocorrer através das técnicas tradicionais de ordens detalhadas e implementadas através de um processo de execução, já que a imposição de ordens menos específicas e flexíveis, com a retenção da jurisdição, diminuiria a importância da função judicial dentro da ordem constitucional, além de desequilibrar, de forma desnecessária, a relação entre os poderes¹⁰⁵.

Analisando o caso, Rouleau e Sherman defendem que ordens flexíveis e a retenção da jurisdição não ferem o princípio da separação de poderes e a teoria dos diálogos institucionais, que é da tradição do constitucionalismo canadense¹⁰⁶.

Para os autores, ao invés de excluir o diálogo e expandir indevidamente seus poderes para os domínios do poder executivo e legislativo, as decisões nas demandas estruturais podem reafirmar a noção de que o judiciário, executivo e legislativo devem trabalhar de forma interdependente no reforço à democracia e efetivação dos direitos fundamentais¹⁰⁷.

Os professores defendem que ordens específicas e fechadas, implementadas através do processo de execução tradicional, são muito mais interventivas do que medidas abertas e flexíveis, que resguardam algum grau de discricionariedade ao executivo e legislativo na eleição dos meios necessários à efetivação dos direitos em disputa¹⁰⁸, inclusive através do aproveitamento da *expertise* técnica e da porosidade democrática desses poderes para a elaboração da solução mais adequada ao caso.

1.3 Índia

A Índia, assim como a maioria dos demais países do denominado sul global, é um país marcado por uma enorme desigualdade social, com milhões de pessoas vivendo em condições de pobreza extrema, sem condições adequadas de moradia, saneamento, saúde, educação e alimentação.

¹⁰⁵ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 177.

¹⁰⁶ Segundo essa teoria elaborada por Peter Hogg e Allison Bushell, a decisão judicial em controle de constitucionalidade não representa o fim da história, já que há espaço para uma resposta e reação dos demais poderes em rodadas subsequentes sobre direitos ou políticas públicas. Cf. ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 178-179. HOGG, Peter W; BUSHELL, Alison A. **The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures** (or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All). Osgoode Hall Law Journal. V. 35. Nº 1. 1997.

¹⁰⁷ HOGG, Peter W; BUSHELL, Alison A. **The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures** (or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All). Osgoode Hall Law Journal. V. 35. Nº 1. 1997. p. 183.

¹⁰⁸ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 187.

Em acréscimo, a organização hierarquizada de sua sociedade confere *status* diferenciados a seus cidadãos, privilegiando alguns poucos integrantes das elites locais e marginalizando muitos, como os *dálit*, integrantes de uma casta social inferior que engloba cem milhões de pessoas, considerados intocáveis pela pouca estima social que possuem¹⁰⁹.

Essa extrema desigualdade social faz com que a concretização dos direitos fundamentais, em especial os socioeconômicos, constitua o ponto central do constitucionalismo indiano, conforme inclusive reconhecido por sua Suprema Corte e seus juízes, que tem se destacado pelo seus perfis ativistas.

De acordo com a opinião do *Chief Justice* indiano Balakrishnan's, a explicação para o ativismo judicial na Índia decorre dessa elevada desigualdade social existente. Esse contexto social é levado em consideração pela Corte Constitucional indiana, legitimando a adoção de medidas mais enérgicas em relação às falhas e omissões no estabelecimento de políticas públicas que violam gravemente os direitos fundamentais de sua população.

Nesse sentido, veja-se, na íntegra, o testemunho do *Chief Justice* Balakrishnan's¹¹⁰:

A principal razão para o "ativismo judicial" na Índia repousa na elevada desigualdade social da população, onde os juízes devem tomar medidas proativas para proteger o interesse daqueles que não tem voz no sistema político e não tem os meios ou as informações para chegarem até as Cortes. Isso coloca as cortes indianas numa posição social bastante distinta se comparado a diversas nações desenvolvidas.

Em termos de ações estruturais, a Suprema Corte indiana tem enfrentado questões envolvendo dois direitos de suma importância: o direito à moradia e o direito à alimentação, que devem ser compreendidos dentro do contexto do significativo contingente de indianos que não tem onde morar e nem o que comer.

Nessa toada, uma das construções mais importantes e originais formuladas pela jurisprudência da Suprema Corte da Índia é a vinculação desses direitos e de outros direitos sociais com o direito à vida, o que permite a exigibilidade imediata, a judicialização e concretização desses direitos¹¹¹.

No julgamento do caso *Mullin*, a Corte reconheceu, de forma expressa, "*que o direito à vida inclui o direito à vida humana digna e tudo o que vem com isso, nominalmente,*

¹⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais. nº 48. Junho de 1997. p. 20.

¹¹⁰ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 180.

¹¹¹ BILCHITZ, David. **Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights**. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 61.

suportar as necessidades da vida com a nutrição adequada, vestimentas, moradia e equipamentos para leitura, escrita e expressão do ser em diversas formas, locomovendo-se livremente, integrando-se e misturando-se com os demais seres humanos."¹¹².

Esse entendimento foi posteriormente confirmado no julgamento dos casos *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* e *ShatiStar Builders v. Narayan K. Totame*. No primeiro caso, a Corte Suprema da Índia defendeu que o direito à vida incluía o direito à moradia. No segundo, concluiu que o direito à vida inclui o direito à comida e a uma moradia razoável¹¹³.

Apesar disso, a Suprema Corte da Índia promoveu poucos avanços no que toca à promoção do direito fundamental à moradia, o que se deu, em grande parte, pela ausência de definição mais clara e precisa do conteúdo normativo desse direito, de níveis mínimos de proteção e do estabelecimento de objetivos a curto prazo¹¹⁴.

O caso *Olga Tellis* ilustra bem essa crítica. A ação envolvia a disputa entre a Prefeitura de Mumbai e moradores que viviam em abrigos construídos sobre a via pública. O objetivo da Prefeitura era "*despejar*" esses moradores que estavam ocupando o espaço público¹¹⁵.

Ao apreciar o caso, a Suprema Corte indiana determinou apenas a obrigação do governo realizar a consulta ou notificação prévia dos indivíduos que estavam enfrentando as ações de despejo, não tendo estabelecido nenhuma medida ou restrição necessária à proteção concreta do direito à moradia, como o fornecimento de acomodação em outro lugar ou a realocação dos despejados¹¹⁶.

Na avaliação de Bilchitz, essa deficiência normativa e jurisprudencial do direito à moradia possui um papel importante nos poucos avanços verificados nessa área. Na opinião do autor, que não merece reparos, a omissão estatal, aliada à falta de definição do conteúdo, de critérios e parâmetros mínimos pela jurisprudência, contribui para que o governo perca o

¹¹² BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 61.

¹¹³ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 61.

¹¹⁴ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 62.

¹¹⁵ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 62-63.

¹¹⁶ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 63.

foco em relação ao nível de proteção e promoção do direito à moradia exigido pelas cortes, não se sabendo ao certo o que deve ser entregue aos cidadãos¹¹⁷.

Nesse sentido, o autor defende que a corte e o governo poderiam prever medidas e objetivos de curto prazo, nas quais se estabelecessem o nível mínimo de moradia a ser entregue pelo estado aos indivíduos, sem prejuízo dos objetivos de longo prazo, como a plenitude do direito à vida, moradia, livre expressão e plena integração do indivíduo, expressados no julgamento do caso *Mullin*¹¹⁸.

Essa estratégia não seria uma novidade, uma vez que já foi previamente adotada para o julgamento dos casos envolvendo o direito à alimentação. De fato, no julgamento do caso *PUCL v. India*, a Suprema Corte realizou e continua realizando significativas intervenções através de medidas flexíveis que contribuíram para a melhoria da política pública estatal¹¹⁹.

Nesse caso, o Tribunal definiu critérios e parâmetros mais específicos, assentando a prioridade na alimentação de pessoas idosas, inválidos, homens e mulheres abandonados e com risco de fome, mulheres grávidas e crianças abandonadas, em especial nos casos em que esses indivíduos ou suas famílias não tenham dinheiro para comprar alimentos¹²⁰.

Adicionalmente, a Corte indiana determinou a criação de um programa de alimentação de meio-dia para as crianças na escola e um sistema nacional de segurança alimentar que privilegia a garantia de empregos¹²¹.

A análise da jurisprudência indiana demonstra a importância que deve ser atribuída à definição clara e precisa do conteúdo normativo dos direitos envolvidos nas ações estruturais, com a previsão de medidas de curto, médio e longo prazo claras, específicas e adequadas.

1.4 África do Sul

¹¹⁷ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 63.

¹¹⁸ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 63.

¹¹⁹ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 63.

¹²⁰ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 63.

¹²¹ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 63.

A África do Sul possui uma Constituição que favorece o ajuizamento de ações estruturais sob o ponto de vista normativo, em especial para a concretização de direitos socioeconômicos, uma vez que o texto constitucional prevê o mesmo *status* para tais direitos em comparação aos direitos civis e políticos, ambos possuindo exigibilidade direta e imediata¹²².

Nesse sentido, o art. 26(1) da Constituição prevê que "*todos tem o direito de acesso à moradia adequada*", o que deverá ser realizado através de medidas legislativas e outras determinações razoáveis, a partir dos recursos disponíveis para o atingimento da progressiva realização desse direito¹²³.

Na mesma linha, o art. 27(1), da Constituição sul-africana, garante o direito de acesso a serviços de saúde, alimentação suficiente, água, seguridade social e assistência, que deverão ser efetivados através de medidas legislativas, administrativas e similares àquelas previstas pelo art. 26(2)¹²⁴.

Em alguns casos de tutelas estruturais, a Corte Constitucional da África do Sul conseguiu dar algum grau de concretude a esses direitos socioeconômicos. Um dos precedentes mais importantes ocorreu no julgamento do caso *Government of Republica of South Africa v. Grootboom*, decidido no ano de 2001¹²⁵.

O caso envolvia a alegação de inconstitucionalidade do programa de habitação do governo da África do Sul em face de uma comunidade de moradores de rua não contemplados por esse programa, que viviam apenas com cobertores de plástico para se protegerem das intempéries do tempo como o sol, as chuvas, o vento e o frio¹²⁶.

Ao apreciar o caso, a Corte Constitucional assentou que o direito à moradia demanda obrigações positivas a serem cumpridas pelo estado que incluía um programa razoável,

¹²² BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 68.

¹²³ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 69.

¹²⁴ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 69.

¹²⁵ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 69.

¹²⁶ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 69.

equilibrado e flexível, que deve levar em conta provisões adequadas de amparo às demandas críticas de habitação de curto, médio e longo prazo¹²⁷.

O tribunal ainda concluiu que um plano que excluísse um segmento importante da sociedade não poderia ser considerado como "razoável", razão pela qual o programa habitacional em questão era inconstitucional pelas falhas estruturais verificadas na proteção de centenas de milhares de pessoas desabrigadas e em necessidade extrema de acesso à terra e moradia¹²⁸.

O tribunal determinou ao governo que promovesse a revisão de sua política pública de habitação, com atendimento imediato às necessidades das pessoas que se encontravam em situação de crise e urgência. A fiscalização e acompanhamento do julgado foi delegada à *Human Rights Commission*, que funcionou no caso como *amicus curiae*, tendo o Tribunal adotado o modelo dialógico de implementação através de medidas abertas e flexíveis, sujeitas à participação dos demandados e de órgãos técnicos¹²⁹.

Ao lado da declaração da inconstitucionalidade da política pública de habitação e da proteção do direito fundamental à moradia da população desabrigada, esse precedente se destaca pela introdução do critério da razoabilidade como parâmetro decisório e de avaliação das políticas públicas em ações envolvendo questões estruturais e de direitos fundamentais na África do Sul¹³⁰.

Outro precedente muito conhecido e citado sobre o assunto ocorreu no julgamento do caso sobre o *Treatment Action Campaign* (TAC), em 2002. Dessa vez, o que estava em jogo era o direito à saúde de mulheres grávidas portadoras do vírus HIV, em específico o direito de

¹²⁷ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 69.

¹²⁸ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 69; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requeridos: União e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. p. 13. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requeridos: União e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. p. 14. Disponível em: <www.stf.jus.br>; ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. Case CCT 11/00. **The Government of Republic of South Africa and others versus Irene Grootboom and others**. Judge Yacoob. 4 October 2000. p. 66-67.

¹³⁰ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 69.

acesso à droga denominada nevirapina, que previne a transmissão do vírus da mãe para a criança durante o parto¹³¹.

Um fato importante sobre o julgamento dessa ação é que o fabricante da droga estava disposto a fornecer o medicamento de forma gratuita aos hospitais públicos. Ainda assim, o estado se negava a fornecer o acesso universal ao medicamento em seus estabelecimentos hospitalares¹³².

Ao decidir o caso, a corte concluiu que a recusa ao fornecimento da nevirapina em bases universais, considerando a eficácia da droga e a ausência de custos para a sua aquisição, seria desarrazoada e violaria o direito à saúde das mães com HIV e de seus filhos¹³³.

A implementação do julgado se deu através de rígidas ordens executivas que determinaram a concretização efetiva do direito de acesso ao medicamento por parte desse grupo vulnerável de indivíduos¹³⁴.

Milhares de vidas foram salvas através da decisão da corte, que serviu como um importante marco para a alteração da política pública de fornecimento, em bases universais, de drogas antirretrovirais no sistema de saúde sul-africano¹³⁵.

Essa decisão é festejada como modelo de sucesso obtido na alteração de uma política pública deficiente e exemplo de concretização do direito à saúde. Embora nesse caso tenha sido obtido um maior grau de concretização do direito envolvido, se compararmos com o precedente *Grootboom*, ainda assim o julgado peca sob o ponto de vista normativo, ao deixar de desenvolver adequadamente o conteúdo do direito à saúde, emplacando apenas o critério da razoabilidade como parâmetro decisório para ações envolvendo direitos fundamentais¹³⁶.

¹³¹ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 70.

¹³² BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 70.

¹³³ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 70.

¹³⁴ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 70.

¹³⁵ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 70.

¹³⁶ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 70.

Por outro lado, esse precedente demonstra como ordens específicas, pontuais e concretas podem ser eficazes quando não existem maiores questionamentos sobre o direito em disputa ou a medida adequada para sua proteção.

1.5 A Colômbia e o estado de coisas inconstitucional

Na Colômbia, as demandas estruturais envolvendo a violação de direitos fundamentais foram incorporadas pela jurisprudência da Corte Constitucional a partir da figura do estado de coisas inconstitucional.

Tratando especificamente do contexto colombiano, Libardo Ariza defende que há a configuração desse instituto nos casos de violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais decorrentes de deficiências nos arranjos institucionais do Estado¹³⁷.

Para o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a Corte Colombiana tem feito uso desse instrumento para a proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, utilizando-o para declaração da própria deficiência ou imperfeição de leis e políticas públicas que geram a violação massiva de direitos fundamentais¹³⁸.

Segundo Libardo Ariza, a declaração dessa situação fática de inconstitucionalidade possibilita a assunção, por parte da Corte Constitucional, da atribuição de estabelecer políticas públicas e a alocação de recursos, assumindo funções que seriam tipicamente do Poder Legislativo no esquema tradicional de separação de poderes¹³⁹.

Dentre os casos nos quais houve o reconhecimento desse estado de coisas, podemos destacar a situação de absoluta ausência de cobertura previdenciária de professores públicos municipais¹⁴⁰, a violação massiva ao direito de petição dos segurados da Previdência Social pela não apreciação de requerimentos administrativos ou apresentação de respostas-padrão sem análise dos pedidos¹⁴¹, lesões aos direitos à saúde, integridade física e psíquica, vida e

¹³⁷ Cf. ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129.

¹³⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao "Estado de Coisas Inconstitucional"**. Tese de Doutorado. UERJ: Rio de Janeiro, 2015. p. 134.

¹³⁹ Cf. ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129.

¹⁴⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-559-97**. Sala Plena. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T 525-99**. Cuarta Sala de Revisión. Magistrado Ponente Carlos Garviria Díaz. Julgado em 23 de julho de 1999.

dignidade dos detentos recolhidos em prisões superlotadas¹⁴² e negação dos direitos à moradia, ao trabalho, saúde, alimentação e educação da população vítima de deslocamento forçado em virtude de conflitos armados¹⁴³.

É importante ressaltar que tais declarações ocorreram no julgamento de ações de tutela que apreciaram casos individuais. No entanto, a partir da constatação genérica da violação massiva de direitos fundamentais, a corte colombiana conferiu eficácia geral e *erga omnes* às decisões, que passaram a aproveitar todos os demais indivíduos que se encontrassem em idêntica situação¹⁴⁴.

Um dos precedentes mais famosos no qual houve a declaração do estado de coisas inconstitucional ocorreu no julgamento da sentença de tutela T-025/04, que tratou da situação das vítimas dos confrontos armados na Colômbia, submetidas a deslocamentos forçados de suas residências habituais, com violação dos direitos à vida, integridade, saúde, moradia, educação, alimentação, dentre outros.

Esse caso envolve umas das maiores crises humanitárias mundiais. De acordo com informações divulgadas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas sobre os Refugiados (ACNUR) e pela Consultoria para Direitos Humanos e Deslocamento (CODHES), a Colômbia possuía, em 2009, o maior número de pessoas refugiadas e deslocadas de suas residências¹⁴⁵.

Para superar essa situação, a Colômbia estabeleceu um programa de atendimento às vítimas de deslocamento forçado. O programa de ajuda às vítimas de deslocamento abrange três aspectos: atendimento emergencial, estabilização econômica e retorno/relocação¹⁴⁶.

Não obstante, tal programa nunca funcionou a contento, uma vez que se limitava ao atendimento emergencial de parte das vítimas, porém sem manter uma continuidade e regularidade de atendimento e com absoluta ineficiência no que toca à prestação de serviços de saúde, moradia, educação, trabalho e relocação¹⁴⁷.

¹⁴² COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Julgado em 28 de abril de 1998.

¹⁴³ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004. p. 72.

¹⁴⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença **T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004.

¹⁴⁵ COLÔMBIA. Consultoria para Direitos Humanos e Deslocamento (CODHES). **?Consolidación de qué?** Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010. Bogotá: Grupo Nativo, 2011. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be>>. Acesso em: 13 out. 2015, às 12:26. p. 86

¹⁴⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004.

¹⁴⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004.

Com base nessa situação, os autores das ações de tutela julgadas pela Corte pleitearam a superação das omissões no atendimento a seus direitos, especialmente os relacionados à vida, moradia, trabalho, saúde e educação¹⁴⁸.

Por sua vez, os órgãos responsáveis pelas políticas públicas estabelecidas - a Rede de Solidariedade Nacional, Presidência da República e os Ministérios da Fazenda, Proteção Social, Agricultura e Educação - alegaram, basicamente, em suas defesas, a ausência de atribuições para a resolução dos problemas e a falta de recursos, além do cumprimento dos prazos e das metas estabelecidas para a participação no programa de atendimento humanitário¹⁴⁹.

Analisando os casos, a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu a violação aos seguintes direitos: vida, personalidade, liberdade, expressão e associação, direitos econômicos, sociais e culturais, unidade familiar e proteção da família, direito à saúde, integridade e segurança pessoal, liberdade de circulação pelo território nacional e direito de permanecer no local escolhido para residir, direito ao trabalho, alimentação mínima, educação, moradia digna, paz e igualdade¹⁵⁰, esse último assegurado pelo art. 13 da Carta da Colômbia¹⁵¹.

Nesse sentido, o tribunal registrou o dever do Estado de proteção dos direitos fundamentais, a partir da perspectiva do mínimo existencial e dos direitos econômicos, sociais e culturais, reforçando a obrigação estatal de eliminar as injustiças existentes e promover a efetivação progressiva das prestações sociais¹⁵².

Em seguida, a corte declarou a ocorrência de um estado de coisas inconstitucional caracterizado, nos termos já expostos acima, "*quando se constata a violação repetida e constante de direitos fundamentais que afetam um número significativo de pessoas e cuja*

¹⁴⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004. p. 30-31.

¹⁴⁹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004. p. 31-32.

¹⁵⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004. p. 49-52.

¹⁵¹ "Artigo 13. Todas as pessoas nascem livres e iguais ante a lei e receberão a mesma proteção e trato das autoridades, gozando dos mesmos direitos, liberdades e oportunidades sem nenhuma discriminação por razões de sexo, raça, origem nacional ou familiar, língua, religião, opinião política ou filosófica. O estado promoverá as condições para que a igualdade seja real e efetiva e adotará medidas em favor dos grupos discriminados ou marginalizados." COLÔMBIA. **Constituição da Colômbia**. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582/>>. Acesso em: 14 out. 2015, às 11:01.

¹⁵² COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004. p. 77; 86-87.

*solução requer a intervenção de distintas entidades para atender problemas de ordem estrutural*¹⁵³.

Através da declaração dessa situação, o Tribunal conferiu eficácia *erga omnes* à decisão, que passou a beneficiar não apenas as partes do processo, mas terceiros em idêntica situação. A corte determinou, ainda, a expedição de ordens a diversos órgãos públicos para que promovessem a superação desse estado de coisas inconstitucional¹⁵⁴.

Após a decisão, foram realizadas audiências públicas que contribuíram para trazer a questão humanitária das vítimas dos deslocamentos forçados para o centro do debate público e da agenda política¹⁵⁵.

A questão do deslocamento forçado de pessoas passou a ser tratada como assunto de interesse nacional e de relevante interesse público. Além disso, as ordens proferidas pela corte promoveram o desbloqueio de canais institucionais através de medidas que provocaram reações imediatas nas autoridades estatais demandadas¹⁵⁶.

Tais medidas consistiram, basicamente, na exigência de alocação de recursos orçamentários, os quais sofreram significativo aumento, e na produção de relatórios e informativos básicos sobre a situação do deslocamento interno¹⁵⁷.

1.6 Brasil

¹⁵³ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004.

¹⁵⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004. p. 90. Dentre as ordens emitidas, a Corte conclui por: a) declarar o estado de coisas inconstitucional; b) comunicar ao Conselho Nacional de Atenção Integral à população deslocada, Ministério da Fazenda e demais órgãos públicos envolvidos sobre o estado de coisas inconstitucional, estabelecendo prazo para superação dessa situação através da correção das deficiências de capacidade estrutural, mediante estabelecimento de plano de ação com prazos e objetivos definidos e inclusive maior alocamento de recursos; c) comunicar essa situação às demais autoridades e órgãos públicos envolvidos; d) determinar aos órgãos públicos que informem as vítimas as suas cartas de direitos básicos, atendendo aos requerimentos protocolados de forma tempestiva, com informações claras e precisas; e) tutelar os direitos dos requerentes na ação, em especial no que se refere à concessão da ajuda humanitária. COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004. p. 99-123.

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 98-99.

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 130.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 133-141.

No Brasil, o ajuizamento de ações estruturais é tem ainda muito incipiente, somente tendo sido mais intensamente discutido a partir da propositura e julgamento liminar da ADPF nº 347, no qual houve a importação do instituto do estado de coisas inconstitucional, a partir da experiência do direito constitucional colombiano.

Uma das razões para que esse tema ainda não tenha entrado na pauta do dia decorre da utilização de ações individuais e das normas do processo civil individual para o ajuizamento de demandas que buscam suprir falhas estruturais e sistêmicas das políticas públicas estatais, tal como ocorre com as demandas de saúde.

É fato incontroverso que o Sistema Único de Saúde (SUS) é extremamente deficitário em relação ao atendimento às demandas básicas da população brasileira: faltam remédios e insumos básicos, leitos de internação, aparelhos para procedimentos de baixa e alta complexidade e médicos em diversas especialidades que aceitem participar do sistema pela falta de recursos, baixos salários e péssima estrutura física. Por outro lado, sobram filas de pessoas esperando por atendimento, nas quais os pacientes chegam a esperar anos para o primeiro atendimento ou a realização de um procedimento médico ou cirúrgico.

Conforme bem observado por Sérgio Cruz Arenhart, o enfrentamento dessas graves falhas da política pública de saúde através de ações individuais faz com que a questão seja resumida ao confronto entre o direito subjetivo do autor ao remédio ou tratamento adequado em contraposição ao interesse patrimonial do Estado, na qual a solução mais simples e evidente é a proteção do direito individual¹⁵⁸.

O autor prossegue argumentando que essas espécies de ações escondem o verdadeiro conflito existente: as falhas estruturais sistêmicas nas políticas públicas de saúde, em todos os níveis (municipal, estadual, federal e nacional)¹⁵⁹.

A professora Ana Paula de Barcellos, uma das maiores pesquisadoras sobre o tema das ações de saúde no Brasil, traz dados que confirmam essa tese. Em 2002, havia apenas um caso de ordem judicial determinando a realização de tratamento médico. Já em 2011, esse

¹⁵⁸ ARENHART, Sérgio. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão.** Revista de Processo Comparado (RPC). 2015. 19 p. Disponível em: <www.revistadeprocessocomparado.com.br>. Acesso em: 18 jan. 2016. p. 2.

¹⁵⁹ O autor continua defendendo que o processo coletivo brasileiro também não é adequado para tratar dessas questões sob uma perspectiva *macro*, uma vez que se trata de uma "ação individual" ajuizada por um legitimado em benefício de terceiros ou de uma coletividade que não tem a oportunidade de se manifestar nos autos. ARENHART, Sérgio. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão.** Revista de Processo Comparado (RPC). 2015. 19 p. Disponível em: <www.revistadeprocessocomparado.com.br>. Acesso em: 18 jan. 2016. p. 2-3.

número subiu para 8.549 casos, sendo que os gastos com a aquisição de remédios excepcionais cresceu, no período de 2003 a 2007, no percentual 252%¹⁶⁰.

Em 2006, o estado de São Paulo gastou U\$ 32.400.000,00 no cumprimento de decisões judiciais que beneficiaram 3.600 demandantes, totalizando um custo médio de U\$ 9.000,00 por demandante nesse Estado¹⁶¹.

Esse cenário levou o Tribunal de Contas da União a concluir que em 2014, a nível nacional, houve a concentração dos gastos da saúde na aquisição de medicamentos e procedimentos médicos em detrimento de outras prioridades, havendo fortes indícios que essas ações de saúde não beneficiam os setores mais necessitados da sociedade¹⁶².

Portanto, essas ações produzem efeitos sistêmicos indesejados¹⁶³ sobre o desenho e a eficiência da política pública em termos gerais, que passa a ser ainda mais injusta, confusa e ineficiente¹⁶⁴.

Apesar disso, existem alguns casos pontuais nos quais discussões sobre questões estruturais foram suscitadas e discutidas em ações ajuizadas para a tutela de direitos coletivos ou difusos.

Um desses exemplos são as ações ajuizadas para a garantia do direito ao saneamento básico, previsto pela Lei nº 6.528/78 como um serviço público compulsório, mas que atinge apenas 55,15% dos municípios no que toca à coleta de esgoto e 28,52% em relação ao tratamento sanitário, com índices bem piores e um número significativo de municípios sem qualquer coleta ou tratamento nas regiões e comunidades mais carentes¹⁶⁵.

¹⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Sanitation Rights, Public Law Litigation and Inequality: A Case Study from Brazil.** Health and Humans Rights Journal. V. 16. Nº 2. Dezembro de 2014. p. 36.

¹⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Sanitation Rights, Public Law Litigation and Inequality: A Case Study from Brazil.** Health and Humans Rights Journal. V. 16. Nº 2. Dezembro de 2014. p. 41.

¹⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. **Sanitation Rights, Public Law Litigation and Inequality: A Case Study from Brazil.** Health and Humans Rights Journal. V. 16. Nº 2. Dezembro de 2014. p. 36.

¹⁶³ Sobre efeitos sistêmicos, cf. SUNSTEIN, Cass R; VERMULE, Adrian. **Interpretation and Institutions.** John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper. No. 156. Chicago, 2002. Na mesma linha, fazendo a distinção entre a microjustiça e a macrojustiça, Cf.: BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matérias de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** Disponível em: <www.academia.edu>. p. 22 e ss

¹⁶⁴ Há, contudo, exceções dignas de nota, como a ação civil pública nº 0010805-52.2014.4.02.5101, que tramita perante a 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro, sob a atenta e diligente condução da juíza federal Helena Elias Pinto. A ação foi ajuizada para a redução da fila de cirurgias no Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia do Rio de Janeiro e, após diversas audiências, chegou-se a um acordo entre o Ministério Público Federal, Defensoria Pública e Advocacia Geral da União que busca modernizar o sistema de fila de espera do INTO e reduzir o número de pacientes na fila, com bons resultados. Trata-se de claro exemplo de ação estrutural no qual optou-se pela adoção de medidas negociadas entre as partes, as quais normalmente são bastante eficazes pela aquiescência e participação dos envolvidos na construção da melhor solução para o caso. Sobre essa ação, Cf.: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/frontpage/noticias/mpf-e-into-fecham-acordo-judicial-para-reducao-da-fila-de-espera-por-cirurgias>>.

¹⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Sanitation Rights, Public Law Litigation and Inequality: A Case Study from Brazil.** Health and Humans Rights Journal. V. 16. Nº 2. December 2014. p. 38.

Em trabalho desenvolvido especificamente sobre o assunto, Ana Paula de Barcellos demonstra que foram ajuizados 258 casos envolvendo questões de saneamento básico, nas quais a taxa de êxito gira em torno de 76%¹⁶⁶.

Na maioria desses casos, - quatro em cada cinco julgados parcialmente procedentes -, os tribunais adotaram medidas abertas e flexíveis nas quais impuseram aos demandados a obrigação de implantar sistemas de saneamento básico ou apresentar um plano para a implantação desses sistemas em prazos estabelecido pelas cortes¹⁶⁷.

Ao adotar esse modelo, as cortes evitaram se imiscuir em questões técnicas e específicas que envolvem o sistema de coleta e tratamento de esgoto. Por outro lado, aceitaram os pedidos de prorrogação dos prazos concedidos através de inúmeras comunicações e negociações¹⁶⁸.

No caso do município de Parecis, no norte de Rondônia, uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça local determinou, em 2008, a elaboração de um plano de filtração e disponibilização de água para toda a população, composta por 5.000 habitantes, que foi implementado no ano de 2010. Seguindo a mesma linha, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinou, em 2011, que a companhia estadual de água e esgoto de Santa Catarina preparasse e implementasse um plano de coleta e tratamento de esgoto para o município de Barra do Sul e seus 8.500 habitantes, o qual começou a ser apresentado e implantado no ano de 2014¹⁶⁹.

No campo do direito à educação, uma ação ajuizada perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo discutiu a inexistência de vagas para crianças em creches municipais, direito social assegurado pelo art. 7º, XXV, da Constituição Federal e imposto ao Estado pelo art. 208, IV, da mesma Constituição.

Antes de apreciar o caso, o tribunal paulista realizou audiência pública da qual participaram representantes de diversas organizações ligadas aos direitos humanos, direitos das crianças e direito à educação¹⁷⁰.

¹⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Sanitation Rights, Public Law Litigation and Inequality**: A Case Study from Brazil. *Health and Humans Rights Journal*. V. 16. Nº 2. December 2014. p. 36.

¹⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Sanitation Rights, Public Law Litigation and Inequality**: A Case Study from Brazil. *Health and Humans Rights Journal*. V. 16. Nº 2. December 2014. p. 38.

¹⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Sanitation Rights, Public Law Litigation and Inequality**: A Case Study from Brazil. *Health and Humans Rights Journal*. V. 16. Nº 2. December 2014. p. 38.

¹⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Sanitation Rights, Public Law Litigation and Inequality**: A Case Study from Brazil. *Health and Humans Rights Journal*. V. 16. Nº 2. December 2014. p. 39.

¹⁷⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002**. Apelante: Ação Educativa Assessoria Pesquisa e Informação e outros. Apelado: Municipalidade de São Paulo. Câmara Especial. Relator: Desembargador Samuel Júnior. Julgado em 29 de julho de 2013. No mesmo sentido, cf. a seguinte notícia:

No julgamento, o tribunal condenou o município a criar, no mínimo, 150.000 vagas até 2016, incluindo recursos públicos suficientes em seu orçamento. Condenou, ainda, o ente local a elaborar um plano de ampliação de vagas e construção de novas unidades de educação infantil em 60 dias, com a apresentação de relatórios semestrais monitorados pela Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal, sociedade civil, Defensoria Pública e Ministério Público¹⁷¹.

O Supremo Tribunal Federal também já teve a oportunidade de analisar algumas ações estruturais envolvendo as graves violações de direitos fundamentais dos presos integrantes do sistema prisional nacional, dentre as quais se destacam o Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252, RE 592.581 e a já mencionada ADPF nº 347.

O primeiro Recurso Extraordinário, - RE nº 580.252 -, objetiva a condenação do estado de Mato Grosso do Sul em danos morais em virtude da superlotação carcerária e da omissão estatal na ampliação e melhoria do sistema prisional, o que viola frontalmente os direitos dos detentos à integridade física e psíquica e a proibição da tortura e tratamento desumano ou degradante, prevista no art. 5º, III, da Constituição Federal de 1988¹⁷².

A ação possui por base, ainda, a expressa previsão da indenização por danos morais constante do art. 5º, X, da Constituição, e a contraposição das teses da reserva do possível contra as pretensões indenizatórias dos detentos¹⁷³.

É importante destacar que embora o objeto direto da ação não seja o aumento do número de vagas ou a melhoria das condições das unidades prisionais, que são os pleitos típicos de ações estruturais dessa natureza, o eventual reconhecimento da pretensão indenizatória dos autores terá forte impacto sobre essa situação, forçando o estado a atuar para corrigir as falhas detectadas, sob pena de arcar com os custos provenientes de novas condenações que agravariam ainda mais as finanças públicas do ente federativo.

Essa atuação estratégica em demandas estruturais não constitui novidade, tendo sido utilizada nos Estados Unidos no período pós *Brown*, na década de 1970, em ações envolvendo

<<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=19610>>. Acesso em: 08 ago. 2016, às 17:37.

¹⁷¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002**. Apelante: Ação Educativa Assessoria Pesquisa e Informação e outros. Apelado: Municipalidade de São Paulo. Câmara Especial. Relator: Desembargador Samuel Júnior. Julgado em 29 de julho de 2013.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

discriminações nas contratações para postos de trabalho¹⁷⁴. Destarte, embora não seja uma típica ação estrutural, trata-se de demanda que possui um impacto significativo sobre questões dessa natureza.

No caso específico, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul não reconheceu o direito à indenização com base na teoria da reserva do possível e na ausência de recursos orçamentários para a melhoria das unidades prisional e pagamento das respectivas indenizações¹⁷⁵.

Após a interposição do recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema, por entender que o objeto discutido na ação ultrapassa os interesses da causa e é relevante sob os pontos de vista econômico, político, social e jurídico¹⁷⁶.

O julgamento no STF foi iniciado e os Ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes anteciparam seus votos pelo provimento do recurso e reconhecimento do direito à indenização. Por outro lado, o Ministro Luís Roberto Barroso apresentou proposta alternativa para que seja reconhecido apenas o direito à detração da pena enquanto persistentes as precárias condições do sistema, o que entendemos não ser a melhor solução para o caso, sob pena de se institucionalizar o cumprimento das penas em presídios superlotados ou em más condições, com a chancela do Supremo. Felizmente, o STF concluiu o julgamento reconhecendo o direito do preso à indenização¹⁷⁷.

O segundo precedente mencionado, o RE nº 592.581, encontra-se umbilicalmente vinculado à ação anterior, pois trata da possibilidade de intervenção judicial para determinar a reforma de presídios ou realizações de obras emergenciais destinadas à garantia dos direitos à integridade física e moral dos presos e ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷⁸.

O caso envolvia a situação precária do Albergue Estadual de Uruguaiana, no Rio Grande do Sul, no qual constatou-se a existência de diversos problemas, como: excesso de

¹⁷⁴ FISS, Owen. **The Fate of an Idea Whose Time Has Come**: Antidiscrimination Law in The Second Decade After Brown vs. Board of Education. *University of Chicago Law Review*. 742. 1973-1974. p. 755. nota de rodapé nº 31.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581**. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13/08/2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>

umidade e poeira, existência de esgoto a céu aberto no pátio da unidade, vazamento das instalações hidrossanitárias, teto com perigo de desabamento e problemas nas instalações elétricas, com fios aparentes e descobertos que saiam do teto corroído e que já haviam levado ao óbito um detento, por choque elétrico¹⁷⁹.

A situação levou ao ajuizamento de uma ação civil pública julgada procedente em primeiro grau e reformada em segunda instância com base no caráter programático da norma constitucional que impõe o respeito à integridade física e psíquica dos detentos (art. 5º, XLIX, da CF), no princípio da separação dos poderes e na tese da reserva do possível¹⁸⁰.

Ao decidir o caso em regime de repercussão geral, o STF reiterou a jurisprudência já estabelecida em outros julgados que assentam a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, no caso o direito à integridade física e moral dos presos, tendo rejeitado a eficácia programática atribuída pela corte local ao art. 5º, XLIX, da CF¹⁸¹.

O tribunal também estabeleceu que a concretização de um direito fundamental não representa invasão à autonomia do poder executivo ou violação ao princípio da separação dos poderes e criticou o uso retórico da tese da reserva do possível, considerados o montante de recursos disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional - R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos) -, em valores arrecadados até junho de 2015¹⁸², e a devolução de grande parte desses recursos pelos estados em virtude de omissões e falhas no desenvolvimento de projetos para construções de novas unidades e vagas¹⁸³.

Ao final do julgamento, o STF, por unanimidade, deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, tendo cassado a decisão de segunda instância e restabelecido a condenação em primeiro grau¹⁸⁴.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13 de agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13 de agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13 de agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13 de agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. p. 42.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13 de agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. p. 42.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13 de agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

Em acréscimo, a corte constitucional estabeleceu a tese de que é lícito ao judiciário impor à administração pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível e nem o princípio da separação dos poderes¹⁸⁵.

Esse precedente pode ser extremamente relevante para a realização de reformas estruturais emergenciais nos presídios e para a proteção dos direitos e da dignidade dos presos, ainda mais se considerarmos a ampla eficácia das teses fixadas em sede de repercussão geral, conforme previsão do art. 1.040 do novo código de processo civil.

No entanto, a eficácia prática desse julgado para a promoção de reformas estruturais no sistema prisional brasileiro dependerá da maneira como esse precedente será assimilado e utilizado pelos atores sociais e institucionais, como as organizações não governamentais, as clínicas de direitos humanos, associações civis, ministério público, defensoria pública e pelo poder judiciário em geral.

A tese só vai "pegar" e as mudanças sociais apenas ocorrerão se os atores sociais e institucionais passarem a usar esse precedente como instrumento de litigância estratégica, ajuizando novas ações nas diversas partes do país para alavancar a aplicação do entendimento firmado pelo STF¹⁸⁶. Da mesma forma, os juízes desses mais diversos lugares devem estar abertos e dispostos a aplicar o entendimento da suprema corte às suas realidades locais. Apenas o tempo dirá se o caso foi determinante para a realização de significativas mudanças sociais.

O terceiro exemplo de ação estrutural perante o STF é a ADPF nº 347, que busca o reconhecimento, com a eficácia *erga omnes* e os efeitos vinculantes típicos de uma ação de controle abstrato de constitucionalidade, do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro¹⁸⁷.

A referida ação, patrocinada pela Clínica de Direitos Humanos da UERJ e pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), denuncia o inferno astral que são as prisões no Brasil, postulando diversas medidas normativas e estruturais destinadas à superação dessa situação,

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13 de agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

¹⁸⁶ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 595-613.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requeridos: União e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

como: a) a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; b) a determinação para que todos os juízes fundamentem, suficientemente, a aplicação da prisão preventiva em detrimento das demais medidas cautelares previstas pelo Código de Processo Penal; c) o reconhecimento da aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, com a realização de audiências de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas contados da data da prisão de um indivíduo; d) o reconhecimento das más condições de cumprimento das penas, com o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios como a progressão de regime e o livramento condicional e a preferência por medidas alternativas à prisão; e) a diminuição do tempo da pena pelas más condições do sistema; f) a realização de mutirões carcerários; g) o descontingenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e a proibição de novas restrições a esses recursos por parte da União, para que os investimentos nessa área sejam aumentados e, assim, se supere o estado de coisas inconstitucional; h) a realização de planos nacional, estaduais e distritais para superação do estado de coisas inconstitucional, com o estabelecimento de metas a serem cumpridas pelos órgãos responsáveis¹⁸⁸.

A ADPF nº 347 é a mais ambiciosa ação estrutural ajuizada no país, a primeira na qual se pleiteiam reformas estruturais a nível nacional. Nessa linha, as dificuldades que serão enfrentadas pelos demandantes nessa ação são proporcionais ao tamanho das reformas pretendidas. A pouca experiência do STF com esse tipo de demanda, a timidez demonstrada pelo tribunal no julgamento da liminar e a reação dos demais poderes e da sociedade civil são apenas alguns exemplos dessas dificuldades.

No que toca à atuação do STF, percebe-se que a decisão liminar da Suprema Corte foi contida. De fato, dentre os vários pedidos formulados, o STF deferiu apenas dois: o requerimento para a realização da audiência de custódia, que foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e já se encontra em fase de implementação em diversos tribunais como, por exemplo, na Justiça Federal, e o pedido de descontingenciamento dos recursos do FUNPEN¹⁸⁹.

Não se ignora os avanços que ocorreram com o julgamento da liminar. A realização das audiências de custódia pode contribuir para a diminuição do número de detentos do

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requeridos: União e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requeridos: União e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

sistema prisional e para a concretização de garantias constitucionais como o direito à assistência jurídica e ao silêncio, a proibição da tortura e de agressões físicas e psicológicas. Da mesma forma, a liberação dos recursos do FUNPEN aumentará os investimentos no sistema prisional, o que pode acarretar a melhoria do sistema como um todo.

No entanto, o tribunal poderia ter avançado mais em sede de liminar, cristalizando o entendimento, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, pela necessidade de ampla fundamentação para decretação da prisão preventiva, de preferência das demais medidas cautelares em detrimento da segregação, do abatimento da pena cumprida em condições desumanas e do abrandamento dos requisitos temporais para os benefícios penais de presos localizados em unidades em más condições¹⁹⁰.

O segundo desafio decorre da reação dos demais órgãos e agentes públicos à decisão, que deve ser analisado à luz do crescente ativismo judicial exercido pelo STF e da equivalente reação dos demais poderes, em especial do legislativo, a esse protagonismo da corte.

Seguindo essa linha de raciocínio, foi apresentado no Senado Federal em 11 de novembro de 2015, ou seja, 3 (três) meses após a liminar na ADPF nº 347, o Projeto de Lei do Senado nº 736, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, de Sergipe, que busca "*estabelecer termos e limites*" ao controle de constitucionalidade e reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, prevendo os pressupostos necessários à declaração dessa situação e a obrigatoriedade de realização de um acordo denominado "compromisso significativo" entre o poder público e os segmentos populacionais afetados¹⁹¹.

Trata-se de um projeto que pode esterilizar o instituto antes mesmo da sua germinação, razão pela qual o STF levará em conta a reação do legislativo ao decidir o mérito dessa ADPF, devendo estabelecer um diálogo ou um debate com o Congresso sobre o tema.

1.7 Análise do direito comparado, conceitos e definições

A análise das demandas estruturais no direito comparado permite extrair algumas conclusões no que toca à definição dessas ações. Nesse sentido, as ações estruturais somente

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requeridos: União e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

¹⁹¹ VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Senado Federal: Brasília, Dezembro/2015. Texto para discussão nº 186. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 01 dez. 2015, às 18:52. p. 35.

são cabíveis nos casos de falhas estruturais do poder público na elaboração ou implementação de políticas públicas que exijam soluções complexas para a sua superação.

Discorrendo acerca da experiência canadense, Paul Rouleau e Linsey Sherman destacam que as ações estruturais são utilizadas para os casos em que a violação à Carta de Direitos deve ser superada através de medidas complexas que compõem um processo contínuo¹⁹².

Da mesma forma, Libardo Ariza e César Garavito destacam que a declaração do estado de coisas inconstitucional na Colômbia pressupõe falhas nos arranjos institucionais do Estado que demandem a atuação conjunta de diversos órgãos estatais para a superação dessa situação¹⁹³, razão pela qual inadmite-se a utilização desse remédio entre particulares ou para casos que não envolvam questões estruturais.

Nessa linha, podemos concluir que as ações estruturais são demandas instauradas para corrigir falhas estruturais que violam, de forma direta e imediata, os direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, exigindo a adoção de soluções complexas que não podem ser estabelecidas unilateralmente pelos juízes.

Nesse sentido, concordamos com a ideia do professor Owen Fiss, quando aduz que as ações estruturais são aquelas nas quais o juiz confronta a burocracia estatal em relação a valores de dimensão constitucional, coordenando o processo de reestruturação dessas organizações para eliminar a ameaça a esses direitos e valores¹⁹⁴.

Já o estado de coisas inconstitucional é uma criação da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, uma nova espécie de ação estrutural e de técnica decisória com requisitos mais rígidos, haja vista a necessidade de comprovação da violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, do envolvimento de vários órgãos públicos para a resolução da questão e a demonstração da adoção de práticas inconstitucionais pelo poder público, como a exigência do ajuizamento de ações enquanto condição para a fruição de direitos.

¹⁹² ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 200.

¹⁹³ Cf. ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129. RODRIGUÉZ, Cesar Garavito. Más alla del desplazamiento o como superar un estado de cosas inconstitucional. In: RODRIGUÉZ, Cesar Garavito (Coord.). **Más alla del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009. p. 435.

¹⁹⁴ FISS, Owen. **Foreword: The forms of justice**. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 2.

Contudo, essa maior rigidez na admissão das ações leva a uma intervenção judicial mais incisiva pelo tribunal, que passa a coordenar o processo de reformulação da política pública e as atribuições de todos os órgãos envolvidos.

É importante destacar que a inconstitucionalidade constatada nessas ações decorre não da incompatibilidade em tese de atos normativos com a Constituição, mas sim de circunstâncias fáticas lesivas, atos institucionais e condutas comissivas e/ou omissivas incompatíveis com as normas de direitos fundamentais. Nesse ponto, concordamos com os professores Jane Reis Gonçalves Pereira e Gabriel Accioly Gonçalves, quando defendem a evolução do fenômeno da inconstitucionalidade do plano da validade para a efetividade, com múltiplas dimensões e envolvendo ações institucionais, omissões e violações abrangentes que criam espaços vazios de constitucionalismo¹⁹⁵.

Seguindo semelhante linha de raciocínio, o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos defende que a tutela adequada dos direitos fundamentais deve abandonar as teorias que vislumbram a efetividade das normas constitucionais a partir de esquemas formalistas de estrutura do enunciado normativo ou de sua eficácia jurídico-formal, focando, ao invés, na atuação concreta e efetividade dos direitos fundamentais que envolvem análises empíricas¹⁹⁶.

Em síntese, as ações estruturais são o gênero, os instrumentos processuais usados para a resolução de complexas questões estruturais, enquanto que a declaração do estado de coisas inconstitucional é a espécie, o instituto e técnica decisória utilizado pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir de circunstâncias fáticas inconstitucionais, para a coordenação do processo de correção de falhas estruturais de diversos órgãos públicos que geram a violação massiva de direitos fundamentais.

¹⁹⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. **Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional**: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. Revista Juris Poiesis. Ano 18. Nº 18. jan-dez 2015

¹⁹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Editora JusPODIVM: Salvador, 2016. p. 55-71.

2 AS CRÍTICAS SUSCITADAS

Nesse capítulo iremos analisar as principais críticas e objeções que são suscitadas em relação às decisões em ações estruturais.

O enfrentamento dessas críticas não é apenas um *pit stop* ou parada obrigatória cuja superação é necessária para que avancemos no estudo do tema. A análise comprometida e sincera das objeções daqueles que se posicionam de forma contrária às ações estruturais permite o enriquecimento do debate e a visualização de novas soluções e alternativas, moldando a própria visão e compreensão desses instrumentos.

Em termos gerais, a principal crítica às ações e decisões estruturais convergem para o fato de elas serem exemplos típicos do ativismo judicial que gera o risco de criação de um sistema político dominado por uma aristocracia de agentes públicos não eleitos pelo povo, a ditadura da toga ou dos juízes¹⁹⁷.

De acordo com o professor Luís Roberto Barroso¹⁹⁸, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na realização dos fins e valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos poderes legislativo e executivo.

É importante destacar que as objeções ao ativismo judicial transcendem as ideologias partidárias e possuem antigas raízes históricas. Nesse sentido, Thomas Jefferson, terceiro presidente norte-americano, criticava o fato das perversões judiciais serem protegidas sob o pretexto do "*erro de julgamento*", declarando que seria um equívoco chamar de governo republicano um sistema em que um dos poderes supremos é independente da nação¹⁹⁹. Abraham Lincoln, por sua vez, criticando a decisão proferida no infame julgamento do caso *Dread Scott v. Sanford*, disse que seria um erro um dos poderes fixar uma interpretação judicial obrigatória para todos os demais²⁰⁰.

A expressão ativismo judicial foi primeiramente utilizada pelo historiador norte-americano Arthur M. Schlesinger, em artigo publicado em revista de ampla circulação, no ano de 1947, para retratar a divisão então existente na Suprema Corte dos Estados Unidos entre os

¹⁹⁷ LIPKIN, Robert Justin. **What's wrong with judicial supremacy? What's right about judicial review?** Widener Law School Legal Studies Research Paper Series no. 08-85. p. 2.

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Ed. Fórum: 2012. p. 250.

¹⁹⁹ LIPKIN, Robert Justin. **What's wrong with judicial supremacy? What's right about judicial review?** Widener Law School Legal Studies Research Paper Series no. 08-85. p. 3.

²⁰⁰ LIPKIN, Robert Justin. **What's wrong with judicial supremacy? What's right about judicial review?** Widener Law School Legal Studies Research Paper Series no. 08-85. p. 3.

juízes ativistas, que defendiam uma postura mais afirmativa do tribunal na concretização de concepções do bem estar social, e os juízes que defendiam uma postura de maior auto contenção por parte do poder judiciário²⁰¹.

O professor Barroso²⁰² demonstra que uma das principais característica desse ativismo judicial era a realização de significativas transformações nas práticas políticas dos Estados Unidos, no que toca à proteção de direitos fundamentais, sem a edição de qualquer ato do congresso ou decreto presidencial.

Não obstante, esse protagonismo judicial passou a ser visto sob uma perspectiva negativa. Após inúmeras decisões de caráter progressista, houve uma intensa reação por parte de uma corrente conservadora²⁰³, de modo que a expressão adquiriu uma conotação negativa, "*equiparada ao exercício impróprio do poder judicial*"²⁰⁴.

Com a mudança de postura e a adoção de decisões conservadoras pela Suprema Corte norte-americana, em especial no período da corte Rehnquist, foi a vez dos progressistas atacarem o controle de constitucionalidade a supremacia judicial, propondo inclusive o fim da revisão judicial²⁰⁵.

Entre as principais críticas ao ativismo judicial que se aplicam às ações estruturais, três se destacam. São elas a crítica de caráter democrática, a crítica institucional e a crítica liberal. A primeira entende que a intervenção judicial em atos praticados pelos demais poderes, que são eleitos pelo povo, seria antidemocrática. A segunda defende a falta de conhecimento e *expertise* do poder judiciário para intervir em questões técnicas ou que demandem um intenso debate público. A terceira defende a usurpação, pelo judiciário, das atribuições dos demais poderes.

Analisaremos, a seguir, essas três críticas²⁰⁶.

2.1 A crítica democrática

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2012. p. 250; p. 271. nota de rodapé 21.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2012. p. 250.

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2012. p. 250.

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2012. p. 250.

²⁰⁵ Cf.: TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton University Press: New Jersey, 1999.

²⁰⁶ Essa classificação se inspirou nas ideias expostas pelo professor Cláudio Pereira de Souza Neto, ao mencionar as objeções suscitadas à judicialização dos direitos sociais. Cf.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. *In*: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

Em relação à crítica democrática, ela foi vislumbrada por Alexander Bickel, em sua influente obra *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, publicada em 1962. Para o autor, o controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte norte-americana representaria uma força contramajoritária no sistema democrático, ainda que os juízes defendessem sua atuação em nome do povo, considerado abstratamente²⁰⁷.

Para o autor, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma legislativa promulgada por representantes eleitos pelo povo ou uma ação elaborada pelo agente eletivo do executivo, o tribunal não exerceria o controle em favor da atual maioria prevalente, mas sim contra essa mesma maioria, o que caracterizaria a dificuldade contramajoritária atribuída ao poder judiciário²⁰⁸.

Nesse sentido, Bickel defendia que quando uma questão submetida à Suprema Corte não estivesse de acordo com a opinião popular, o tribunal deveria se utilizar de suas virtudes passivas para evitar decidir essas questões até o tempo em que a sociedade pudesse discutir suficientemente o assunto²⁰⁹.

Após a divulgação da obra de Bickel, a crítica democrática ao controle de constitucionalidade passou a ser a obsessão central da teoria constitucional norte-americana, que se debruça sobre esse assunto até os dias atuais²¹⁰.

É importante registrar, para fins de clareza, honestidade intelectual e precisão na análise da crítica democrática, que Bickel não se encontra ao lado dos defensores do fim da *judicial review* sendo, na verdade, um defensor do exercício do controle de constitucionalidade pelo poder judiciário, embora com as cautelas e ressalvas que expõe em sua obra²¹¹.

²⁰⁷ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. Yale University Press: New Haven, 1962. p. 16.

²⁰⁸ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. Yale University Press: New Haven, 1962. p. 16-17.

²⁰⁹ FRIEDMAN, Barry. **The Birth of an Academic Obsession: The History of The Counter-majoritarian Difficulty**, Part Five. 112 Yale Law Journal. 153. 2002-2003. p. 201.

²¹⁰ FRIEDMAN, Barry. **The Birth of an Academic Obsession: The History of The Counter-majoritarian Difficulty**, Part Five. 112 Yale Law Journal. 153. 2002-2003. p. 201.

²¹¹ Os seguintes trechos do livro de Bickel demonstram, de forma clara, a opinião do autor: "os tribunais tem certas capacidades para lidar com matérias de princípios que os legisladores e os executivos não possuem. Os juízes tem, ou deveriam ter, a leitura, o treinamento e a insulação para seguir os caminhos da academia na busca pelos fins do governo. [...] Eu tenho seguido a perspectiva de que as instituições eleitas são inadequadas, ou não tão adequadas como os tribunais, para exercer essa última tarefa." BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. Yale University Press: New Haven, 1962. p. 25-27.

No entanto, diversos autores que vieram depois dele exploraram o tema das dificuldades contramajoritária enquanto óbice ou falha nuclear do sistema de controle judicial da constitucionalidade, tendo proposto inclusive o fim desse sistema.

Um dos autores que melhor desenvolveu essa crítica foi o filósofo neozelandês Jeremy Waldron, em seu livro *law and disagreement*. Para Waldron, considerando que as pessoas discordam acerca dos direitos que elas devem possuir, a definição de tais direitos deve ser realizada através do processo político democrático²¹².

De fato, ao se deparar com a pergunta sobre quem deve definir os direitos das pessoas, a resposta de Waldron é que as próprias pessoas envolvidas devem decidir mediante o exercício do igual direito de participação no processo político que se desenvolve no congresso ou parlamento²¹³.

Portanto, a garantia de direitos através do "*entricheiramento constitucional*" e do controle judicial não seria um critério de autoridade legítimo e válido para se decidir sobre essas questões. Tratar-se-ia, na verdade, de mecanismo antidemocrático de resolução de disputas que deveria ser substituído pelos mecanismos democráticos majoritários²¹⁴.

Isso se dá porque, segundo o autor, no âmbito das teorias da justiça, as pessoas sempre irão divergir sobre o conteúdo dos direitos, o que torna o critério do melhor argumento ou da verdade sobre o conteúdo do direito insuficiente para a resolução de disputas envolvendo essas questões²¹⁵.

Por outro lado, uma teoria da autoridade para a definição de direitos que dependa dos resultados obtidos, se eles são bons ou ruins, está fadada ao insucesso. Isso leva Waldron a concluir que a melhor opção para a solução de conflitos envolvendo direitos seria o estabelecimento de um procedimento democrático, com base no princípio da representação majoritária e no reforço da participação e autonomia dos indivíduos, que admita resultados impostos por uma fonte legítima de autoridade e poder: o próprio povo, através de seus representantes²¹⁶.

O primeiro contraponto que pode ser feito às objeções de ordem democrática realizadas por Alexander Bickel e Jeremy Waldron baseia-se nas próprias premissas assumidas pelo primeiro autor e expressamente estabelecidas pelo segundo para a eleição do

²¹² WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford University Press: New York, 2004. p. 239.

²¹³ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford University Press: New York, 2004. p. 240.

²¹⁴ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford University Press: New York, 2004. p. 239-243.

²¹⁵ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford University Press: New York, 2004. p. 241.

²¹⁶ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford University Press: New York, 2004. p. 239-241.

poder legislativo enquanto fórum adequado para a definição de questões envolvendo direitos e políticas públicas.

De acordo com a opinião de Waldron, reafirmada em um de seus últimos trabalhos, *The core of the case against judicial review*, sua teoria pressupõe a existência de determinadas circunstâncias, dentre elas o bom funcionamento das instituições democráticas, inclusive através da eleição de um corpo de representantes mediante sufrágio universal²¹⁷.

Ou seja, esses autores e os defensores das críticas democráticas pressupõem o funcionamento em nível ótimo do poder legislativo e das instituições democráticas, não levando em consideração questões práticas e atuais como o *déficit* de representatividade e de atuação desse poder, a omissão no trato de assuntos relevantes, a postura passiva comumente adotada e a demora, por vezes deliberada, no trato de questões essenciais de direitos fundamentais, além da influência do poder econômico, a sobre-representação dos grupos hegemônicos e a sub-representação das minorias²¹⁸.

Esses críticos também ignoram que nem todas as questões decididas judicialmente são objeto do amplo debate político no parlamento ou se encontram dentro do que é negociável ou transigível.

Portanto, nos casos de situações difíceis que envolvem a definição do conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados ou de desacordos morais razoáveis submetidos ao amplo debate público, como nos temas do aborto ou da eutanásia, por exemplo, a crítica democrática de Jeremy Waldron, de Alexander Bickel e de outros autores, embora com algumas ressalvas, é mais contundente.

No entanto, diversos casos encontram-se em verdadeiras brechas ou fossos constitucionais, especialmente os que envolvam grupos sociais invisíveis²¹⁹, como os presidiários. Nesses casos não há qualquer debate público ou disputa sobre o conteúdo do direito ao tratamento digno a essas pessoas, uma vez que esse debate sequer existe, salvo em grandes períodos de crise, rebeliões e chacinas como vivenciamos agora no Brasil.

²¹⁷ Em artigo mais recente sobre o assunto, Waldron escreve que o funcionamento de sua teoria pressupõe a existência das seguintes circunstâncias: (1) instituições democráticas em bom funcionamento, inclusive através da eleição de um corpo de representantes através do sufrágio universal; (2) um conjunto de instituições judiciais em bom funcionamento, em bases não representativas, para conhecer de demandas individuais e resolver disputas com base no princípio da supremacia da lei; (3) um comprometimento da maioria da sociedade com os direitos individuais e das minorias; (4) a persistente e substancial discordância das pessoas acerca da definição e conteúdo dos direitos. WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. The Yale Law Journal, 115.

²¹⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Editora JusPODIVM: Salvador, 2016. p. 245.

²¹⁹ Sobre os invisíveis e os demonizados, Cf.: VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel (coord.); IKAWA, Daniela (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Portanto, o que é importante ressaltar é que os casos de graves violações de direitos fundamentais por vezes não envolvem grandes divergências acerca da existência, definição ou conteúdo do direito em disputa já que, em inúmeras situações, as violações aos direitos fundamentais são flagrantes e evidentes.

Em outras palavras, nesses casos, o foco da questão não é sobre a existência ou a delimitação de um direito fundamental, o debate público ou a aquiescência da população sobre a existência desse direito, mas sim como concretizar ou garantir minimamente direitos básicos dos indivíduos já definidos pelos poderes democráticos diante de uma situação de prolongada inércia e omissão do poder público.

Nesse sentido, a maioria das vítimas dessa graves violações de direitos fundamentais não são devidamente representadas no processo político ordinário²²⁰, razão pela qual as chances reais de que a situação dessas pessoas sejam resolvidas em tempo adequado pelos poderes políticos são mínimas, restando o recurso ao outro *fórum* político existente e disponível, que são os tribunais.

Charles Sabel e William Simon possuem opinião semelhante. Para esses autores, a noção de *accountability* e grande parte da legitimidade democrática dos órgãos públicos reside no fato de que eles se encontram inseridos em uma macro estrutura administrativa formalmente chefiada por um agente eleito. No entanto, o eleitorado em geral tem poucas informações e interesses sobre a atuação das instituições públicas, ainda mais se considerarmos o fato de que diversas questões de instituições específicas são misturadas e confundidas com uma infinidade de outras questões ou assuntos desempenhados por outras instituições²²¹.

Desta feita, as ações estruturais e o modelo decisório experimentalista proposto pelos autores coaduna-se com o princípio democrático e a ideia de responsabilização (*accountability*) de uma maneira menos tradicional, porém igualmente legítima. Para os autores, a responsabilização democrática ocorreria a partir da abertura de instituições de baixa *performance* para a influência e participação dos cidadãos discontentes, através de um processo de debate público e negociação durante o julgamento da ação e implementação da decisão²²².

²²⁰ CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. Harvard Law Review. V. 89. Nº 7. p. 1315.

²²¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1094.

²²² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1094.

A abertura à participação de todos os interessados no processo e a reavaliação da atuação dos órgãos públicos seria então uma forma de democracia direta e informal de revisão da *performance* dos órgãos públicos compatível com as ideias de autogoverno, soberania popular e responsabilização. Por sua vez, a adoção do experimentalismo democrático afastaria as alegações de que o judiciário atuaria, nesses casos, de forma monológica, unilateral e antidemocrática.

Há, ainda, um segundo argumento importante a ser considerado. Em diversos casos, a prova das violações de direitos fundamentais são evidenciadas a partir dos desvios praticados por agentes públicos que se encontram nos níveis mais baixos da administração pública, por fatos que não foram abordados ou discutidos durante os pleitos eleitorais, como nos casos de abusos ou mortes cometidas por policiais, por exemplo²²³.

Nessas situações, observamos que o foco não está no agente público eleito, a contraposição não é entre o judiciário e um agente eleito e seu programa político, mas sim de falhas estruturais verificadas na base da administração pública, o que diminui o impacto da crítica democrática e favorece a tutela estrutural de direitos fundamentais²²⁴.

Ademais, entende-se que há um nível mínimo de proteção dos direitos dos indivíduos, como o direito de não ser encarcerado em unidades superlotadas, sem ventilação e com submissão a altas temperaturas, em condições precárias de higiene e em um ambiente de violência física e psicológica generalizada, que não admite negociação ou transação.

São nesses casos evidentes e flagrantes de violações de direitos fundamentais que a sociedade civil e o poder judiciário podem intervir através das ações estruturais.

Deve-se igualmente assinalar que essa primeira objeção revela a antiga contraposição entre democracia e constitucionalismo. No entanto, o conceito de democracia não é unívoco, admitindo diversas compreensões, como a democracia representativa, que é exercida através do processo político ordinário e dos representantes do povo, e a democracia deliberativa que pensa esse sistema para além do autogoverno e da soberania popular, preocupando-se com a igualdade na participação política dos cidadãos nas decisões relevantes para a comunidade²²⁵.

Nesse sentido, as ações estruturais podem dar voz a essas minorias que não encontram espaço na tradicional democracia representativa, os "eternos perdedores do processo político", possibilitando que seus direitos sejam incluídos na agenda e no debate público, sendo

²²³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1095.

²²⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1095-1097.

²²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Editora JusPODIVM: Salvador, 2016. p. 301.

efetivamente discutidos e considerados. Desta feita, essas ações se aproximam dessa ideia de democracia deliberativa. Coadunam-se, ainda, com a concepção de democracia direta e informal proposta por Sabel e Simon, acima descrita.

Ressalte-se que a conciliação das ideias de constitucionalismo e democracia nas ações estruturais exige que seja adotado um modelo deliberativo e decisório que se afaste dos modelos de supremacia judicial e seja mais inclusivo, adotando a teoria dos diálogos institucionais²²⁶ e possibilitando a ampla participação das partes do processo, da sociedade civil e do poder público na construção da solução mais correta para o caso.

Para tanto, deve-se afastar da visão juriscêntrica que entende o poder judiciário enquanto titular do monopólio da interpretação constitucional, o poder e órgão público responsável por dar a última palavra e ter a prerrogativa de "errar por último" em termos de interpretação e definição do conteúdo dos direitos fundamentais²²⁷. Também deve-se rejeitar a postura que sacraliza o poder legislativo enquanto único representante autêntico dos anseios populares, sem a consideração de seus vícios, omissões e falhas deliberativas.

De fato, o debate sobre essa crítica democrática normalmente caminha para um lugar comum no qual adotam-se posturas maniqueístas, recheadas de idealismos, com a exaltação, de um lado, das virtudes dos parlamentares enquanto legítimos representantes do povo e, do outro, da figura dos juízes enquanto autênticos intérpretes do poder constituinte originário e da vontade popular²²⁸.

Essas posturas simplificam a discussão e ignoram as virtudes e fraquezas de cada poder. Além disso, dificultam a elaboração de uma teoria realista, que inclua todos os poderes na produção de normas jurídicas e no estabelecimento de políticas públicas, onde a *"disputa pela escolha da norma que regulará determinada situação tende a produzir um processo*

²²⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Editora JusPODIVM: Salvador, 2016. p. 241. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

²²⁷ Essa frase é atribuída à Rui Barbosa, em discurso proferido na Câmara dos Deputados, e foi repetida pelos Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski no julgamento da Ação Penal nº 470 - o caso do mensalão -, nas discussões sobre a perda do mandato parlamentar em virtude da condenação criminal pelo Supremo. Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470**. Diário Oficial da União. Julgado em 17 de dezembro de 2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Penal nº 470**. Diário Oficial da União. Julgado em 04 de setembro de 2013. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. A citação literal dessa frase de Rui Barbosa encontra-se registrada no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470mandatorl.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2017, às 14:00.

²²⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 221.

deliberativo mais qualificado do que a mítica associação de um departamento estatal à vontade constituinte do povo"²²⁹.

Portanto, entendemos que é possível conciliar democracia e constitucionalismo no julgamento das ações estruturais.

2.2 A crítica institucional

Cass Sunstein e Adrian Vermule foram dois dos autores norte-americanos que melhor formularam a crítica de caráter institucional.

Para eles, ao invés de se perguntarem "*como, em princípio, um texto deve ser interpretado?*", sob uma perspectiva geral e ideal, os juristas e teóricos do Direito deveriam perguntar "*como deveriam certas Instituições, com suas distintas habilidades e limitações, interpretar certos textos?*"²³⁰.

Portanto, ao invés do Juiz Hércules de Dworkin, que busca a integridade do Direito elevando o substrato legal à melhor luz possível²³¹, deve-se considerar a existência de Juízes falíveis²³², com limitações de tempo, em um sistema complexo com efeitos sistêmicos e dinâmicos de larga escala que escapam à percepção do poder judiciário ao decidir casos concretos²³³.

Nesse sentido, essas deficiências e limitações institucionais dos juízes e o desconhecimento de questões substanciais sobre políticas públicas sustentam a conclusão dos autores no sentido de que o judiciário deve adotar posições cautelosas, minimalistas e de deferência judicial, inclusive se utilizando do formalismo jurídico nos casos que envolvam a interpretação de normas ambíguas, indeterminadas ou excessivamente genéricas²³⁴. Deve-se privilegiar, portanto, a *expertise* e as capacidades institucionais do legislativo e executivo na definição de políticas públicas e conhecimento de questões técnicas e efeitos sistêmicos.

²²⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 221.

²³⁰ SUNSTEIN, Cass R; VERMULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper. No. 156. Chicago. 2002. p. 2.

²³¹ SUNSTEIN, Cass R; VERMULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper. No. 156. Chicago. 2002. p. 14.

²³² SUNSTEIN, Cass R; VERMULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper. No. 156. Chicago. 2002. p. 47.

²³³ SUNSTEIN, Cass R; VERMULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper. No. 156. Chicago. 2002. p. 35.

²³⁴ SUNSTEIN, Cass R; VERMULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper. No. 156. Chicago. 2002. p. 24-27.

Trata-se de uma crítica importante sobre questões empíricas e pragmáticas envolvendo a interpretação constitucional, comumente ignorada pelos estudos referentes ao assunto. Conforme demonstram os autores, os trabalhos sobre a interpretação constitucional enfatizam as questões e os aspectos normativos ou ideais, ignorando essas variáveis e determinantes da realidade²³⁵.

No âmbito das ações estruturais, essas críticas ganham relevância e pertinência por conta das características dessas ações, em especial a partir da complexidade desses casos, que envolvem problemas policêntricos e intimamente conexos, bem representados pela metáfora da teia de aranha de Lon Fuller e Keneth Winston²³⁶.

Para Fuller e Winston, a modificação de uma parte desse problema nas ações estruturais faz com que a tensão exercida sobre essa teia de aranha imaginária seja redistribuída para todas as outras partes e problemas conexos, seguindo um padrão complexo e imprevisível que não pode ser inteiramente previsto²³⁷.

Apesar da relevância, pertinência e pragmatismo das críticas suscitadas por esses autores, essas objeções devem ser devidamente contextualizadas, em especial no que toca ao tema das ações estruturais.

Nesse sentido, a crítica institucional valoriza a *expertise* de órgãos especializados e a capacidade institucional do executivo e legislativo. Na prática, contudo, multiplicam-se os exemplos de omissões, negligências e deficiências institucionais desses dois poderes²³⁸.

Charles Sabel e William Simon apresentam um relato detalhado de diversos casos nos quais os agentes públicos demandados demonstraram simpatia e conferiram apoio às demandas judiciais em virtude das dificuldades enfrentadas por esses próprios agentes na obtenção da eficiência administrativa. Dentre esses agentes, havia inclusive prefeitos e governadores²³⁹.

Nas ações estruturais ajuizadas para a melhoria da instituição Dukakis para tratamento de pessoas com doenças psiquiátricas, em Massachusetts, e em outra ação semelhante

²³⁵ SUNSTEIN, Cass R.; VERMULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper. No. 156. Chicago. 2002.

²³⁶ FULLER, Lon L.; WINSTON, Keneth I. **The Forms and Limits of Adjudication**. Harvard Law Review. V. 92. n° 2. 1978. p. 395. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1058.

²³⁷ FULLER, Lon L.; WINSTON, Keneth I. **The Forms and Limits of Adjudication**. Harvard Law Review. V. 92. n° 2. 1978. p. 395.

²³⁸ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004.

²³⁹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1063.

envovendo instituição hospitalar no District of Columbia, ou na ação contestando o sistema prisional do Arkansas, todos os administradores envolvidos declinaram do direito de apresentar defesa ou inclusive incentivaram a atuação judicial para a correção das falhas verificadas²⁴⁰.

Isso significa que esses próprios agentes reconhecerem a existência de graves falhas estruturais e a baixa *performance* administrativa desses órgãos públicos, mesmo considerando a existência, em tese, de uma maior capacidade institucional para a resolução desses problemas. Em outras palavras, a tese da maior capacidade institucional não foi constatada na prática.

Além disso, os defensores das teorias das capacidades institucionais criam uma falsa antítese entre as duas únicas soluções possíveis, a deferência à capacidade institucional do órgão técnico ou do poder legislativo, ou então a submissão à autoridade e decisão do órgão judicial, sendo que existem diversas variáveis e possibilidades nesse caminho que apresentam soluções que permitem o aproveitamento dos pontos altos e das melhores funcionalidades dos três poderes e dos demais atores sociais envolvidos²⁴¹.

Nesse sentido, as já mencionadas teorias experimentalistas, criadas a partir da incorporação dos problemas das informações limitadas, falta de articulação e limitações das capacidades institucionais dos poderes estatais, propõem um modelo decisório aplicável às ações estruturais que se funda no diálogo e na participação, transparência, provisoriedade, reavaliação e modificação das soluções adotadas, melhorando a questão da assimetria ou falta de informações dos órgãos públicos estatais e do judiciário, diminuindo a chance de erros judiciais e possibilitando a correção de eventuais equívocos a partir desse modelo proposto²⁴².

Portanto, nesses modelos as cortes atuam para tentar superar as graves violações de direitos fundamentais e a inércia dos órgãos estatais esperando contar com a participação dos demais poderes, dos órgãos demandados e da sociedade civil.

Portanto, a consideração dos problemas enfrentados pelos demais poderes na resolução de falhas estruturais e a possibilidade de superação desses problemas através da atuação concertada do Estado nas ações estruturais parece ser suficiente para superar as objeções institucionais.

²⁴⁰ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1063.

²⁴¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1089.

²⁴² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1067-1073.

2.3 A crítica liberal

No que toca à crítica liberal, ela decorre da ideia do liberalismo moderno que consolidou a divisão do poder enquanto garantia dos cidadãos. Destarte, a divisão horizontal do poder entre o legislativo, executivo e judiciário, que devem exercer esses poderes nos termos e limites constitucionalmente definidos, impediria a opressão dos cidadãos ou o surgimento de tiranos ou déspotas²⁴³.

Isso porque caso um agente ou um dos poderes usurpe a atribuição dos demais, ou seja, se o judiciário passar a exercer as funções do legislativo e do executivo, o juiz "pode se comportar com toda a violência de um opressor", conforme advertia James Madison, um dos pais fundadores dos Estados Unidos²⁴⁴. Nessa ordem de ideias, a fragmentação do poder é uma barreira à tirania²⁴⁵.

Aplicando essas noções às ações estruturais, pode-se concluir, apressadamente, que as decisões judiciais em demandas estruturais violariam o princípio da separação dos poderes, tendo em vista que caberia aos demais poderes, mais especificamente ao legislativo, o estabelecimento e a delimitação legal das políticas públicas, sendo atribuído ao executivo o dever de executar e implementar essas políticas, enquanto que ao judiciário caberia apenas decidir questões de princípios ou de direitos fundamentais²⁴⁶. Desta feita, a violação decorreria do fato de que os juízes passariam a estabelecer e implementar políticas públicas discutidas nas ações estruturais.

Aprofundando a análise dessa crítica, é importante assentar, em primeiro lugar, que a objeção se sustenta em um modelo liberal clássico que visualiza o princípio da separação dos poderes de forma estanque e estática, simbolizado através da dicotomia legislativo/questões de política e judiciário/questões de princípios ou de direitos²⁴⁷.

Não obstante, conforme claramente demonstrado pelo professor Rodrigo Brandão em sua obra sobre os diálogos constitucionais, esse modelo de separação estanque das funções

²⁴³ NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies**. Stanford Law Review. 661. 1977-1978. p. 655.

²⁴⁴ NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies**. Stanford Law Review. 661. 1977-1978. p. 663.

²⁴⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1090.

²⁴⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 223.

²⁴⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 223.

estatais por vezes se confunde, uma vez que diversas questões de direitos estão umbilicalmente conectadas com questões políticas. Nesse sentido, o professor destaca que tais questões podem ser decididas em fóruns políticos superpostos e diversamente representativos, incluindo o poder judiciário²⁴⁸.

Trata-se, portanto, de uma concepção mais fluida do princípio da separação dos poderes adotada nos Estados Unidos pelos *founding fathers* e pelo próprio James Madison a partir da Constituição norte-americana de 1776, que se contrapõe ao modelo de separação de poderes estanque e estático vislumbrado no direito constitucional continental europeu a partir das lições de Montesquieu²⁴⁹.

Em segundo lugar, no que toca à alegação de usurpação de atribuições do legislativo e executivo, é relevante considerarmos que em grande parte dos casos de ações estruturais não há o estabelecimento de uma política pública clara e definida pelos demais poderes, mas sim uma evidente negligência e omissão estatal. Nos raros casos em que essas políticas são estabelecidas, elas normalmente são definidas de forma negligente, descuidada e ineficiente²⁵⁰. Basta pensar nos exemplos dos presidiários e das vítimas dos deslocamentos forçados na Colômbia, já mencionados no primeiro capítulo, por exemplo.

Nesses casos, a função do judiciário não é substituir o executivo ou o legislativo na definição e execução do programa estatal, mas sim fazer com que esses poderes saiam da situação de inércia e construam, conjuntamente, um programa mais eficiente e compatível com os direitos dessas pessoas.

Os casos concretos ainda demonstram que, em determinadas situações, há uma significativa divergência dentro do próprio poder executivo ou entre este e o poder legislativo. Sabel e Simon relatam um caso de reforma estrutural em um dos estados federados dos Estados Unidos, no qual constatou-se que a agência demandada estava descumprido os parâmetros legais vigentes²⁵¹.

De acordo com os autores, os agentes públicos do alto escalão dessa agência reconheceram as violações de direitos e estavam dispostos a negociar uma solução que

²⁴⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 221.

²⁴⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 221.

²⁵⁰ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1092.

²⁵¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1092.

envolveria a promulgação de uma lei ou a realização de um acordo judicial²⁵². Contudo, o governador do estado não estava disposto a adotar essas medidas pelo fato de elas exigirem o acréscimo de despesas públicas para auxiliar uma minoria politicamente impopular²⁵³.

Após o fracasso das tentativas de convencimento, os agentes públicos responsáveis pela instituição incluíram um montante significativo de recursos do orçamento para a defesa judicial na ação ajuizada, o que atraiu a atenção de um dos líderes do poder legislativo²⁵⁴. Após pressão por parte do parlamentar, os autores, o poder legislativo e o governador resolveram realizar um acordo judicial para a reforma das práticas da agência estatal²⁵⁵.

Esse caso, embora mais inusitado e diversificado do que outros, demonstra como os órgãos judiciais podem funcionar como árbitros ou mediadores dos conflitos existentes dentro do próprio poder executivo ou entre este e o legislativo, sem se imiscuir nas funções dos demais poderes ou atuar como verdadeiro tirano²⁵⁶.

A situação também demonstra como o princípio da separação de poderes é normalmente usado como escudo ou guarda-chuva para proteger os agentes públicos de suas responsabilidades por condutas negligentes e desidiosas, o que não deve ser admitido.

Nesse sentido, Sabel e Simon defendem, com inegável acerto, que a ideia de responsabilização política que decorre do simples fato de um órgão público estar inserido em uma estrutura administrativa chefiada por um agente público eleito é uma concepção vazia, estática e formalista da doutrina da separação dos poderes²⁵⁷.

Portanto, a concepção dinâmica do princípio da separação dos poderes e a complexidade das relações entre os poderes demonstram como o óbice ou a crítica liberal pode ser superada.

2.4 A crítica da doutrina brasileira

²⁵² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1092.

²⁵³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1092.

²⁵⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1092.

²⁵⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1092.

²⁵⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1093.

²⁵⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1094.

Há, ainda, uma variação das críticas acima expostas, formulada pela doutrina brasileira a partir do julgamento da liminar na ADPF nº 347. Entre os críticos, podemos destacar os professores Lênio Luiz Streck, Raffaele De Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo.

O professor Streck se manifestou sobre o tema em artigo de opinião publicado em um *site* eletrônico especializado em notícias e artigos jurídicos. Para ele, a categoria do estado de coisas inconstitucional é fluída, genérica e líquida, podendo abranger qualquer matéria ou questão como o valor do salário-mínimo brasileiro, os juros bancários do cartão de crédito, as doações empresariais em campanhas eleitorais e a crise no transporte público, segurança pública e educação²⁵⁸.

Os professores Raffaele De Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo também publicaram um artigo informativo em um jornal de grande circulação. Esses autores caminham no mesmo sentido de Lênio Streck ao aduzirem que a ineficácia da Constituição e do acesso à justiça poderia ensejar a declaração do estado de coisas inconstitucional da própria carta fundamental e o fechamento dos tribunais brasileiros²⁵⁹. Os professores também questionam a legitimidade dos tribunais para escolher determinada solução para os problemas estruturais em detrimento de outras opções que poderiam ser escolhidas por órgãos com maior grau de legitimidade²⁶⁰.

Os críticos ao instituto defendem ainda que as Cortes Constitucionais e o STF podem utilizar instrumentos mais adequados e menos invasivos à superação dessas falhas estruturais, como a técnica do apelo ao legislador do direito constitucional alemão²⁶¹.

No que toca a essas críticas, acredita-se que elas decorrem de uma inadequada incompreensão do instituto. O ajuizamento de ações estruturais e, mais especificamente, a declaração do estado de coisas inconstitucional ocorre apenas nos casos de graves violações a direitos fundamentais, razão pela qual não se aplica aos casos em que não houver a violação direta e imediata a um direito fundamental, conforme tratado no primeiro capítulo.

²⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz. **O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil**. Conjur. Senso Incomum. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em: 24 set. 2015.

²⁵⁹ GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Opinião. Estadão. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 19 set. 2015.

²⁶⁰ GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Opinião. Estadão. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 19 set. 2015.

²⁶¹ CAMPOS, Carlos Alexandre De Azevedo. 53º Fórum Permanente de Direito Constitucional. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). 25/11/2015. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=6E7Vo48oijM>>. (informação oral).

Desta feita, os casos dos financiamentos empresariais a campanhas políticas e do *déficit* de representatividade do Congresso Nacional brasileiro, da ineficácia de grande parte dos dispositivos da Constituição e de outras questões de interesse público, como o transporte ou a mobilidade urbana, tratados pelo primeiro autor como potencial caso de aplicação desses institutos, não constituem realmente situações nas quais são cabíveis a utilização desses remédios, uma vez que não se vislumbra a vinculação direta a um direito fundamental específicos dos cidadãos.

De fato, os casos narrados ou tratam de questões envolvendo os desenhos institucionais e as características dos poderes do Estado, ou são excessivamente genéricos e não reconduzíveis a um direito constitucional específico, ou então são exemplos da má prestação de serviços públicos sem a configuração de uma situação de inconstitucionalidade. Em todas as hipóteses, embora hajam problemas e impactos nas vidas das pessoas, não se constata a violação a um direito constitucional concretamente deduzido e delimitado.

Por outro lado, em diversos casos de minorias impopulares ou de simples omissão ou passividade institucional do legislativo e executivo, a adoção de soluções concretas, tempestivas, adequadas e mais legítimas por parte desses poderes demora demais ou parece nunca chegar a ser possível, haja vista os acordos e as acomodações políticas que normalmente são feitos e os objetivos eleitoreiros desses agentes, o que afeta gerações inteiras de pessoas e indivíduos que simplesmente não veem os seus direitos básicos serem concretizados e perdem oportunidades de terem uma vida melhor, de idealizarem projetos de vida dignos ou até mesmo de usufruir dos mais básicos direitos à vida, saúde, integridade física e psicológica, e segurança.

Portanto, nesses casos, optar por vias mais legítimas que nunca chegam significa abandonar essas pessoas à própria sorte, nunca sair do ponto de partida e lavar as mãos para a situação de milhões de pessoas que vivem em condições de completo abandono e desamparo.

Acresça-se que as violações de direitos fundamentais devem decorrer da omissão e de falhas estruturais do estado que envolvam questões complexas, razão pela qual entendemos que as ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional também não se aplicam aos casos dos juros exorbitantes dos cartões de crédito, que devem ser decididos à luz da já existente legislação do direito civil e contratual.

Em relação à segurança pública e à educação, entendemos que são casos nos quais a alegação da ocorrência de um estado de coisas inconstitucional é possível, factível e existente, em especial se considerarmos o fato de que as maiores vítimas da violência urbana e da falta

de educação são as minorias de negros e pobres que sofrem violações sistemáticas de seus direitos²⁶².

Cumpramos ressaltar que o objetivo das decisões em demandas estruturais é eliminar os bloqueios institucionais e falhas estruturais que impedem o pleno gozo ou fruição dos direitos fundamentais.

Dessa forma, ao invés de determinar o fechamento do Congresso, dos tribunais ou a elaboração de uma nova Constituição, conforme sugerido pelos críticos brasileiros, o objetivo dessas ações, se elas fossem factualmente cabíveis nesses casos, o que não são, razão pela qual entramos nesse exemplo apenas para contrapor no campo teórico e argumentativo as alegações dos críticos brasileiros, seria exatamente o oposto, ou seja, desbloquear os canais políticos e institucionais para que os órgãos estatais pudessem funcionar de uma forma melhor e mais eficiente e a Constituição pudesse estar presente na vida das pessoas.

Por fim, conforme corretamente observado pelo professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o instituto do apelo ao legislador do direito alemão se aplica aos casos de situação ainda constitucional em trânsito ou em via para a inconstitucionalidade²⁶³. Por sua vez, a declaração do estado de coisas inconstitucional tem lugar nas hipóteses de graves violações de direitos fundamentais²⁶⁴. Ou seja, são técnicas decisórias aplicáveis a casos absolutamente distintos.

Desta forma, seja sob a perspectiva teórica e normativa ou sob a perspectiva das técnicas decisórias aplicáveis, a solução apresentada pela doutrina brasileira é incorreta ou inadequada.

2.5 Conclusões

Nesse capítulo demonstramos como as críticas democráticas, institucionais e liberais constituem óbices à utilização das ações estruturais e à declaração do estado de coisas inconstitucional. Da mesma forma, demonstramos de que forma elas afetam a compreensão desses institutos e podem ser superadas através de um modelo dialógico de processo e de decisão, com o recurso às teorias do experimentalismo democrático.

²⁶² Cf.: WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2016: Homicídios por Armas de Fogo no Brasil**. Flacso Brasil. Disponível em: < <http://www.mapadaviolencia.org.br> >. Acesso em: 17 jan. 2017, às 12:32.

²⁶³ CAMPOS, Carlos Alexandre De Azevedo. 53º Fórum Permanente de Direito Constitucional. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). 25/11/2015. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=6E7Vo48oijM> >. (informação oral).

²⁶⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre De Azevedo. 53º Fórum Permanente de Direito Constitucional. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). 25/11/2015. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=6E7Vo48oijM> >. (informação oral).

Ao final, refutamos as críticas expostas por juristas brasileiros, que apresentaram situações que não entendemos ser o caso de ações estruturais, ou levantaram óbices democráticos que não resolvem a questão da sistemática e generalizada violação de direitos fundamentais no Brasil.

3 AS CARACTERÍSTICAS ESPECIAIS DA TUTELA ESTRUTURAL, OS REQUISITOS DAS AÇÕES, PARÂMETROS PARA A DELIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E UM ESBOÇO DE AÇÕES ESTRUTURAIS PARA O BRASIL

De acordo com os professores Owen Fiss e Abram Chayes, as ações estruturais são instrumentos que surgiram apenas recentemente, em meados da década de 1950, possuindo, portanto, o período de vida de aproximadamente 60 anos, extremamente curto se comparado com as formas tradicionais de adjudicação judicial de direitos²⁶⁵. Se considerarmos apenas os casos de declaração do estado de coisas inconstitucional, iniciados a partir de 1997²⁶⁶, esse tempo de reduz ainda mais.

O breve período de surgimento e as novidades que foram introduzidas a partir do ajuizamento dessas ações trouxeram diversas dúvidas sobre as características especiais dessa nova forma de tutela, os requisitos ou as hipótese de cabimento dessas ações e os parâmetros ou critérios utilizados nas decisões.

Conforme ressaltado no capítulo anterior, diversos autores e estudiosos entendem que as ações estruturais são uma senha para toda e qualquer espécie de ativismo judicial, possibilitando a prolação de decisões que violam os valores da democracia e usurpam as atribuições dos demais poderes²⁶⁷.

Portanto, entede-se ser necessário identificar as principais características dessas ações e de que forma elas se diferenciam do modelo tradicional da adjudicação judicial. Essa contextualização permitirá que se vislumbre as principais diferenças entre esses dois modelos, demonstrando a forma pela qual determinadas regras do sistema tradicional de tutela individual não se aplicam a esse novo modelo de tutela estrutural²⁶⁸.

Ademais, a falta de estabelecimento dos requisitos necessários ao ajuizamento e utilização dessas demandas e dos critérios para a delimitação da discricionariedade judicial

²⁶⁵ FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice.** Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979; CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation.** Harvard Law Review. V. 89. Nº 7. 1976.

²⁶⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional.** Editora JusPODIVM: Salvador, 2016. p. 121 e ss.

²⁶⁷ STRECK, Lênio Luiz. **O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil.** Conjur. Senso Incomum. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em: 24 set. 2015. GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Opinião. Estadão. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 19 set. 2015.

²⁶⁸ FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice.** Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation.** Harvard Law Review. V. 89. Nº 7. 1976.

geram incertezas e confusões, passando a falsa impressão de que tais ações e decisões podem ser aplicadas de qualquer forma e a qualquer caso.

Por esses motivos, nesse capítulo iremos destacar as principais características distintivas das ações estruturais, em comparação com o modelo "tradicional" de litigância e adjudicação.

Em seguida, buscaremos estabelecer os requisitos que ensejam o ajuizamento das ações estruturais e a declaração do estado de coisas inconstitucional, destacando os critérios normalmente utilizados para a delimitação da discricionariedade judicial nesses casos.

Após o estabelecimento das características distintas da tutela estrutural, dos requisitos dessas ações e dos critérios de delimitação da discricionariedade judicial, entendemos ser importante vislumbrar como esse novo sistema de tutela judicial pode ser incorporado ao Brasil.

Por esse motivo, iremos propor um modelo brasileiro de ações estruturais, destacando os instrumentos que podem ser utilizados para a dedução dessas demandas, os órgãos competentes para o julgamento dessas ações e os impactos do Novo Código de Processo Civil (NCPC) sobre essas ações.

O objetivo é que o leitor possa visualizar claramente a distinção das ações tradicionais para o modelo de tutela estrutural, identificando os casos típicos de ajuizamento das ações estruturais e os critérios que devem ser observados pelos autores, réus, intervenientes e órgãos judiciais. Além disso, objetiva-se propor um modelo processual de tutela estrutural para o Brasil.

3.1 Tutela tradicional x tutela estrutural

De acordo com Owen Fiss, uma das características normalmente associadas às ações estruturais é o afastamento dessas ações de uma forma ideal ou tradicional de tutela jurisdicional²⁶⁹. Para o autor, essa forma ideal de tutela ou processo é caracterizada pelo modelo privado e individualista de resolução de disputas que envolve as partes e o juiz em uma relação triangular²⁷⁰.

Nesse modelo tradicional, a relação processual é representada pela figura da balança da justiça: de um lado situam-se os autores, do outro os réus e no meio o juiz imparcial e

²⁶⁹ FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 17.

²⁷⁰ FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 17.

equidistante das partes, controlando o peso da balança e da espada e determinando o resultado da ação, quem está certo e errado e qual o direito aplicável ao caso²⁷¹.

A tutela tradicional foca em um ato ou fato específico que alegadamente provocou a violação de um direito. Nessas ações, os indivíduos são as partes do processo e eles realizam as suas próprias defesas, diretamente ou através dos representantes que escolherem²⁷².

A presunção desse sistema é que o indivíduo é plenamente capaz de se defender, sendo que o vencedor da ação será o agente mais eficiente, aquele que melhor demonstrar os argumentos pelos quais sua pretensão deve ser acolhida²⁷³. Há, portanto, a transferência da ética da eficiência e da competição do mercado para dentro dos tribunais²⁷⁴.

Já na tutela estrutural, a vítima da violação do direito não é um indivíduo, mas um grupo, e o conceito de parte é pulverizado, uma vez que há um número significativo de pessoas, grupos, associações, agentes públicos e políticos com interesse na causa e que serão diretamente afetados pela decisão²⁷⁵. O objeto do processo não são incidentes ou negócios jurídicos praticados no passado, mas sim as condições da vida social, a proteção ou concretização de direitos fundamentais e o papel que as organizações que atuam em larga escala tem e devem desempenhar na proteção ou promoção desses direitos²⁷⁶.

De acordo com Abram Chayes, as decisões nas ações estruturais não buscam compensar ou indenizar por fatos ocorridos passados, mas sim ajustar o comportamento futuro dos órgãos públicos²⁷⁷. Portanto, os fatos individuais ocorridos no passado não constituem o objeto principal do processo. Eles são apenas provas do padrão de violação institucionalizada de direitos fundamentais, fatos que desencadeiam, dão origem à ação²⁷⁸.

Além disso, a proteção dos direitos fundamentais dos grupos representados nessas ações envolvem problemas policêntricos compostos por diversas variáveis, como a alocação de recursos financeiros escassos, as diretrizes da política pública estabelecida, o impacto da decisão sobre o restante da sociedade e a (im)possibilidade do cumprimento da decisão pelos órgãos públicos²⁷⁹.

²⁷¹ FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 17.

²⁷² FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 18-19.

²⁷³ FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 19.

²⁷⁴ FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 19.

²⁷⁵ FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 19.

²⁷⁶ FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 19.

²⁷⁷ CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation.** Harvard Law Review. V. 89. Nº 7. 1976. p. 1298.

²⁷⁸ FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 18.

²⁷⁹ FULLER, Lon L.; WINSTON, Keneth I. **The Forms and Limits of Adjudication.** Harvard Law Review. V. 92. nº 2. 1978. p. 394 e ss.

Esse policentrismo das ações estruturais faz com que elas sejam submetidas a um processo complexo, contínuo e progressivo de implementação das ordens judiciais, a exigir um alto grau de envolvimento dos tribunais, contudo, sem substituir ou tomar para si o lugar das partes, para que não haja a perda da imparcialidade do órgão judicial²⁸⁰. Essa complexidade faz com que o processo de implementação das ordens estruturais tenha um início e um meio bem definidos. Contudo, o termo final dessas ações é incerto²⁸¹.

Outra característica distinta da tutela estrutural refere-se à ligação ou à identidade entre as vítimas das violações de direitos e seus representantes legais. De acordo com a posição do professor Owen Fiss, com a qual concordamos, não há a necessidade de que os representantes legais ou os autores da ação sejam integrantes do grupo vitimizado. Esse entendimento leva em consideração o fato de que as vítimas das violações de direitos discutidas nas ações estruturais normalmente se encontram em situação de grave vulnerabilidade, geralmente não estando em condições de exercer, pessoalmente ou por meio de representantes escolhidos diretamente, a própria defesa²⁸².

É certo que muitas das atuais demandas multiculturais de justiça envolvem a luta de grupos minoritários pelo reconhecimento e respeito às suas peculiaridades ou identidades distintas, exigindo-se que seja dada voz e vez a esses grupos para que inclusive possam definir e expressar, coletivamente, os direitos e valores que entendem ser essenciais para eles²⁸³.

No entanto, essas demandas por reconhecimento somente é útil para as coletividades que atingiram determinado nível de organização e conseguiram captar a atenção das mídias de massa, como o movimento feminista, da população negra e o movimento gay²⁸⁴. Para os grupos desorganizados ou que se encontram em um nível intermediário em relação aos mais bem articulados, o suporte por parte desses terceiros pode ser essencial e muito bem-vindo.

Exigir que um presidiário confinado em um presídio superlotado ou uma criança negra e pobre submetida a práticas institucionais de segregação e discriminação sejam os autores da ação equivaleria, nos mais diversos cenários, à negação do próprio direito de acesso à justiça e à tutela adequada de direitos fundamentais²⁸⁵.

²⁸⁰ CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. Harvard Law Review. V. 89. Nº 7. 1976. p. 1298

²⁸¹ FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice**. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 27.

²⁸² FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice**. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 20.

²⁸³ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. New York, London: Verso, 2003. p. 115.

²⁸⁴ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. New York, London: Verso, 2003. p. 115-120.

²⁸⁵ FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice**. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 20.

Portanto, embora o cenário ideal seja aquele em que as próprias vítimas das violações de direitos possam deduzir suas ações e expressar pessoalmente seus pontos de vista, na prática deve-se admitir que as organizações para a defesa de direitos, como as clínicas de direitos, os órgãos públicos competentes e outras associações, organizações ou indivíduos possam ajuizar as ações e representar legalmente o grupo vitimizado²⁸⁶. Ressalte-se que essa interpretação ampliada das regras de legitimidade e representação processual não é novidade, já tendo sido adotada, em certa medida, na Colômbia e na Índia²⁸⁷. Desta feita, entende-se ser possível e louvável, inclusive, a pluralidade de autores e representantes legais dos grupos marginalizados, cada um com suas visões e versões sobre os fatos controvertidos²⁸⁸.

Uma última diferença significativa entre a tutela individual e a tutela estrutural refere-se à relação entre o direito e o remédio jurídico. No modelo privado, o remédio jurídico encontra-se umbilicalmente vinculado à violação do direito, sendo considerado como um apêndice ou consequência lógica da violação à liberdade, propriedade, vida, dentre outros bens jurídicos. Essa noção é uma herança do período em que as ações e os remédios jurídicos eram utilizados, principalmente, para a proteção dos direitos de propriedade, ou seja, características típicas de um modelo privado, individualista e patrimonialista²⁸⁹.

Por sua vez, nas tutelas estruturais não há essa vinculação em virtude da complexidade dos casos, das soluções jurídicas admitidas e do objetivo dessas ações, que é eliminar as práticas institucionais contínuas e permanentes lesivas aos direitos de terceiros²⁹⁰.

²⁸⁶ FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice**. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 20. Essa distinção entre o grupo vitimizado e os autores ou representantes da ação não foi considerada pela Suprema Corte norte-americana em alguns precedentes, como no caso *Rizzo v. Goode*, o que é objeto de críticas por parte da doutrina norte-americana. No caso, a Suprema Corte reverteu as ordens estruturais da primeira instância com base na ausência de demonstração da violação significativa de direitos fundamentais e no fato de que a ação não foi movida por nenhuma das supostas vítimas. Sobre as críticas a essa decisão cf.: CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. Harvard Law Review. V. 89. Aqui no Brasil, a solução pela representação das vítimas por terceiros encontra amparo na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor. No entanto, a jurisprudência é bastante conservadora na interpretação dessas normas. Portanto, é importante que a jurisprudência flexibilize as regras de legitimidade nesses casos de graves violações de direitos fundamentais, tal como já ocorreu em outros países como a Índia ou a Colômbia, por exemplo. Nesse sentido, confira o capítulo 5 desse trabalho, no item relativo aos aspectos normativos e jurisprudenciais que influenciam a eficácia das decisões em ações estruturais.

²⁸⁷ Sobre esse assunto, confira o capítulo 5 desse trabalho.

²⁸⁸ FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice**. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 21.

²⁸⁹ FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice**. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 1

²⁹⁰ FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice**. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. Harvard Law Review. V. 89. Nº 7. 1976. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004.p. 1056-1062.

Portanto, as ações estruturais são caracterizadas pelo fato de envolverem a violação dos direitos fundamentais de um grupo de indivíduos em um processo que envolve questões complexas que devem ser solucionadas através de remédios jurídicos heterodoxos.

3.2 Requisitos das ações estruturais

Diversos autores como Owen Fiss, Abram Chayes, Charles Sabel e William Simon nos Estados Unidos, Paul Rouleau, Linsey Sherman e Kent Roach, no Canadá, descreveram em detalhes as principais características e os casos típicos das ações estruturais naqueles países. A análise e revisão do trabalho desses autores permite estabelecer algumas hipóteses e requisitos que dão ensejo às ações estruturais, como: a efetiva violação de direitos fundamentais de um grupo de indivíduos, a omissão estatal, a urgência do caso e a complexidade da demanda.

Passemos agora a analisar cada um desses requisitos.

3.2.1 A violação de direitos fundamentais

O primeiro requisito para o ajuizamento de uma ação estrutural é a comprovação da violação dos direitos fundamentais de um grupo de indivíduos. Nesse sentido, enquanto os remédios jurídicos mais "tradicionais", como as ações de indenização, exigem a comprovação de uma violação retrospectiva, praticada ou ocorrida no passado, as ações estruturais demandam a demonstração da ameaça ou violação real e atual a direitos constitucionais²⁹¹.

É nesse sentido que Owen Fiss defende o caráter ou qualidade prospectiva dessas ações. Para o autor, a tutela estrutural olha para o futuro, buscando eliminar a situação de violação de direitos encontrada quando do ajuizamento da ação²⁹². Portanto, as ações que buscaram promover a dessegregação das escolas norte-americanas, o fim dos castigos cruéis ou o direito ao tratamento médico adequado nas prisões dos Estados Unidos tinham por objetivo a eliminação de violações concretas, contínuas e sistêmicas dos direitos de grupos específicos à igualdade, à saúde e à proibição de castigos cruéis e indignos²⁹³.

Portanto, essas demandas estruturais somente devem ser admitidas quando há a efetiva violação dos direitos fundamentais de um número significativo de indivíduos, tal como no

²⁹¹ FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 23.

²⁹² FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 23.

²⁹³ FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 10.

caso do direito à igualdade racial dos alunos negros nos Estados Unidos²⁹⁴, o direito à educação francófona dos estudantes no Canadá²⁹⁵ ou os diversos direitos fundamentais à moradia, dignidade, educação, renda, trabalho e vida das vítimas de deslocamentos forçados na Colômbia²⁹⁶.

Nessa linha de raciocínio, nos casos em que inexista direito fundamental em jogo, mas apenas um interesse público ou uma expectativa legítima da população, não são cabíveis medidas estruturais.

Esse foi, inclusive, um dos fundamentos utilizados no caso *Rizzo v. Goode*, nos Estados Unidos, no qual a Suprema Corte norte-americana concluiu pela inexistência do direito dos demandantes à melhoria dos procedimentos disciplinares nas reclamações protocoladas no departamento de polícia local, tendo em vista a ausência de demonstração de uma lesão "real e imediata"²⁹⁷.

Idêntico entendimento foi firmado no precedente do caso *O'Shea*, também julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual conclui-se que não houve a comprovação da existência ou subsistência de práticas discriminatórias pelos juízes locais em desfavor dos demandantes negros, ou seja, a existência de discriminação ou de práticas segregacionistas no sistema de acesso à jurisdição²⁹⁸.

No Canadá, a mesma exigência foi formulada pelas cortes nos *warrant tests* realizados no caso *Lavoie v. Nova Escócia*. Esses testes buscavam identificar se existia um número suficiente de alunos de língua francesa prejudicados pela violação dos seus direitos à educação na língua materna, o que justificaria a procedência da ação com a imposição de medidas estruturais significativas, como a construção de novas escolas para atender a essa demanda²⁹⁹.

²⁹⁴ Cf. WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review. V. 41, 2004.

²⁹⁵ Cf. ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010.

²⁹⁶ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

²⁹⁷ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review. V. 41. 2004. p. 1626.

²⁹⁸ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review. V. 41. 2004. p. 1627. É certo que, nesse caso, a recente onda de conservadorismo no poder judiciário dos Estados Unidos influenciou a decisão. No entanto, caso houvesse a demonstração da violação flagrante de direitos fundamentais, a inadmissão da ação pelos órgãos judiciais seria muito mais improvável. Sobre o assunto, cf.: SCHLANGER, Margo. **Civil Rights injunction over time: a case study of jail and prison court orders**. NYU Law Review. V. 81. n° 2. 2006.

²⁹⁹ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41. 2004. p. 1624-1625.

³⁰⁰ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 183.

Na Colômbia, igualmente, também se exige a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas, requisito necessário e indispensável à justificação de um ativismo judicial mais forte por parte da Corte Constitucional daquele país³⁰⁰.

Desta forma, quando não existir a demonstração da violação atual e sistêmica dos direitos fundamentais de um grupo significativo de indivíduos, não será cabível o ajuizamento de uma ação estrutural mas sim de uma ação indenizatória ou ação individual para a tutela ou concretização de um direito constitucional específico.

3.2.2 A omissão estatal

O segundo requisito elencado pela doutrina e jurisprudência para a admissão de ações estruturais é a caracterização de situação de inércia ou omissão dos poderes públicos.

Nesse sentido, de acordo com Rouleau e Sherman, quando o governo não está ciente da violação a um direito fundamental e não há indícios concretos de que haveria o descumprimento ou o cumprimento a destempo de qualquer obrigação, uma simples decisão declaratória que delimite as obrigações do poder público e dê ciência da situação pode ser suficiente, tornando desnecessária a utilização de medidas ou ordens estruturais³⁰¹.

Nos Estados Unidos, Robert F. Nagel defende, por razões semelhantes e em deferência à separação dos poderes e às atribuições dos órgãos públicos estatais, que medidas estruturais somente devem ser utilizadas depois que se oportunize às instituições estatais a possibilidade de agir³⁰².

Por outro lado, quando os direitos em disputa estão bem definidos e a inação governamental decorre da falta de capacidade ou vontade política, caracterizando situação de inércia prolongada, a intervenção via medidas estruturais é exigível, necessária e legítima³⁰³.

Cumprir acentuar que a opinião de Paul Rouleau e Linsey Sherman possui por base estudos realizados pelo professor Chris Hansen, adaptado às questões estruturais por Kent

³⁰⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença T-025/04. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004. p. 71 e ss.

³⁰¹ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 198.

³⁰² NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies.** Stanford Law Review. 66.1. 1977-1978. p. 718.

³⁰³ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 198.

Roach e Geoff Budlender, no trabalho "*Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?*"³⁰⁴.

De acordo com esses autores, existem três razões pelas quais os governos não cumprem com os valores e parâmetros constitucionais vigentes: a desatenção, a incompetência e a intransigência, sendo que cada um desses motivos dá ensejo a uma reação judicial distinta, compatível com o motivo que deu causa ao não cumprimento da Constituição³⁰⁵.

Segundo Hansen, Roach e Budlender, a desatenção do governo em relação a situação de determinados indivíduos ocorre, principalmente, em relação aos mais pobres e necessitados, já que essas pessoas são subrepresentadas no processo político, o que faz com que seus direitos e interesses sejam ignorados pelos governos³⁰⁶.

Nesses casos, os autores defendem que uma decisão declaratória da violação de direitos fundamentais pode ser suficiente para conferir visibilidade ao problema dessas pessoas, fazendo com que o governo saia dessa situação de inércia e adote as providências cabíveis³⁰⁷. É com base nesse ponto que Paul Rouleau e Linsey Sherman propõem a adoção de decisões declaratórias para os casos em que o poder público não está ciente das violações existentes.

A segunda causa de ineficiência estatal no cumprimento dos direitos e valores constitucionais é a incompetência, que é o motivo mais frequente para a violação de direitos³⁰⁸. Nessas situações, os autores acima citados entendem ser cabível a intervenção judicial através de ações estruturais, como forma de contribuir e auxiliar o Estado a promover e proteger esses direitos dentro de prazos razoáveis, judicialmente estabelecidos³⁰⁹.

É relevante destacar que a visualização das ações estruturais enquanto instrumentos que buscam auxiliar a correção de falhas estruturais do poder público, sem nenhum caráter punitivo ou de sanção, tal como proposta pelos professores canadense e sul-africano em

³⁰⁴ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 198; ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?**. The South African Law Journal. p. 345.

³⁰⁵ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?**. The South African Law Journal. p. 345.

³⁰⁶ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?**. The South African Law Journal. p. 346.

³⁰⁷ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?**. The South African Law Journal. p. 346.

³⁰⁸ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?**. The South African Law Journal. p. 349.

³⁰⁹ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?**. The South African Law Journal. p. 349.

relação aos casos de incompetência, apresenta uma nova perspectiva positiva sobre essas ações, dissociada do ambiente de disputa e de conflito normalmente associado às demandas judiciais³¹⁰.

A terceira causa da ineficiência estatal é a intransigência governamental, que é a situação mais difícil de ser superada em virtude da resistência institucionalizada do Estado. Essa situação também configura a omissão estatal típica das ações estruturais e exige uma postura mais ativa e determinada por parte dos juízes e demais atores processuais, com a determinação de medidas mais enérgicas que podem incluir a nomeação de um técnico ou consultor externo ou, nos casos mais extremos, de um interventor para a substituição dos gestores renitentes³¹¹.

Alguns comentários complementares devem ser feitos sobre as razões que justificam a omissão estatal.

Primeiramente, nos dias atuais de relativa estabilidade democrática no mundo e na América Latina, com amplos catálogos de direitos fundamentais, incluindo prestações sociais vigentes já há algum tempo³¹², e o desenvolvimento dos meios de comunicação e informação, os casos de omissão estatal por desatenção, desconhecimento ou ignorância são cada vez mais raros. Isso significa que a omissão estatal normalmente decorre da incompetência ou intransigência estatal.

No que toca à incompetência ou falta de capacidade institucional dos governos, concordamos com Kent Roach e Geoff Budlender quando afirmam que essa circunstância é relevante e frequente em países em desenvolvimento como a África do Sul e, no nosso caso, o Brasil³¹³. Esse cenário demonstra que a sistemática violação de direitos é algo comum e corriqueiro nesses países, abrindo um amplo leque de possibilidades para a correção dessas falhas através da utilização de ações judiciais.

Por último, embora sejam realmente mais escassos, hoje em dia, casos de intransigência ou de resistência direta, expressa e verbal à concretização de direitos, conforme bem ressaltado pelos autores com base no exemplo da dessegregação nas escolas

³¹⁰ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?**. The South African Law Journal. p. 350.

³¹¹ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?**. The South African Law Journal. p. 350.

³¹² Sobre os amplos catálogos de direitos fundamentais na América Latina e o desenvolvimento dessa onda do constituicionalismo na região, Cf.: FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? *In*: SARMENTO, Daniel (cord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Parte V. p. 598-603.

³¹³ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?**. The South African Law Journal. p. 345.

públicas dos Estados Unidos³¹⁴, essa resistência estatal a demandas progressistas em favor das minorias e grupos historicamente oprimidos ocorre, mais frequentemente, de forma velada ou oculta, através de instrumentos e circunstâncias institucionais informais ou não explícitas, como a superrepresentação de grupos hegemônicos e a subrepresentação das minorias, criando um ambiente que impede o reconhecimento e a efetivação de novos direitos em favor dos mais fracos³¹⁵.

Ressalte-se que essas causas da omissão estatal geram medidas interventivas distintas em uma escala gradativa de intervenção judicial.

Nesse sentido, para os casos de desatenção governamental, é suficiente prolação de decisão declaratória³¹⁶.

Por sua vez, nos casos de incompetência do poder público, são cabíveis medidas estruturais interventivas, porém não sancionatórias, para auxiliar o Estado na superação da situação de inconstitucionalidade verificada³¹⁷. Nesses casos, quanto maior o grau de incompetência do governo e a falta de capacidade para a provisão dos direitos, maior e mais forte será o grau de intervenção judicial admitido³¹⁸.

Por último, nas situações de intransigência estatal admite-se não apenas a adoção das medidas estruturais anteriormente descritas, mas também medidas mais enérgicas e dirigidas aos administradores ou gestores reticentes, inclusive, nos casos mais extremos, a substituição desses agentes e as ameaças de aplicação de multas ou de sanções penais³¹⁹.

3.2.3 A urgência e a necessidade da intervenção judicial

³¹⁴ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction:** when is it appropriate, just and equitable?. The South African Law Journal. p. 349.

³¹⁵ Um exemplo claro dessa resistência estatal se dá em relação aos direitos dos indígenas e quilombolas. No Congresso Nacional brasileiro, há forte superrepresentação da bancada ruralista e subrepresentação dos indígenas e quilombolas. Em determinados momentos, essa intransigência manifesta-se de forma explícita. No ano de 2014, os deputados Luís Carlos Heinze (PP-RS) e Alceu Moreira (PMDB-RS), o primeiro presidente da Frente Parlamentar da Agropecuária na Câmara Nacional, proferiram discurso de ódio e incentivo à violência contra índios e quilombolas no país, em audiência pública com produtores rurais na Câmara dos Deputados. O primeiro disse que índios, quilombolas, gays e lésbicas representariam "tudo o que não presta", enquanto que o segundo defendeu que esses produtores utilizassem da força, inclusive segurança armada, para expulsar os índios e quilombolas das suas terras. Nesse sentido, cf.: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/ataque-de-deputado-ruralista-a-indios-quilombolas-e-gays-repercute-na-imprensa-e-na-internet>>.

³¹⁶ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction:** when is it appropriate, just and equitable?. The South African Law Journal. p. 346-348.

³¹⁷ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction:** when is it appropriate, just and equitable?. The South African Law Journal. p. 349.

³¹⁸ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction:** when is it appropriate, just and equitable?. The South African Law Journal. p. 349.

³¹⁹ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction:** when is it appropriate, just and equitable?. The South African Law Journal. p. 350-351.

O terceiro requisito necessário ao ajuizamento das ações estruturais é a urgência do caso. De fato, quando a demora na atuação governamental não puder causar danos irreparáveis aos indivíduos prejudicados, não se deve utilizar a via das ações estruturais³²⁰, uma vez que a situação poderá ser resolvida pelas vias ordinárias da política, do debate e da deliberação democrática através do processo eleitoral e legislativo.

Por outro lado, quando a omissão estatal puder ocasionar prejuízo irreparável aos demandantes, tem-se configurado o requisito que possibilita a utilização da tutela estrutural³²¹.

A título de exemplo, no caso *Doucet-Broudeau* a maioria formada na Suprema Corte do Canadá destacou, em diversas passagens, a urgência na proteção aos direitos da população francófona em decorrência do alto índice de erosão cultural que resultava da não implementação do sistema de ensino na língua falada pela minoria³²².

Nesse sentido, Paul Rouleau e Linsey Sherman destacam que a análise da urgência deve ser realizada de forma comparativa ou relativa, considerando os demais processos e remédios disponíveis para a efetivação dos direitos vindicados³²³.

Do mesmo modo, é importante destacarmos que o requisito da urgência possui íntima relação com as violações praticadas (perigo de dano irreparável) e a omissão estatal, podendo ser analisado sob a perspectiva da necessidade de intervenção judicial no caso concreto.

Ou seja, no precedente *Doucet-Broudeau*, considerando a reiterada inércia do poder público na concretização dos direitos fundamentais das crianças em idade escolar, a necessidade da intervenção judicial era absoluta.

3.2.4 A complexidade

O quarto requisito elencado é a complexidade da demanda ou da pretensão. Embora nem todos os pedidos ou as medidas estabelecidas nessas ações sejam complexas, sob a ótica

³²⁰ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 199.

³²¹ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. 199.

³²² ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 199.

³²³ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. 199. É importante destacar que embora os autores estabeleçam a omissão estatal, a urgência do caso e outros elementos enquanto requisitos para a definição dos casos ideais para a retenção da jurisdição, essas condições se aplicam perfeitamente para a definição das próprias hipóteses de ações estruturais, em geral.

da macrojustiça ou da análise global dos pedidos, todas essas ações envolvem falhas estruturais do poder público que exigem soluções complexas, dificilmente passíveis de serem equacionadas por uma decisão unilateral, monológica e solipsista do poder judiciário.

Discorrendo sobre a experiência canadense, Paul Rouleau e Linsey Sherman destacam que as ações estruturais são utilizadas para os casos em que a violação à Carta de Direitos não pode ser superada através de uma ordem judicial simples e detalhada (*one-stop shop remedy*), mas sim através de diversas medidas complexas que compõem um processo contínuo, progressivo e gradual³²⁴.

A complexidade dessas demandas, que é transferida para a fase executiva, influencia diretamente a atuação das partes e dos órgãos judiciais nesses casos. Uma primeira mudança decorrente dessa complexidade refere-se à própria elaboração da decisão judicial que deverá deixar conferir certa margem de discricionariedade para o poder público no que toca aos meios a serem utilizados para a concretização desses direitos³²⁵.

De fato, uma das razões que levam à declaração geral da violação de direitos constatada nessas decisões é a ausência de *expertise*, por parte dos tribunais, sobre a melhor forma ou os meios necessários à concretização dos direitos dos demandantes. Desta feita, segundo Kent Roach e Geoff Budlender, essa decisão em termos gerais possibilita, por exemplo, que o poder público apresente um plano concreto para a efetivação dos direitos em jogo, o qual deverá ser submetido à apreciação e ao debate entre os autores e o próprio órgão judicial.

A questão da ausência de *expertise* dos tribunais para resolver as questões discutidas nessas ações deixa antever uma segunda nota distintiva que decorre da complexidade da demanda: a necessidade do colhimento de informações pelo poder judiciário através da ampla e ativa participação das partes e dos interessados durante todo o processo. Portanto, nesses casos a contribuição das partes e dos interessados na produção de informações necessárias à decisão da ação e implementação das medidas executivas é extremamente importante³²⁶.

³²⁴ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 200.

³²⁵ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?** The South African Law Journal. p. 334.

³²⁶ CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation.** Harvard Law Review. V. 89. Nº 7. 1976.

³²⁶ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 1308.

Além disso, o juiz do caso também poderá contar com a apresentação de informações pelos *experts*, monitores ou administradores que eventualmente nomear³²⁷. De qualquer modo, é imprescindível que essa assimetria de informações seja superada.

Portanto, a complexidade da demanda não é apenas um dos requisitos das ações estruturais como também influencia, diretamente, a forma como essas ações são decididas e os meios executivos utilizados para a implementação do julgado.

3.3 Os requisitos da declaração do estado de coisas inconstitucional

Conforme defendido no capítulo 1, a declaração do estado de coisas inconstitucional, da Corte Constitucional colombiana, é uma espécie de decisão estrutural e de técnica decisória utilizada nas ações ajuizadas naquele país. Por esse motivo, entende-se que todos os requisitos analisados acima se aplicam para as demandas estruturais instauradas na Colômbia.

Nesse sentido, a jurisprudência da Corte Constitucional colombiana também exige, para a configuração do estado de coisas inconstitucional, a comprovação da prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações constitucionais³²⁸.

Da mesma forma, Libardo Ariza e César Garavito destacam que a declaração do estado de coisas inconstitucional na Colômbia pressupõe falhas nos arranjos institucionais do Estado que demandem a atuação conjunta de diversos órgãos estatais para a superação dessa situação³²⁹. Resta, portanto, configurado o requisito da complexidade da demanda.

No entanto, a jurisprudência da Corte Constitucional e a doutrina adaptaram os requisitos acima elencados para a realidade e os casos apreciados naquele país. Desta feita, foram elencados outros requisitos típicos dos casos de violação massiva de direitos fundamentais que justificam as decisões mais ativistas proferidas pelo tribunal.

Cesar Garavito Rodríguez destaca que a jurisprudência do estado de coisas inconstitucional da Corte Constitucional Colombiana envolve litígios estruturais dotados das

³²⁷ CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. Harvard Law Review. V. 89. Nº 7. 1976.

³²⁷ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation**. Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 1308.

³²⁸ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation**. Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 187.

³²⁹ Cf. ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129. RODRIGUÉZ, Cesar Garavito. Más alla del desplazamiento o como superar un estado de cosas inconstitucional. In: RODRIGUÉZ, Cesar Garavito (Coord.). **Más alla del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009. p. 435.

seguintes características: *i*) alegações de violações de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, deduzidas diretamente ou através de organizações; *ii*) envolvimento de diversos órgãos estatais responsáveis por falhas estruturais na implementação de políticas públicas³³⁰.

Ao julgar o caso do deslocamento forçado de pessoas, a Corte Constitucional colombiana elencou os seguintes requisitos, necessários à configuração do estado de coisas inconstitucional³³¹: *(i)* a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; *(ii)* a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia desses direitos; *(iii)* a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação de ações judiciais como parte do procedimento exigido para a garantia dos direitos violados; *(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 requer a intervenção de várias entidades e a adoção de um conjunto completo e coordenado de ações, além de acréscimo de recursos que demandam um esforço orçamentário importante; *(vi)* o congestionamento judicial caso todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema procurassem o poder judiciário para obter a tutela de seus direitos.

Pelo que se vê, a jurisprudência da Corte Constitucional colombiana elencou requisitos mais rígidos para a admissão de demandas estruturais, como os requisitos constantes dos itens *i*, *iii*, *v* e *vi*, acima descritos.

Nesse sentido, é típico das decisões da Corte Constitucional da Colômbia a exigência de que a admissão de uma ação estrutural esteja vinculada à demonstração da violação massiva e generalizada de direitos fundamentais ou a comprovação da adoção de práticas inconstitucionais pelo Poder Público, como a incorporação de ações judiciais enquanto requisito para a fruição de direitos.

Não há, igualmente, paralelo no que toca à necessidade de que a resolução do problema social dependa da intervenção de várias entidades e de ações coordenadas desses entes, ou a demonstração de que o número de violações a direitos fundamentais seja capaz de acarretar o congestionamento judicial, caso todos os prejudicados procurem o poder judiciário para a tutela de seus direitos.

³³⁰ Cf. RODRIGUÉZ, Cesar Garavito. Más allá del desplazamiento o como superar un estado de cosas inconstitucional. In: RODRIGUÉZ, Cesar Garavito (Coord.). **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009. p. 435.

³³¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004. p. 71 e ss.

Por outro lado, uma vez preenchidos os inúmeros requisitos estabelecidos para a configuração do estado de coisas inconstitucional, a intervenção da Corte Constitucional tem se demonstrado bastante acentuada.

Essa postura possui dois fundamentos, um normativo e o outro social e econômico. O primeiro é a natureza jurídica de Estado Democrático Social de Direito da Colômbia, tal como previsto pelo art. 13 da Constituição Colombiana, que estabelece a exigência do Estado promover a igualdade real entre os indivíduos³³². Portanto, esse dispositivo confere uma base normativa sólida para a atuação dos três poderes e para a intervenção judicial destinada a promover esse fim constitucionalmente estabelecido.

O segundo fundamento é a enorme desigualdade social e econômica existente no país em relação às minorias sub-representadas politicamente, e a percepção e sensibilidade da corte constitucional sobre essa circunstância em suas decisões.

Tais circunstâncias explicam, por certo, o maior ativismo judicial constatado na Colômbia, tal como ocorre com outros países que compõem o denominado sul global, como a Índia³³³.

Em suma, a declaração da ocorrência do estado de coisas inconstitucional exige, além dos requisitos gerais acima estabelecidos, a comprovação de outras circunstâncias como a violação massiva de direitos fundamentais ou a necessidade de que a solução da demanda envolva a atuação conjunta de diversos órgãos públicos, condições típicas de países que possuem graves quadros de falhas estruturais e baixos níveis de proteção e concretização de direitos, como a Colômbia e o Brasil.

3.4 Critérios para a delimitação da discricionariedade judicial

Após a descrição dos requisitos necessários para o ajuizamento das ações estruturais e declaração do estado de coisas inconstitucional, é importante que se busque descrever e estabelecer critérios que possam ser utilizados para delimitar a discricionariedade judicial na definição e implementação de medidas estruturais. Esses critérios são importantes na medida

³³² "Artigo 13. Todas as pessoas nascem livres e iguais ante a lei e receberão a mesma proteção e trato das autoridades, gozando dos mesmos direitos, liberdades e oportunidades sem nenhuma discriminação por razões de sexo, raça, origem nacional ou familiar, língua, religião, opinião política ou filosófica. O estado promoverá as condições para que a igualdade seja real e efetiva e adotará medidas em favor dos grupos discriminados ou marginalizados." COLÔMBIA. **Constituição da Colômbia**. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582/>>. Acesso em: 14 out. 2015, às 11:01.

³³³ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 180.

em que permitem o enfrentamento das alegações de discricionariedade e arbitrariedade suscitadas por diversos autores.

De fato, a questão da discricionariedade judicial na definição dos remédios estruturais é um dos pontos mais polêmicos do tema, tendo sido objeto de diversos trabalhos produzidos sobre o assunto³³⁴.

Nesse sentido, a tentativa de definição desses parâmetros é útil na medida em que impõe limites à atuação judicial, norteando a atuação de juízes e tribunais, que devem observar e fundamentar suas decisões a partir dos critérios propostos. Portanto, a tentativa de estabelecer parâmetros de atuação claros na imposição das medidas executivas faz com que os riscos de equívocos ou arbitrariedade sejam minimizados, possibilitando que se identifiquem e se separem os casos em que a atuação judicial foi legítima daqueles em que excessos forem eventualmente cometidos.

Analisando os trabalhos escritos sobre o assunto, verificamos que o primeiro e mais recorrente critério utilizado pelos tribunais norte-americanos para a definição das medidas estruturais é o princípio da equidade. De acordo com essa norma, *"a natureza do remédio [...] deve ser determinada pela natureza e abrangência da violação"*³³⁵. Para a Suprema Corte dos Estados Unidos, essa vinculação dos remédios ou medidas estruturais às violações de direitos possibilitaria o controle das medidas interventivas estabelecidas³³⁶.

No entanto, verifica-se que esse critério proposto apresenta diversas falhas e deficiências. Em primeiro lugar, observa-se, desde logo, que o princípio da equidade é extremamente vago, possibilitando a adoção de diversas ordens estruturais casuísticas sem o estabelecimento de critérios de avaliação objetivos e seguros³³⁷.

Com efeito, a equidade pode ser compreendida, sob uma primeira perspectiva, a partir de uma ideia muito limitada e vinculada à correção das violações comprovadas durante o

³³⁴ Cf.: FLETCHER, William A. **The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy.** The Yale Law Journal. V. 91. n° 4. 1982. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. P. 1082 e ss. NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies.** Stanford Law Review. 661. 1977-1978. ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?.** The South African Law Journal. GOLDSTEIN, Robert. **A Swang Song for Remedies: Equitable Relief in the Burger Court.** Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. V. 13. n° 1. 1978.

³³⁵ NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies.** Stanford Law Review. 661. 1977-1978. p. 712.

³³⁶ NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies.** Stanford Law Review. 661. 1977-1978. p. 714.

³³⁷ NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies.** Stanford Law Review. 661. 1977-1978. p. 712.

juízo da ação, sem atingir todas as consequências dessas violações³³⁸. Nesse primeira acepção vinculada ao modelo tradicional de tutela judicial, direito e remédio encontram-se umbilicalmente vinculados, o que limita a discricionariedade judicial mas também o importante papel dos tribunais na correção das violações dos direitos e suas consequências³³⁹.

De fato, esse sentido atribuído à equidade ignora a complexidade dos direitos e das medidas discutidos nas ações estruturais e as questões de fato que devem ser investigadas e analisadas durante a fase de implementação. A título de exemplo, nos casos de segregação escolar nos Estados Unidos, a violação comumente encontrada nesses casos consistia na matrícula forçada de estudantes negros para escolas segregadas, limitando a liberdade de escolha dos alunos³⁴⁰.

Por esse motivo, as primeiras decisões nessas ações, como no caso *Bradley v. School of Board of Education* e *Briggs v. Elliott*, tutelavam essa liberdade, possibilitando a livre opção e transferência de alunos negros para escolas frequentadas por alunos brancos, em plena consonância com a estrita regra de equidade acima descrita³⁴¹.

Segundo os precedentes firmados no julgamento dessas ações, "*A Constituição [...] não requer a integração. Ela simplesmente proíbe a discriminação*"³⁴².

No entanto, na primeira década após essas decisões, verificou-se que as medidas garantidoras da liberdade de escolha não haviam eliminado a segregação racial nas escolas por diversas circunstâncias, como a segregação racial nas políticas habitacionais, a distância entre as residências dos alunos negros e as escolas destinadas aos alunos brancos e a ausência de integração racial do corpo docente e dos funcionários da escola, o que gera, por óbvio, um ambiente de maior hostilidade e menor aceitação para as minorias de negros³⁴³.

³³⁸ NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies**. Stanford Law Review. 661. 1977-1978. p. 715.

³³⁹ GOLDSTEIN, Robert. **A Swang Song for Remedies: Equitable Relief in the Burger Court**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. V. 13. nº 1. 1978. p. 5.

³⁴⁰ GOLDSTEIN, Robert. **A Swang Song for Remedies: Equitable Relief in the Burger Court**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. V. 13. nº 1. 1978. p. 27.

³⁴¹ GOLDSTEIN, Robert. **A Swang Song for Remedies: Equitable Relief in the Burger Court**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. V. 13. nº 1. 1978. p. 27.

³⁴² GOLDSTEIN, Robert. **A Swang Song for Remedies: Equitable Relief in the Burger Court**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. V. 13. nº 1. 1978. p. 27. nota de rodapé nº 122.

³⁴³ Sobre as mudanças realizadas no sistema escolar dos Estados Unidos, incluindo a redesignação de professores, cf.: FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice**. Harvard Law Review. V. 93. nº 1. nov. 1979. p. 2-3. No que toca à discriminação nos sistemas habitacionais, cf.: FISS, Owen. **The fate of an idea whose time has come: antidiscrimination law in the second decade after Brown v. Board of Education**. University of Chicago Law Review. V. 41. nº 742. 1973-1974. Para a distinção entre a segregação na matrícula de estudantes e na que decorre de padrões demográficos, Cf.: FISS, Owen M. **School Desegregation: The Uncertain Path of The Law**. Philosophy & Public Affairs. V. 4. nº 1. 1974. Sobre a influência de fatores como as políticas de financiamento habitacionais, padrões migratórios e outras circunstâncias que geraram a segregação no norte dos Estados Unidos, Cf.: GOLDSTEIN, Robert. **A Swang Song for Remedies: Equitable Relief in the Burger Court**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. V. 13. nº 1. 1978. p. 31.

A partir dessa constatação, os tribunais passaram a compreender o princípio da equidade de uma forma mais ampla e abrangente, o que nos leva à segunda concepção de equidade. No caso *Swan v. Charlotte of Mecklenburg Board of Education*, a corte distrital asseverou que *"uma vez demonstrada a violação a um direito, o âmbito dos poderes de equidade da corte local para corrigir os erros do passado é amplo, pois a abrangência e flexibilidade são inerentes aos remédios de equidade"*³⁴⁴.

Nesse precedente, a corte local determinou medidas estruturais mais abrangentes, como um sistema de transporte público escolar e a matrícula integrada de alunos como forma de promover o valor da igualdade e integração. Esse precedente foi mantido pela Suprema Corte dos Estados Unidos. De acordo com o tribunal, quando a matrícula de alunos é realizada com base na cor da pele para promover a integração, ao invés da segregação, ela é constitucionalmente admitida³⁴⁵. Embora a redesignação de estudantes envolva algumas questões delicadas envolvendo a liberdade de escolha, a integração enquanto elemento obrigatório da política em educação e as opções dos alunos negros em se integrarem ou não, um dos pontos mais relevantes do precedente firmado em *Swan* e em outros casos é a confirmação da complexidade das circunstâncias e consequências das violações dos direitos e dos remédios destinados a correção dessas situações, que não devem ser analisados sob uma ótica restrita e limitadora da correspondência entre o direito e remédio.

Portanto, nas ações estruturais há uma certa flexibilidade na relação entre o direito e o remédio e uma ampliação da fase de implementação dos direitos que não é captada pelos defensores da concepção restrita do princípio da equidade³⁴⁶.

Discorrendo sobre esse assunto, Robert Goldstein defende que o diálogo sobre direitos é guiado pela análise de princípios racionalmente deduzidos que constituem uma parte importante da cultura política de um país. Por outro lado, a discussão sobre os remédios jurídicos nas ações estruturais requer que os tribunais se debruçem na análise prática de informações econômicas, sociológicas e políticas³⁴⁷.

³⁴⁴ GOLDSTEIN, Robert. **A Swang Song for Remedies:** Equitable Relief in the Burger Court. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. V. 13. nº 1. 1978. p. 3.

³⁴⁵ GOLDSTEIN, Robert. **A Swang Song for Remedies:** Equitable Relief in the Burger Court. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. V. 13. nº 1. 1978. p. 27. FISS, Owen M. **School Desegregation:** The Uncertain Path of The Law. *Philosophy & Public Affairs*. V. 4. nº 1. 1974. p. 4.

³⁴⁶ GOLDSTEIN, Robert. **A Swang Song for Remedies:** Equitable Relief in the Burger Court. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. V. 13. nº 1. 1978. p. 3.

³⁴⁷ GOLDSTEIN, Robert. **A Swang Song for Remedies:** Equitable Relief in the Burger Court. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. V. 13. nº 1. 1978. p. 80.

Desta feita, a análise conjunta dessas duas fases em uma só elimina o potencial das ações estruturais de solucionar problemas complexos³⁴⁸. Por outro lado, a definição ampla do princípio da equidade pode ser desvirtuada para admitir qualquer solução, ainda que não vinculada ao direito deduzido na ação, tal como ocorreu no precedente *Jenkins v. Missouri*, no qual deixou-se de tratar da segregação racial no sistema escolar daquele estado para pretender uma verdadeira reformulação e melhoria do sistema de ensino público com altos impactos orçamentários³⁴⁹.

Portanto, conclui-se que a utilização do princípio da equidade, por si só, é insuficiente, devendo ser conjugado com outros parâmetros ou critérios.

Nesse sentido, dentre os outros critérios substantivos propostos pela doutrina para auxiliar na definição das medidas estruturais cabíveis, destacam-se os parâmetros de análise da eficiência das ordens estruturais, do grau de interferência nos demais poderes e do impacto geral das medidas estruturais na sociedade³⁵⁰.

No que toca à eficiência das medidas, exige-se que os remédios propostos sejam suficientes e adequados para corrigir as falhas estruturais verificadas e os casos de violações de direitos fundamentais. Além disso, é importante que os remédios sejam exequíveis, ou seja, que em caso de descumprimento injustificado pelo demandado, a corte possa impor as medidas executivas cabíveis³⁵¹.

No caso *White v. Weiser*, por exemplo, houve a revogação da ordem de reorganização do distrito eleitoral determinada pelo juízo de primeira instância que iria beneficiar apenas um pequeno número de eleitores. Para o tribunal, como a ordem do juízo de primeiro grau não promoveria, de forma eficiente, o direito à igualdade do voto e o parâmetro do *one man, one vote*, a ordem judicial era insuficiente e inadequada ao fim proposto e, por isso, foi revogada³⁵².

No que toca ao grau de interferência, é importante destacarmos que qualquer medida judicial minimamente efetiva necessita de algum grau de interferência na situação jurídica das partes. No entanto, entre as medidas disponíveis, os órgãos judiciais devem escolher as ordens

³⁴⁸ GOLDSTEIN, Robert. GOLDSTEIN, Robert. **A Swang Song for Remedies: Equitable Relief in the Burger Court**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. V. 13. nº 1. 1978. p. 80.

³⁴⁹ Sobre esse precedente, veja-se a descrição contida no primeiro capítulo desse trabalho.

³⁵⁰ NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies**. Stanford Law Review. 661. 1977-1978. COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation**. Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 862.

³⁵¹ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation**. Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 863.

³⁵² NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies**. Stanford Law Review. 661. 1977-1978. p. 713.

que geram o menor grau de interferência nas atribuições dos órgãos públicos, evitando, por exemplo, interferir em atividades que não estejam relacionadas com a situação que deu causa à ação judicial³⁵³.

É importante ressaltar que a duração das ações estruturais afeta diretamente o grau de interferência judicial sobre os demais poderes. Nesse sentido, essas ações não devem demorar mais do que o estritamente necessário³⁵⁴e, embora a situação ideal seja aquela em que a violação aos direitos dos autores foi completamente superada, as circunstâncias do caso concreto, em especial o tempo de duração das ações e as reações dos órgãos políticos e da sociedade às medidas interventivas, podem demandar a admissão de resultados parciais, a segunda melhor opção que promova uma melhoria no nível de fruição dos direitos dos autores sem, contudo, atingir o resultado ótimo.

Em relação ao impacto social das medidas estruturais, deve-se destacar que as medidas interventivas geram, em inúmeros casos, a realocação de recursos escassos, com possíveis efeitos negativos sobre os beneficiários de outras políticas públicas. Essas ações podem ocasionar, ainda, o aumento da carga tributária sobre toda a sociedade, como forma de financiamento das medidas estruturais que reorganizam determinada política pública ou órgão estatal³⁵⁵.

Portanto, os participantes das ações estruturais devem considerar e sopesar os impactos que essas medidas estruturais geram sobre os demais programas públicos e sobre a sociedade em contraposição aos ganhos esperados, evitando medidas excessivamente ambiciosas que onerem demasiadamente o restante da sociedade³⁵⁶.

Sob a perspectiva procedimental, a retenção da jurisdição e/ou a adoção do modelo experimentalista de implementação das ordens estruturais também pode contribuir para a diminuição da discricionariedade judicial.

Nesse sentido, ao invés de determinar, de imediato, quando do julgamento da ação e de forma isolada, os remédios que serão implementados durante a fase seguinte, o juiz deverá analisar exaustivamente os fatos, as variáveis e informações produzidas pelas partes durante

³⁵³ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 864.

³⁵⁴ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 866.

³⁵⁵ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 865. NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies.** Stanford Law Review. 661. 1977-1978. p. 721.

³⁵⁶ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 865. NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies.** Stanford Law Review. 661. 1977-1978. p. 721.

essa segunda fase, submetendo as medidas interventivas à participação construtiva e ao contraditório das partes e de todos os interessados, o que sevirá para conferir maior legitimidade às ordens estruturais, além de diminuir os riscos de equívocos e arbitrariedades.

3.5 Esboço de um modelo de ações estruturais para o Brasil e o impacto do novo Código de Processo Civil

Na última parte desse capítulo, após o estudo de todos os requisitos e critérios para a admissão das ações estruturais no exterior, entende-se ser importante a tentativa de esboçar um modelo de ações estruturais para o Brasil. De fato, o estudo da doutrina e da jurisprudência estrangeira busca compreender a forma como essas ações funcionam e são aplicadas em outros países.

No entanto, um dos objetivos últimos e principais desse trabalho é visualizar a forma como esses instrumentos podem ser incorporados ao sistema jurídico nacional, auxiliando na resolução das graves questões sociais do nosso país, como as crises na saúde e educação, o direito à moradia das pessoas que vivem em áreas de risco, seja pelo tráfico de drogas ou pelos perigos de desabamento, ou das pessoas que foram deslocadas de suas residências em virtude de grandes obras, projetos e eventos públicos, o direito à segurança e a questão da violência e do alto índice de homicídios e encarceramento, em especial da população negra e pobre, dentre outras situações³⁵⁷.

Para a elaboração de um modelo de ações estruturais para o país, é importante que algumas questões centrais sejam respondidas e esclarecidas, como a questão da legitimidade para o ajuizamento dessas ações, os instrumentos processuais cabíveis e a definição dos órgãos judiciais competentes para o julgamento.

Outrossim, considerando as alterações na legislação processual civil realizadas pelo advento do novo Código de Processo Civil, é importante que sejam analisados os impactos dessas modificações sobre esse modelo de ações estruturais.

Sobre a legitimidade para dar início às ações estruturais, o professor Owen Fiss afirma que existem, basicamente, dois modelos: um primeiro modelo que confere essas atribuições

³⁵⁷ Os professores Jane Reis Gonçalves Pereira e Gabriel Accioly Gonçalves sugerem que as graves violações dos direitos dos homossexuais e os altos índices de homicídios dentro desse grupo, por conta de manifestações odiosas contra a orientação sexual desses indivíduos, são indicativos da existência de outro exemplo de estado de coisas inconstitucional. Os autores ressaltam, inclusive, o ajuizamento, pela Procuradoria Geral da República, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) por omissão nº 26, que pretende a criminalização da homofobia, por analogia ao racismo. Cf.: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. **Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional**: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. Revista Juris Poiesis. ano 18. nº 18. jan-dez 2015. p. 143-144.

aos órgãos públicos e estatais, e o segundo modelo, denominado por ele de modelo cidadão ou descentralizado, que amplia esses poderes para os indivíduos e representantes da sociedade civil³⁵⁸.

O professor Owen Fiss defende que a legitimidade para o ajuizamento de ações para tutela de direitos fundamentais seja atribuída de acordo com o modelo cidadão, sem prejuízo da atuação concorrente dos órgãos públicos³⁵⁹. Para ele, a realização de grandes mudanças sociais depende da concessão dessas prerrogativas à sociedade civil, inclusive pelo fato de os órgãos e agentes públicos serem mais suscetíveis às pressões e coalizões políticas que se opõem às demandas progressistas³⁶⁰.

No Brasil, o modelo "oficial" de tutela de direitos sempre teve e tem muita força. Nesse sentido, no período anterior à Constituição Federal de 1988, a legitimidade para a propositura das ações de controle abstrato de constitucionalidade eram exclusivas do Procurador Geral da República (PGR), sendo objeto de acentuadas críticas³⁶¹.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma significativa ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações de controle abstrato. No entanto, ainda há uma enorme concentração da legitimidade para a propositura dessas ações nas mãos dos órgãos e agentes públicos. Basta dizer que dos oito legitimados previstos pelo art. 103 da CF/88, seis são compostos por agentes ou órgãos públicos e entes federados e apenas três representam a sociedade civil, o Conselho Federal da OAB, os partidos políticos e as confederações sindicais ou entidades de classe³⁶².

A mesma situação se repete com relação aos legitimados para a propositura de ações civis públicas. Nos termos do art. 5º da lei federal nº 7.347/85³⁶³, quatro dos legitimados para

³⁵⁸ FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Addison Harris Lecture. Paper 7. 1978. p. 18.

³⁵⁹ FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Addison Harris Lecture. Paper 7. 1978. p. 18.

³⁶⁰ FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Addison Harris Lecture. Paper 7. 1978. p. 84.

³⁶¹ Sobre o assunto, há importante artigo do professor Paulo Bonavides. Cf.: BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil). Estudos Avançados. V. 18. nº 51. 2004.

³⁶² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. BRASIL. **Constituição Federal de 1998**. Diário Oficial da União. Isso sem considerar as íntimas relações da OAB e dos partidos políticos com o poder público. A OAB, por exemplo, é considerada uma autarquia especial ou *sui generis*. Já os partidos políticos com representação no Congresso Nacional tem, dentre seus integrantes, diversos membros que compõem o parlamento e o poder executivo. Acresça-se ainda que a interpretação conferida pelo STF às entidades de classe é extremamente restritiva, abrangendo apenas as categorias profissionais ou econômicas, conforme será melhor detalhado no capítulo 5.

³⁶³ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a

a propositura dessas ações são agentes, órgãos ou instituições públicas, incluindo todos os entes federados. Por outro lado, existe apenas um legitimado vinculado diretamente à sociedade civil, que são as associações constituídas há mais de um ano e que incluam, dentre suas funções, a proteção de bens e interesses difusos ou coletivos.

Por outro lado, o mandado de injunção e o recurso extraordinário com repercussão geral, que são outros dois instrumentos pelos quais também se entende ser possível, *a priori*, a dedução de ações estruturais, acoplam-se perfeitamente ao modelo de iniciativa cidadã proposto, uma vez que podem ser impetrados e interpostos por qualquer cidadão que faça parte da relação jurídica processual, nos termos do art. 5º, LXXI, da CF/88 e art. 1.029 do Novo Código de Processo Civil (NCPC)³⁶⁴.

Portanto, entende-se que a posição do professor Owen Fiss sobre as vantagens do modelo cidadão de iniciativa processual, com legitimidade concorrente dos órgãos públicos, melhor se adequa ao modelo de ações estruturais proposto. Nesse sentido, embora haja, no Brasil, uma preponderância do modelo oficial em relação às ações de controle abstrato de constitucionalidade e às ações civis públicas, a participação popular e da sociedade civil na inauguração desses processos é privilegiada no que toca às ações de mandado de injunção e na interposição de recursos extraordinários.

Em relação aos instrumentos processuais cabíveis para o julgamento das ações estruturais e à definição da competência, existem duas possibilidades. A primeira é a utilização das ações de controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que passaria a ser o único órgão judicial com competência para decidir tais ações. A outra é a utilização das ações civis públicas, mandados de injunção e recursos extraordinários com repercussão geral, com a difusão da competência para o processamento e julgamento dessas demandas entre todos os órgãos do poder judiciário.

A opção por esses instrumentos processuais se dá tanto pelo objeto dessas ações e parâmetros de controle, que incluem a análise da constitucionalidade das leis em tese,

proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Diário Oficial da União. 1985.

³⁶⁴ Art. 5º [...] 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;. BRASIL. **Constituição Federal de 1998**. Diário Oficial da União. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jan. 2017, às 10:30.; Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: I - a exposição do fato e do direito; II - a demonstração do cabimento do recurso interposto; III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jan. 2017, às 10:30.

violações de preceitos fundamentais por ato do poder público, inconstitucionalidade de políticas públicas, omissões na concretização de direitos fundamentais e de direitos difusos e coletivos à luz da Constituição, como também pela eficácia ou pelos efeitos produzidos pelas decisões, que são amplos, com eficácia *erga omnes*, aptos, portanto, a tutelar os direitos dos diversos indivíduos envolvidos nas ações estruturais³⁶⁵.

O professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos vislumbra a possibilidade de utilização do mandado de injunção e do recurso extraordinário com repercussão geral enquanto instrumentos para a dedução das ações estruturais³⁶⁶.

Apesar disso, o professor defende a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), ação de controle concentrado no Supremo e de natureza objetiva, enquanto principal instrumento para a dedução dessas ações³⁶⁷. Para o professor da UERJ, o objeto da ação, que são os atos do poder público que violam preceitos constitucionais fundamentais, a abrangência da decisão, com sua eficácia *erga omne* e efeitos vinculantes, e os remédios disponíveis, que possibilitam inclusive a prolação de liminares e de decisões estruturais, pesariam em favor desse instrumento³⁶⁸.

Nesse ponto, entendemos que existem diversas razões que apontam para solução distinta, admitindo o uso de variadas ações para a tutela de questões estruturais. Não há, nessa resposta, qualquer incongruência ou tentativa de não se posicionar sobre o assunto. Na verdade, entende-se que a forte influência da filosofia pós-estrutural dos nossos tempos admite a visualização de mais de uma solução para a mesma questão, evitando posturas universalistas como a verdade absoluta ou a única resposta correta e ideal³⁶⁹.

Pois bem, o primeiro argumento a favor de um modelo de tutela difusa das ações estruturais concentra-se na própria questão da legitimidade. Ao defender um sistema de iniciativa popular ou cidadão das ações estruturais, conclui-se que a edificação desse modelo com base na ADPF não atinge tal fim, uma vez que a legitimidade para o ajuizamento dessas ações concentra-se, basicamente, nos agentes e órgãos públicos estatais.

³⁶⁵ Sobre as características dessas ações, Cf.: ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007. No que toca à eficácia *erga omnes* das decisões em mandado de injunção, Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670**. Diário Oficial da União. Julgado em 30 de outubro de 2008.

³⁶⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Editora JusPODIVM: Salvador, 2016. p. 259.

³⁶⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Editora JusPODIVM: Salvador, 2016. p. 259-260.

³⁶⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Editora JusPODIVM: Salvador, 2016. p. 260.

³⁶⁹ Sobre o assunto, Cf.: UBERTI, Luciane. **Estudos pós-estruturalistas: entre aporias e contra-sensos?** Educação e Realidade. V. 31. nº 2. 2006.

O próprio professor Carlos Alexandre reconhece essa circunstância, tendo destacado os pontos fracos da ADPF que seriam a legitimidade restrita das associações, entidades de classe e confederações sindicais em virtude da redação do art. 103 da CF/88 e da jurisprudência do STF, que exige pertinência temática para o utilização desses remédios e inadmite ações ajuizadas por associações que não representem categorias econômicas ou profissionais³⁷⁰.

O segundo motivo favorável à adoção de um modelo difuso de ações estruturais são as diversas peculiaridades que podem surgir na análise dos casos concretos e que favorecem o processamento e julgamento da ação por juízes que se encontrem mais próximo dos fatos. Com efeito, em diversos casos de violações de direitos fundamentais em determinada localidade, a proximidade física do juiz em relação às partes e aos fatos permitirá uma atuação judicial mais eficiente, facilitando o acesso à justiça e diminuindo os custos do processo pela desnecessidade de deslocamento e contratação de profissionais para atuar junto ao Supremo Tribunal Federal, em Brasília.

É certo que o professor Carlos Alexandre idealizou a ADPF pensando nas grandes ações estruturais que podem ser ajuizadas no país, principalmente os grandes casos de declaração da existência de um estado de coisas inconstitucional, como ocorre em relação ao sistema penitenciário nacional³⁷¹.

No entanto, entende-se que é possível a existência de um estado de coisas inconstitucional em determinada localidade, ou seja, a violação massiva de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas residentes em determinado local ou região, como ocorre, por exemplo, em relação aos detentos de determinada unidade prisional de um estado específico, como no caso da penitenciária de Alcaçuz, no Rio Grande do Norte, por exemplo³⁷². Nesse caso, o ajuizamento da ação perante o juiz que atua naquela localidade favorece os princípios e valores acima descritos.

A terceira razão que favorece o sistema difuso de tutela estrutural são as deficiências institucionais do próprio STF, fator que também é reconhecido pelo professor Carlos

³⁷⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Editora JusPODIVM: Salvador, 2016. p. 260.

³⁷¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Editora JusPODIVM: Salvador, 2016.

³⁷² As mortes praticadas nesse presídio, a briga entre facções rivais, a decapitação de presos, a destruição de celas e pavilhões e o grande número de armas e drogas encontradas sugerem a existência de um estado de coisas inconstitucional nessa unidade prisional. Sobre uma breve descrição da situação desse presídio, Cf.: < <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/27/forca-tarefa-entra-no-presidio-de-alcacuz-para-retomar-presidio.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2017, às 17:03.

Alexandre de Azevedo Campos³⁷³. O acúmulo de competências penais, recursais e constitucionais e as dificuldades e *déficits* deliberativos e de agenda fazem presumir que a atribuição de mais essa competência à corte suprema do país reforçaria ainda mais a sobrecarga de trabalho e as deficiências do tribunal, com prejuízo para a resolução dessas importantes questões de direitos fundamentais³⁷⁴.

É certo que a difusão da competência para conhecimento das ações estruturais gera dúvidas e desconfianças sobre os juízes das instâncias inferiores principalmente em virtude do ativismo judicial normalmente constatado nessas ações. No entanto, é importante destacar que diversas mudanças sociais importantes surgem da atuação da sociedade civil junto às instâncias ordinárias da justiça.

Nesse sentido, o professor Charles Epp questiona a explicação tradicional de que a revolução de direitos nos Estados Unidos teria ocorrido de cima para baixo (*top-bottom*), ou seja, da Suprema Corte para as instâncias inferiores e sociedade. Para ele, nos casos da segregação racial, dos direitos dos acusados e das mulheres, o que se observou foi uma revolução de baixo para cima (*bottom-top*), ou seja, da sociedade civil, passando para as instâncias judiciais ordinárias até chegar à Suprema Corte dos Estados Unidos³⁷⁵.

No nosso caso, o sistema de tutela estrutural difuso permite tanto que os juízos ordinários decidam as questões e ações locais como também possibilita ao STF se concentrar nas questões mais importantes, de âmbito nacional, tanto no exercício de sua competência originária como recursal, momento na qual realizará o controle das decisões dos demais órgãos judiciais.

Por todos esses motivos, entendemos que a tutela estrutural deve ser instrumentalizada através do mandado de injunção, das ações civis públicas, dos recursos extraordinários e das ações de controle concentrado, em especial a ADPF, distribuídas de forma difusa entre todos os órgãos do poder judiciário e o Supremo Tribunal Federal.

Por último, cumpre analisar, brevemente, as implicações do advento do novo Código de Processo Civil (CPC) no modelo de tutela estrutural proposto.

³⁷³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Editora JusPODIVM: Salvador, 2016.p. 262.

³⁷⁴ Sobre esse assunto, o professor e mestrando da UERJ, Luiz Fernando Gomes Esteves demonstra, em recente pesquisa, que no ano de 2016, apenas 52,7% dos processos incluídos em pauta pelo Supremo conseguiram ser efetivamente julgados, sendo que apenas 28,8% receberam solução definitiva pela Corte. Cf.: ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. **Supremo: um tribunal aparentemente eficiente?** Disponível em: <<http://jota.info/colunas/supra/supremo-um-tribunal-aparentemente-eficiente-29122016>>. Acesso em: 17 jan. 2017, às 09:30. O capítulo 5 desse trabalho também traz breves informações sobre o acúmulo de competências no Supremo.

³⁷⁵ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective**. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 3.

Em relação a esse tema, um dos principais institutos trazidos pelo novo CPC que poderia ser aplicado de forma eficiente às ações estruturais era a conversão da ação individual em coletiva, prevista pelo art. 333 do novo código. De acordo com esse artigo, a partir de requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, o juiz do caso poderia converter "falsas ações individuais" em ações coletivas³⁷⁶, de modo a resolver a questão metaindividual deduzida em uma ação individual ordinária.

De fato, esse instrumento seria interessante para resolver o problema apontado por Sérgio Arenhart no primeiro capítulo desse trabalho, segundo o qual questões coletivas como o direito à saúde e a fila para a obtenção de tratamentos médicos ou realização de procedimentos cirúrgicos, questões que envolvem os direitos fundamentais de um número significativo de indivíduos, são resolvidas em ações individuais³⁷⁷.

No entanto, esse dispositivo foi vetado pela Presidente Dilma Rousseff, sob a alegação de que a redação do dispositivo poderia levar à "conversão da ação individual em coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes"³⁷⁸. Ao que parece, houve uma excessiva preocupação governamental com o impacto dessas ações coletivas sobre as políticas e finanças públicas dos entes estatais.

Outra questão importante decorrente da natureza das ações estruturais e do advento do novo CPC é a questão do cumprimento provisório da sentença, em especial das obrigações de fazer e não fazer. Nesse sentido, embora o Capítulo II do Livro II tenha sido intitulado "do cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de pagar quantia certa", o §5º do art. 520 do CPC determina a aplicação dos dispositivos dessa seção para a execução provisória das obrigações de fazer ou não fazer³⁷⁹.

Nesse sentido, verifica-se ser possível o cumprimento provisório de ordens estruturais destinadas à correção de falhas nas políticas públicas estatais, especialmente nos casos de urgência, não sendo empecilho a esse cumprimento provisório a pendência de eventual recurso de apelação.

³⁷⁶ MARISCO, Francelle Moreira; ALVES, Jaime Leônidas Miranda. **A Tutela Coletiva no Novo Código de Processo Civil**: a busca por uma maior efetividade à questão dos direitos sociais. Revista Paradigma. V. XIX. nº 23. p. 69.

³⁷⁷ ARENHART, Sérgio. **Processos estruturais no direito brasileiro**: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado (RPC). 2015. 19 p. Disponível em: <www.revistadeprocessocomparado.com.br>. Acesso em: 18 jan. 2016. p. 2.

³⁷⁸ BRASIL. Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União.

³⁷⁹ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SIQUEIRA, Natércia Sampaio; SILVA, Paulo Roberto Coimbra. A Influência do Novo Código de Processo Civil no Cumprimento das Sentenças das Demandas Coletivas. In: **Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. XXIV Encontro Nacional do Conpedi. 2015. p. 136.

Isso porque os efeitos do recurso de apelação nas ações civis públicas estruturais segue o regime da regra específica do art. 14 da Lei nº 7.347/85, e não a disposição do art. 1012 do novo código, não sendo dotado, portanto, de automático efeito suspensivo³⁸⁰.

Da mesma forma, nos casos de mandados de injunção, aplica-se o art. 14 da Lei nº 13.300/2016, combinado com o art. 14, §3º da Lei 12.016/2009, que possibilita a execução provisória das decisões proferidas em mandado de segurança e mandado de injunção, o que se encontra em consonância com a natureza constitucional especial e sumária dessas ações³⁸¹.

A outra alteração digna de nota é a redação mais ampla do art. 516 do CPC³⁸², em comparação com o antigo art. 475-P, II e parágrafo único, do antigo código. A redação atual do parágrafo único do art. 516 permite que o cumprimento de sentença que reconheça obrigação de fazer ou não fazer ocorra no local onde essa obrigação deva ser cumprida, possibilitando que as execuções coletivas das decisões estruturais sejam realizadas pelo juízo do local onde devam ser satisfeitas essas obrigações.

De acordo com Flávia Pessoa, Natércia Siqueira e Paulo Silva³⁸³, essa norma também deve ser aplicada ao sistema de tutela coletiva de direitos que inclui as ações estruturais, em detrimento da disposição restritiva do art. 98, §2º, II, do Código de Defesa do Consumidor, que vincula essa execução ao juízo da ação condenatória.

Para os referidos autores, a execução no juízo do local da satisfação da execução permite um maior controle do magistrado sobre os atos executivos, possibilitando, ainda, na

³⁸⁰ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SIQUEIRA, Natércia Sampaio; SILVA, Paulo Roberto Coimbra. A Influência do Novo Código de Processo Civil no Cumprimento das Sentenças das Demandas Coletivas. *In: Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*. XXIV Encontro Nacional do Conpedi. 2015. p. 136

³⁸¹ Art. 14. Aplicam-se subsidiariamente ao mandado de injunção as normas do mandado de segurança, disciplinado pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, e do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, observado o disposto em seus arts. 1.045 e 1.046. BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Diário Oficial da União. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jan. de 2017, às 10:00.; Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação. [...] § 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar. BRASIL. **Lei 12.016 de 06 de agosto de 2009**. Diário Oficial da União. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jan. 2017, às 10:00.

³⁸² Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: I - os tribunais, nas causas de sua competência originária; II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição; III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

³⁸³ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SIQUEIRA, Natércia Sampaio; SILVA, Paulo Roberto Coimbra. A Influência do Novo Código de Processo Civil no Cumprimento das Sentenças das Demandas Coletivas. *In: Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*. XXIV Encontro Nacional do Conpedi. 2015. p. 140.

linha de raciocínio desenvolvida nesse capítulo, uma prestação jurisdicional mais eficiente e adequada pela proximidade com os fatos e os jurisdicionados³⁸⁴.

³⁸⁴ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SIQUEIRA, Natércia Sampaio; SILVA, Paulo Roberto Coimbra. A Influência do Novo Código de Processo Civil no Cumprimento das Sentenças das Demandas Coletivas. **Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. XXIV Encontro Nacional do Conpedi. 2015. p. 140.

4 MODELOS E TÉCNICAS DE IMPLEMENTAÇÃO

Os estudos de jurisdição constitucional e de direitos fundamentais possuem um grande foco na análise do conteúdo dos direitos fundamentais ou da legitimidade e competência do órgão judicial para a prolação de determinada decisão, sendo mais escassos os trabalhos que tratem dos mecanismos de implementação das decisões relativas a direitos fundamentais.

Esse fato ocorre, em grande parte, pelo caráter normocêntrico e juriscêntrico dos trabalhos e do ensino jurídico no país e no exterior, no qual a norma sempre ocupa o lugar de destaque e o juiz é visto como principal agente na aplicação da lei.

No campo específico do direito constitucional, esse papel normativo de destaque é ocupado, naturalmente, pelas Constituições. No que toca ao papel dos juízes, as teorias da supremacia judicial possuem inegável influência e, de acordo com elas, o juiz é o único responsável pela interpretação da Constituição, é o verdadeiro guardião dessas normas, quem dá a palavra final e definitiva sobre a definição dos direitos e garantias fundamentais, somente competindo às partes, aos demais poderes e à sociedade acolher e cumprir suas decisões³⁸⁵.

Na prática, contudo, a situação é diferente. Conforme destaca Louis Fisher, a partir do momento que uma decisão é proferida, o processo de interação dessa decisão se inicia com as reações do Congresso, da Presidência da República, das agências executivas, dos estados, das associações profissionais, revistas jurídicas e público em geral³⁸⁶.

Isso demonstra como o processo de implementação é problemático e, ao mesmo tempo, importante. Já não é mais suficiente apenas o estudo do conteúdo dos direitos ou a declaração formal desses direitos em uma decisão judicial. Os destinatários dessas normas esperam e exigem a fruição concreta dessas posições jurídicas de vantagem.

Esse cenário torna-se ainda mais complexo e tortuoso nos casos envolvendo ações estruturais, que tratam da violação sistemática e generalizada de direitos fundamentais em virtude de falhas estruturais do Estado, da baixa *performance* dos órgãos públicos no cumprimento de suas funções constitucionais.

É com esse pensamento em mente que Libardo Ariza e César Garavito Rodríguez propõem uma virada conceitual, para que não se analise apenas a fase de formação das

³⁸⁵ ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. **Defending judicial supremacy: a reply**. Constitutional Commentary. V. 17. 2000.

³⁸⁶ FISHER, Louis. **Constitutional Dialogue: Interpretation as Political Process**. Princeton Legacy Library: [], 1988. p. 200.

decisões, mas também, e com especial atenção, a fase de implementação desses julgados, os efeitos e os impactos diretos causados pela atuação judicial³⁸⁷.

No presente capítulo, iremos analisar os modelos que regem o processo de implementação das decisões em ações estruturais e quais as técnicas de implementação que podem ser utilizadas.

Na primeira parte do capítulo serão analisados, basicamente, os três modelos de implementação das decisões: o modelo de ordens específicas e rígidas vinculado à adjudicação tradicional, o modelo de ordem abertas e flexíveis surgido a partir do desenvolvimento das ações estruturais, e o modelo do experimentalismo democrático desenvolvido mais recentemente.

O objetivo dessa análise é verificar qual modelo é mais compatível e adequado a essas ações e em que hipóteses cada um desses sistemas deve ser utilizado.

Na segunda parte desse estudo, serão analisadas as técnicas de implementação mais comumente utilizada nessas ações, como a emissão de ordens coercitivas e a aplicação de sanções, a realização de acordos e a elaboração de planos, a definição de *standards* de performance e indicadores, a realização de audiências públicas e a prolação de decisões de seguimento, bem como a nomeação de *experts* e comissões.

4.1 Modelos de implementação das decisões em demandas estruturais

A seguir, analisaremos os principais modelos decisórios aplicáveis às demandas estruturais. A denominação "modelo de implementação" corresponde ao conjunto de princípios e diretrizes que moldam e delimitam os mecanismos de implementação das decisões judiciais, constituindo um padrão ou paradigma de implementação.

4.1.1 Modelo de ordens específicas e rígidas

O primeiro modelo de implementação das decisões a ser analisado é o que decorre do tradicional modelo de litigância privada ou individual, focado nas partes do processo e

³⁸⁷ ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 133. Nota de rodapé nº 10.

relativo a fatos já ocorridos no passado, ou seja, retrospectivo³⁸⁸. Nesse modelo, defende-se que os juízes devam adotar uma postura mais passiva, estabelecendo remédios jurídicos específicos vinculados e proporcionais à violação praticada³⁸⁹.

De acordo com Owen Fiss, no modelo tradicional o juiz se limita a dizer quem possui o direito alegado, estabelecendo medidas executivas de acordo com os pedidos formulados pelas partes. Essas medidas executivas devem guardar uma relação muito próxima com o direito objeto de disputa e com a lesão, sendo uma consequência necessária ou emanção direta do conteúdo do direito³⁹⁰.

Trata-se de um sistema típico da burocracia estatal que toma forma através de um regime compreensivo de regras fixas e específicas sobre procedimentos estabelecidas por uma autoridade central e cumpridas pelas partes³⁹¹.

Portanto, esse modelo de litigância tradicional se baseia no sistema hierárquico de ordens rígidas e específicas dirigido às partes, de acordo com a lógica da “ordem e controle” (*command and control*)³⁹².

De acordo com Charles Sabel, o modelo de ordem e controle possui três características peculiares. A primeira é o esforço em antecipar e expressar todos os principais pontos necessários à implementação em uma única decisão compreensiva, global e dificilmente modificável³⁹³.

A segunda característica é que a implementação do julgado ocorre apenas com a observância pelo réu das prescrições detalhadas contidas na ordem judicial. Nesse sentido, as prescrições contidas na ordem judicial buscam estabelecer normas procedimentais, regras de conduta ou meios para se obter determinados resultados³⁹⁴.

³⁸⁸ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*. 117. February, 2004. p. 1056-1057.

³⁸⁹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*. 117. February, 2004. p. 1056-1057.

³⁹⁰ FISS, Owen. **Foreword**: The Forms of Justice. *Harvard Law Review*. V. 93. Nº 1. 1979. p. 24.

³⁹¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*. 117. February, 2004. p. 1019.

³⁹² ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism**: tempest in a teapot? *Ottawa Law Review*: V. 41.2. 2010. p. 189. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*. 117. February, 2004.

³⁹³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*. 117. February, 2004. p. 1021-1022.

³⁹⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*. 117. February, 2004. p. 1020.

A terceira característica importante é que esse sistema confere um forte papel decisório aos juízes e tribunais, que atuam como únicos ou principais agentes responsáveis pelo estabelecimento das regras de implementação³⁹⁵.

Destarte, cabe ao juiz decidir, de forma solipsista, monológica e individual, as determinações que deverão ser cumpridas para a efetivação do direito postulado na ação. Por sua vez, às partes cabe apenas cumprir as determinações judiciais, na exata forma em que foram definidas e ordenadas, não havendo espaço para a negociação de medidas, definição de um plano comum, de prazos para cumprimento ou qualquer outro meio que possibilite uma maior discricionariedade ou participação dos atores processuais.

Os defensores desse modelo alegam que ele é o único compatível com o princípio da separação dos poderes. A título de exemplo, no caso *Doucet-Boudreau*, no Canadá, a corrente vencida na Suprema Corte daquele país defendeu que apenas a emissão de ordens específicas, implementadas através do processo executivo ordinário, seria legítima e compatível com o mencionado princípio, uma vez que ordens mais abertas e flexíveis, sujeitas à supervisão judicial, desequilibrariam as harmônicas e equilibradas relações entre os poderes, conferindo prerrogativas constitucionalmente incompatíveis com as funções do poder judiciário pelo sistema constitucional vigente³⁹⁶.

Os tributários desse sistema prosseguem afirmando que o esquema de ordens rígidas é mais compatível e adequado às exigências de auto restrição judicial do que eventual modelo aberto, em que se permite a prolação de novas decisões sobre questões surgidas no decorrer do processo executivo. Para eles, o sistema formalmente rígido de ordens pré-definidas geraria um menor grau de intervenção nas atribuições dos órgãos públicos, preservando, em maior escala, as funções executivas e gerenciais do poder público³⁹⁷.

Portanto, seria mais seguro, justo e equânime definir previamente as medidas executivas que serão implementadas, procedendo, posteriormente, à concretização forçada e coercitiva dessas medidas em caso de descumprimento pelo demandado³⁹⁸.

Uma vantagem que pode ser atribuída à adoção desse modelo mais rígido de implementação das ordens judiciais é a maior eficácia e rapidez na implementação das ordens emitidas. De fato, a definição precisa das medidas a serem cumpridas, aliado à utilização de

³⁹⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1022.

³⁹⁶ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 178.

³⁹⁷ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 178.

³⁹⁸ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 178.

mecanismos judiciais de coerção, são características que podem conferir maior força e eficácia às determinações judiciais.

Por outro lado, a experiência demonstra que a definição de ordens rígidas e específicas nem sempre observa estritamente o princípio da separação de poderes e a postura de auto restrição judicial proposta pelos seus defensores. Em inúmeros casos, essas ordens pré-definidas foram além do que se estava discutindo na ação, estabelecendo medidas absolutamente desproporcionais e maximalistas que desafiaram o princípio da separação dos poderes.

O primeiro exemplo que desconstrói essa relação necessária entre a separação de poderes e o modelo rígido de ordens pré-estabelecidas ocorreu no julgamento do caso *Jenkins vs. Missouri*, nos Estados Unidos, relativo à segregação racial nas escolas norte-americanas³⁹⁹.

Nesse caso, já descrito nos capítulos anteriores, a corte local concluiu pela existência de segregação racial no sistema escolar do estado de Missouri e, para por um fim a essa prática institucional inconstitucional, editou uma série de medidas extremamente ambiciosas, como a construção de um planetário de 2.000 metros quadrados e a implantação de um sistema de tradução instantânea nos moldes do que é utilizado pela Organizações das Nações Unidas (ONU), sendo que o custo estimado de todas as medidas impostas era de 928 milhões de dólares⁴⁰⁰.

É certo que essas medidas rígidas e específicas surgiram após a elaboração de um plano judicial por parte dos autores da ação, medida que se aproxima do segundo modelo decisório a ser estudado a seguir⁴⁰¹. Nessa linha, é importante destacar que a adoção desse modelo de ordens rígidas e específicas pode surgir após o insucesso na implementação da decisão por meio de medidas abertas e flexíveis ou em combinação com esse outro modelo.

Ainda assim, o que está a se demonstrar é que a elaboração de ordens rígidas e específicas, impostas unilateralmente, sem diálogo e negociação, pode ser absolutamente incompatível com o princípio da separação dos poderes.

³⁹⁹ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p.1622.

⁴⁰⁰ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p.1622-1631.

⁴⁰¹ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1622-1631.

Ao analisar o caso em sede de recurso, a Suprema Corte dos Estados Unidos suspendeu, corretamente, a decisão da corte local, tendo condenado a excessiva discricionariedade judicial aplicada ao caso⁴⁰².

Pode-se argumentar que o caso *Jenkins* é uma exceção, uma situação atípica de erro e abuso judicial. No entanto, existem outros exemplos similares.

O segundo exemplo que desconstrói a relação entre formalismo e rigidez na implementação das ordens judiciais, de um lado, e o princípio da separação dos poderes e a discricionariedade administrativa, do outro, ocorreu nos casos envolvendo o sistema prisional e a situação da população carcerária nos Estados Unidos.

Nesses casos, constatou-se a existência de diversas e significativas violações dos direitos fundamentais dos presos, tendo em vista a superlotação dos presídios, as más condições das unidades prisionais, a aplicação de castigos cruéis como o isolamento por períodos indefinidos e a má-alimentação e desnutrição dos presos. Como consequência dessa violação sistemática de direitos, diversas ações estruturais foram ajuizadas para corrigir os problemas no final da década de 1960 e durante toda a década de 1970⁴⁰³.

Nessas ações, declarou-se a inconstitucionalidade do sistema carcerário das prisões existentes em quarenta e um estados⁴⁰⁴.

Em um desses casos, no julgamento do precedente *Pugh vs. Locke*, o tribunal local estabeleceu, de forma unilateral, diversas medidas, como o espaço mínimo de dezoito metros quadrados para cada cela, a quantidade mínima de trinta minutos de sol para os detentos submetidos ao castigo de isolamento, o número mínimo de um banheiro para cada quinze detentos e a exigência de que pelo menos cada supervisor da cozinha dos presídios tivesse ao menos diploma superior em nutrição⁴⁰⁵.

A mesma situação se multiplicou em diversos outros casos. Malcolm Feeley e Edward Rubin elaboraram um relatório que demonstrou como essas intervenções judiciais resultaram, em dez dos estados norte-americanos, na modificação direta de todos os aspectos de cada sistema penitenciário estatal⁴⁰⁶.

⁴⁰² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1083-1084.

⁴⁰³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. P. 1034-1043. NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies.** Stanford Law Review. 1977-1978.

⁴⁰⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1035.

⁴⁰⁵ NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies.** Stanford Law Review. 661. 1977-1978. p. 708.

⁴⁰⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1035.

Segundo os autores, as cortes federais promulgaram um código de administração das prisões que abrangiam matérias diversas como as instalações físicas, saneamento, alimentação, vestuário, cuidados médicos, procedimentos disciplinares, acesso a bibliotecas, trabalho e educação, incluindo medidas como a potência das lâmpadas instaladas nas celas, a frequência dos banhos dos detentos e o conteúdo calórico das refeições⁴⁰⁷.

É certo que esses casos resultaram em melhorias no sistema prisional, em especial nos estados do sul do país, nos quais foram abolidas as práticas do uso autorizado da tortura e foram realizados investimentos no treinamento de pessoal, na profissionalização da administração e em melhorias nas condições físicas do confinamento⁴⁰⁸.

Contudo, o que se pretende demonstrar é que o modelo rígido de implementação das ordens judiciais não garante a observância ao princípio da separação dos poderes e nem preserva a discricionariedade administrativa, podendo gerar resultados muito ruins quando associado a decisões maximalistas e ideológicas, ainda que essa ideologia seja progressista e pró direitos fundamentais.

Nesses casos, é evidente a ausência de capacidade institucional do poder judiciário para definir questões técnicas sem o conhecimento de dados administrativos, gerenciais e orçamentários indispensáveis à correta solução do caso⁴⁰⁹. Além disso, nos exemplos acima fornecidos, não há um forte nexo de causalidade entre a violação ao direito fundamental e as medidas corretivas estabelecidas, conforme defendido pelos defensores do modelo de ordens rígidas.

Acresça-se que decisões dessa natureza consolidam as preferências judiciais para determinada política pública, engessando um modelo que pode não ser o mais adequado ou factível, podendo produzir maus resultados.

Veja-se o exemplo dos casos envolvendo os portadores de doenças psiquiátricas. Nesses casos, as ações buscavam dois objetivos bem delineados. Em primeiro lugar, o tratamento em condições dignas e decentes nas instituições estatais responsáveis pela custódia dessas pessoas, com observância a padrões mínimos de segurança, saneamento, atendimento humanitário e tratamento médico efetivo.

⁴⁰⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1035.

⁴⁰⁸ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1035.

⁴⁰⁹ Sobre a questão da capacidade institucional do judiciário, cf: SUNSTEIN, Cass R; VERMULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper. No. 156. Chicago, 2002.

E como segundo objetivo, a desinstitucionalização desses pacientes, com a transferência dessas pessoas dos grandes institutos estatais para pequenas instalações comunitárias que possibilitariam o fortalecimento das relações pessoais entre os pacientes e a equipe técnica e o desenvolvimento de atividades que permitiram a reabilitação dessas pessoas⁴¹⁰.

No caso *Wyatt v. Stickney*, no Alabama, pretendia-se a obtenção de tratamento digno aos custodiados na instituição daquele estado. Ao julgar o caso, a corte local incorporou, em sua decisão, padrões estabelecidos por organizações com expertise técnica, exigindo, por exemplo, o atendimento a padrões nutricionais prescritos pela Academia Nacional de Ciências⁴¹¹.

Além disso, a corte estabeleceu, de forma unilateral, a exigência do número mínimo de oito vasos sanitários por cada paciente, o número máximo de seis pacientes em cada quarto coletivo, o espaço mínimo de sete metros quadrados por cada paciente nos quartos coletivos, aproximadamente um metro quadrado de espaço na cozinha para cada custodiado, temperatura ambiental entre vinte e oito e vinte graus celsius, temperatura da água de quarenta e três graus celsius, uma proporção mínima de profissionais por paciente para trinta e cinco categorias profissionais e um treinamento diário de seis horas para a reabilitação de cada paciente⁴¹².

Cinco anos após a vigência dessas ordens, os réus pleitearam a revisão de alguns procedimentos que consideraram excessivamente rígidos, ritualísticos e sem sentido, como a exigência de treinamento diário de seis horas, que seria altamente inapropriado para pacientes com graus mais elevados de deficiências mentais, à época a maioria dos pacientes, uma vez que os portadores de deficiências mais leves tinham sido transferidos para os centros comunitários locais⁴¹³.

Na avaliação dos profissionais do instituto psiquiátrico, esses pacientes não se beneficiavam desse treinamento mais longo. Ao invés, em alguns casos, esses longos períodos de treinamento se transformavam em uma experiência desagradável e desumana⁴¹⁴.

⁴¹⁰ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1029.

⁴¹¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1030-1031.

⁴¹² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1031.

⁴¹³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1031.

⁴¹⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1031.

Apesar disso, a corte local rejeitou o pedido de revisão, sob o fundamento de que as ordens emitidas, inclusive o treinamento diário de seis horas, eram essenciais à concretização do direito constitucional dos pacientes ao tratamento médico efetivo. Na avaliação do tribunal, a temperatura ambiental de vinte a vinte e oito graus e o treinamento diário de seis horas constituíam parte integrante do direito fundamental ao tratamento médico efetivo, não podendo, por isso, jamais ser modificados⁴¹⁵.

Isso não significa, contudo, que medidas rígidas não possam ser adotadas em nenhum caso. Em relação às questões de menor complexidade, nas quais a solução para a violação do direito fundamental é evidente, a adoção desse modelo rígido é benéfica pela maior rapidez e coercitividade na definição e implementação das ordens executivas. Em casos mais complexos, no entanto, a compatibilidade com o princípio da separação dos poderes e a maior eficácia dessas medidas são postas em xeque.

Um precedente muito conhecido e citado sobre o assunto ocorreu no julgamento do caso *Treatment Action Campaign* (TAC), em 2002. Dessa vez, o que estava em jogo era o direito à saúde de mulheres grávidas portadoras do vírus HIV e de seus bebês, em especial no que toca ao acesso à droga denominada nevirapina, que previne a transmissão do vírus da mãe para a criança durante o parto⁴¹⁶.

Um fato importante sobre o julgamento dessa ação é que o fabricante da droga estava disposto a fornecer o medicamento de forma gratuita aos hospitais públicos. Ainda assim, o estado se negava a fornecer o acesso universal ao medicamento em seus estabelecimentos hospitalares⁴¹⁷.

Ao decidir o caso, a Corte concluiu que a recusa ao fornecimento da nevirapina em bases universais, considerando a eficácia da droga e a ausência de custos para a sua aquisição, seria desarrazoada e violaria o direito à saúde das mães com HIV e de seus filhos⁴¹⁸.

A implementação do julgado se deu através do tradicional modelo de ordens executivas fixas e unilaterais que determinaram a concretização efetiva do direito de acesso ao medicamento por parte desse grupo vulnerável de indivíduos⁴¹⁹.

⁴¹⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*. 117. February, 2004. p. 1031.

⁴¹⁶ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south**: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 70.

⁴¹⁷ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south**: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 70.

⁴¹⁸ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south**: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 70.

Milhares de vidas foram salvas através da decisão da corte, que serviu como um importante marco para a alteração da política pública de fornecimento, em bases universais, de drogas antirretrovirais no sistema de saúde sul-africano⁴²⁰.

Essa decisão é festejada como modelo de sucesso obtido na alteração de uma política pública deficiente e exemplo de concretização do direito à saúde⁴²¹.

É importante destacarmos que a ausência de complexidade pode se restringir apenas a parte dos pedidos formulados, ou então pode corresponder a todo o objeto da ação. De fato, embora seja característica das ações estruturais a existência de situações que exigem soluções complexas, tal elemento não é obrigatório ou essencial a todos os casos ou a todos os pedidos formulados.

Nessa linha de pensamento, Charles Sabel e William Simon defendem que nos casos em que as más práticas de gestão administrativa são restritas e limitadas, ou seja, não são tão numerosas e amplas, a emissão de ordens judiciais específicas poderá ser, em inúmeros casos, suficiente⁴²².

Ainda segundo os autores, a utilização do modelo decisório está diretamente relacionada à natureza das questões substanciais discutidas nas ações estruturais. Desta feita, diversas ações relativas ao sistema prisional ajuizadas nas décadas de 1970 e 1980 tratavam do tema da superpopulação carcerária, o que tornava menos problemática a questão da formulação de ordens judiciais específicas⁴²³.

Mais recentemente, as ações ajuizadas passaram a abordar o tema da assistência médica adequada, o que torna bem mais difícil a adoção desse modelo de ordens rígidas e específicas⁴²⁴.

Por último, os autores reconhecem que diversos casos de dessegregação nas escolas do sul dos Estados Unidos e de melhorias no sistema prisional, como a abolição dos trabalhos

⁴¹⁹ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 70.

⁴²⁰ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 70.

⁴²¹ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 70.

⁴²² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1053.

⁴²³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1053.

⁴²⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1052.

forçados e da tortura, foram obtidos através de decisões que adotaram, em maior ou menor grau, o sistema rígido de implementação de ordem e controle⁴²⁵.

Contudo, em inúmeros casos, os tribunais não possuem as informações e o amplo domínio da política pública para formularem ordens específicas exigidas coercitivamente, o que torna necessário a idealização e adoção de outros modelos decisório⁴²⁶.

Portanto, o modelo de ordens rígidas e específicas pode ser útil para os casos de menor complexidade ou quando outras medidas mais flexíveis não obtenham o resultado esperado. No entanto, é importante que o órgão judicial tenha todas as informações necessárias à imposição dessas determinações unilaterais e que atue com cautela e parcimônia, estabelecendo medidas proporcionais e diretamente relacionadas com o objeto da ação, intervindo apenas para a concretização do direito fundamental postulado.

4.1.2 Modelo de ordens abertas e flexíveis

O segundo modelo de implementação das decisões judiciais é o modelo de ordens flexíveis e abertas sujeitas à contínua supervisão judicial. Nesse modelo, a decisão judicial se limita a estabelecer diretrizes, princípios ou aspectos pontuais da política pública que devem ser corrigidos e observados para a proteção dos direitos fundamentais envolvidos, atribuindo às partes, em especial ao poder público, a discricionariedade no que toca à eleição dos meios necessários ao atingimento do fim proposto, ou seja, quanto à previsão de regras específicas ou de um regulamento para o atendimento ao fim proposto⁴²⁷.

Trata-se de um modelo decisório que, de acordo com Owen Fiss, tem os olhos voltados para o futuro e busca não apenas tutelar o caso concreto, mas também remodelar a instituição pública que apresenta resultados insatisfatórios de *performance*, com a violação dos direitos dos cidadãos⁴²⁸.

Nos Estados Unidos, além de Owen Fiss, Abram Chayes foi outro defensor dessas ideias que, para ele, estavam diretamente relacionadas com as novas demandas do *public law litigation*. Segundo esse autor, esse novo modelo de adjudicação constitucional seria útil ou

⁴²⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1053.

⁴²⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1053.

⁴²⁷ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 192.

⁴²⁸ FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice.** Harvard Law Review. V. 93. nº 1. 1979. p. 23.

adequado para a realização de mudanças a longo prazo e reestruturação de grandes instituições⁴²⁹.

Além dessa forma mais aberta de elaboração das decisões judiciais, esse modelo se caracteriza pela flexibilidade na delimitação das medidas executivas, que podem ser modificadas, após o seu estabelecimento, por acordo entre as partes ou através de nova decisão judicial.

Portanto, a flexibilidade desse modelo de implementação permite o esclarecimento de aspectos pontuais das ordens expedidas, a complementação em caso de lacuna ou ausência de algum aspecto importante, a modificação das ordens emitidas em face da alteração de circunstâncias de fato ou de direito, ou então em virtude de dificuldades ou incompatibilidades verificadas, dentre outras providências⁴³⁰.

A título de exemplo, no caso *Doucet-Boudreau*, no Canadá, que tratou da concretização do direito à educação francófona da minoria de crianças francesas daquele país, o juiz do caso havia determinado aos conselhos escolares a elaboração de projetos para a construção de novas escolas ou a adaptação das escolas tradicionais para o ensino compartilhado em inglês e francês⁴³¹.

No entanto, ao final do processo, o governo fez um acordo com os pais dos alunos para estabelecer uma escola em língua francesa em um prédio já existente e sem utilização, com menores custos para a implementação, sendo que essa opção não tinha sido previamente considerada durante o julgamento do caso⁴³². Para os autores que defendem esse modelo, esse exemplo demonstra a flexibilidade que possibilita às partes chegarem a uma solução superior àquelas que poderiam ser previstas através de prévias ordens judiciais fixas e específicas⁴³³.

Para Paul Rouleau e Linsey Sherman, esse modelo aberto e flexível de implementação deve ser utilizado para a solução de casos que exijam a concretização de diversas medidas em etapas distintas, progressivas e graduais. Prosseguem os autores afirmando que, nesses casos, o processo de implementação é complexo e envolve diversas variáveis que tornam impossível

⁴²⁹ CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. Harvard Law Review. V. 89. Nº 7. 1976.

⁴³⁰ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation**. Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 817-821.

⁴³¹ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 194.

⁴³² ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 194.

⁴³³ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 194.

ou altamente improvável a elaboração de única decisão executiva com todas as especificidades exigidas pelo caso⁴³⁴.

O caso *Lavoie v. Nova Escóssia*, também referente ao direito à educação em língua francesa, ilustra bem essa situação. Nesse julgamento, o juiz do caso concluiu que não existiam evidências de um número de alunos de ascendência francesa suficientes à criação de uma escola integral naquela língua⁴³⁵.

Por esse motivo, foram expedidas diversas ordens distintas: primeiro para a província de Nova Escócia e para o conselho escolar, que deveriam promover o cadastramento dos alunos de origem francesa com interesse na educação em sua língua materna; em segundo lugar, para que a província e o conselho criassem um programa de educação em língua francesa, com a indicação de um local adequado para a implantação desse novo programa; em seguida, as partes deveriam apresentar relatórios ao órgão judicial, até 30 de abril de 1988, com os resultados do cadastramento; com base nessas novas evidências e nos argumentos das partes, o juízo iria decidir se o número de crianças cadastradas garantiria a continuidade da implementação das ordens expedidas⁴³⁶.

Na opinião de Rouleau e Sherman, a utilização de ordens rígidas e específicas a casos complexos como o precedente de *Lavoie* poderia ocasionar atrasos na efetivação do direito fundamental em questão, uma vez que exigiria o ajuizamento de ações distintas, perante Juízos diversos, para a obtenção de ordens detalhadas que abrangessem cada um dos pontos acima descritos⁴³⁷.

O precedente em *Lavoie* também aponta para outra característica do modelo aberto e flexível de implementação, que é a retenção da jurisdição durante o processo executivo⁴³⁸.

Nesse sistema, a atividade jurisdicional não se encerra com a decisão que estabelece as diretrizes para o cumprimento da decisão e delega ao poder público a discricionariedade no que toca à eleição dos meios mais adequados, uma vez que o órgão judicial responsável pela implementação fiscaliza todo o processo de concretização do julgado, cancelando as

⁴³⁴ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 200.

⁴³⁵ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 192.

⁴³⁶ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 192.

⁴³⁷ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 193.

⁴³⁸ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 816; ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010.

medidas que sejam aptas à efetivação dos direitos em disputa e invalidando ou revogando àquelas que se mostrarem incompatíveis⁴³⁹.

Portanto, o órgão judicial pode determinar a adoção de outras medidas sugeridas pelos autores da ação ou por outros atores processuais, como os *amici curiae* ou outros órgãos públicos ou agentes privados com *expertise* no assunto. Ao proceder dessa maneira, o judiciário continua a proferir decisões de cunho jurisdicional diretamente relacionadas com o mérito da ação e que buscam a implementação e concretização gradual e progressiva dos direitos vindicados⁴⁴⁰.

O modelo aberto e flexível de implementação das decisões judiciais possibilita uma maior participação das partes e dos demais atores processuais na elaboração das medidas executivas, distribuindo as responsabilidades e atribuições pela concretização do julgado entre esses atores e o órgão judicial, razão pela qual é considerado como um modelo dialógico, em consonância com a teoria dos diálogos institucionais⁴⁴¹.

Em outras palavras, ao invés do modelo anterior, no qual o órgão judicial atua de forma monolítica, individual e solipsista, tem-se um sistema no qual o juiz dialoga com as partes, define medidas executivas após ouvir e levar em consideração os argumentos e as informações apresentadas, inclusive admitindo a negociação e a definição de medidas consensuais.

Por outro lado, esse modelo compartilhado de implementação das decisões judiciais reclama um maior envolvimento dos tribunais na negociação e no relacionamento com os participantes do processo de execução, demandando mais tempo do que o sistema anterior⁴⁴². Em alguns casos, o processo de implementação e monitoramento chegou a durar décadas, sem a produção dos efeitos esperados.

Referindo-se a esses casos, Charles Sabel e William Simon afirmam que ao final do processo os juízes, talvez cansados ou desiludidos, declararam o cumprimento das decisões e a efetivação dos direitos dos demandantes, mesmo quando pouco progresso foi verificado⁴⁴³.

⁴³⁹ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 816; ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010.

⁴⁴⁰ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 200.

⁴⁴¹ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 178-180.

⁴⁴² DIVER, Colin. Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions. Virginia Law Review. V. 65. 1979. p. 97 e ss.

⁴⁴³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1018.

Essa situação chama a atenção para outro aspecto negativo, que é o alto custo político desse envolvimento dos tribunais. De fato, a depender do direito fundamental envolvido, dos destinatários desses direitos, da reação dos demais poderes e do tempo de tramitação do processo, é possível que haja uma perda significativa do capital político dos tribunais e do apoio difuso da sociedade⁴⁴⁴.

Na situação específica dos detentos do sistema penitenciário dos Estados Unidos, uma minoria que não vota e nem conta com o apoio da maioria da opinião pública, o Congresso Nacional promulgou o *Federal Prison Litigation Reform Act*, em 1996, restringindo a atuação das cortes nesses casos, em evidente retaliação pelas decisões e pela atuação dos tribunais a favor dos presos nas décadas anteriores⁴⁴⁵.

Em síntese, as principais características desse segundo modelo de implementação das decisões judiciais são as seguintes: *i*) a abertura dos comandos judiciais, a menor densidade normativa das ordens emanadas pelos tribunais; *ii*) a flexibilidade das medidas, que podem ser substituídas no decorrer do processo executivo; *iii*) a maior complexidade dos casos em que esse modelo é utilizado, com a necessidade de implantação progressiva e gradual das ordens executivas; *iv*) o caráter dialógico ou compartilhado desse modelo de implementação; *v*) o maior envolvimento dos tribunais na implementação dessas decisões, com um acréscimo igualmente proporcional no tempo exigido para o cumprimento das decisões e no custo político que decorre dessa atuação judicial.

O modelo de implementação utilizado nos casos de declaração do estado de coisas inconstitucional da Colômbia foi constituído, principalmente, a partir ordens abertas e flexíveis, combinado com algumas poucas ordens rígidas.

Com efeito, no caso da população carcerária daquele país, o tribunal constitucional colombiano utilizou apenas medidas abertas e flexíveis, dentre as quais se destacam, dentre outras, as seguintes ordens:

- i*) a notificação ao Presidente da República, Presidente do Senado Federal, da Câmara dos Representantes e demais autoridades públicas sobre a existência de um estado de coisas inconstitucional; *ii*) a ordem para que o Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário (INPEC) e os Ministérios da Justiça e Planejamento elaborassem, em um prazo de três meses a contar da intimação da sentença, um plano de construção e reconstrução do sistema carcerário apto a garantir os direitos fundamentais dos detentos, sobre supervisão da Defensoria Pública e da Procuradoria Geral da Nação, devendo o governo aumentar os recursos

⁴⁴⁴ EASTON, David. **A re-assessment of the concept of popular support**. British Journal of Political Science. V. 5. nº 4. 1975.

⁴⁴⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1018.

orçamentários necessários para a execução desse plano e incluí-lo dentro do Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimentos; *iii*) a determinação para que o INPEC e os Ministérios da Justiça e Planejamento concluíssem o plano de construção e reconstrução elaborado no prazo máximo de quatro anos, de acordo com o Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimentos.⁴⁴⁶

No entanto, essas ordens obtiveram baixo impacto sobre a grave situação de violação de direitos fundamentais nas prisões da Colômbia, em especial pela ausência de monitoramento dessas ordens por parte do tribunal constitucional⁴⁴⁷, e não especificamente pelo modelo decisório utilizado.

Já no caso do deslocamento forçado de pessoas, houve a utilização combinada de medidas abertas e flexíveis e rígidas e específicas, tais como:

- i*) a declaração do estado de coisas inconstitucional, com comunicação ao Conselho Nacional de Atenção Integral à População Deslocada pela Violência sobre essa situação, para que desenhasse e implementasse um plano de ação para superar essa situação, com prazo até 31 de março de 2004, no qual deveria mapear a situação da população deslocada, com determinação do número de pessoas, a quantidade de recursos orçamentários necessários para cumprir com a política pública exigida para a proteção dos direitos dessas pessoas, a definição do percentual de recursos a serem despendidos pelo governo nacional, entidades territoriais e cooperação internacional, a forma de consecução desses recursos, dentre outras medidas;
- ii*) a ordem para que o Conselho Nacional de Atenção Integral à População Deslocada pela Violência adotasse, dentro do prazo de três meses após a intimação da decisão, um programa de ação com cronograma preciso para a correção das falhas de capacidades institucionais que provocaram as violações dos direitos das vítimas dos deslocamentos;
- iii*) Em relação às ordens pontuais para a outorga dos pedidos de ajuda previstos nos programas de moradia e restabelecimento econômico, o tribunal determinou a apreciação do mérito dos requerimentos formulados pelos autores da ação, com a inclusão da lista dos autores de cada requerimento, determinando a apresentação de resposta em quinze dias, inclusive informando se o requerente preenche ou não os requisitos legais, se há recursos orçamentários disponíveis e, em caso negativo, a adoção dos trâmites à obtenção desses recursos e a data programada para o pagamento⁴⁴⁸.

Nesse caso, a emissão dessas ordens abertas e fechadas e o intenso acompanhamento após a decisão, com a realização de audiências públicas e a produção de relatórios específicos sobre o cumprimento do julgado, produziram efeitos concretos mais significativos, como o

⁴⁴⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Julgado em 28 de abril de 1998.

⁴⁴⁷ ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 133.

⁴⁴⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença **T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004.

aumento da dotação orçamentária disponibilizada para a política pública e melhorias significativas na concretização dos direitos à saúde, educação e atendimento emergencial⁴⁴⁹.

Existe outro precedente que demonstra as vantagens do modelo de ordens abertas e flexíveis em detrimento do sistema de ordens rígidas e fechadas. Trata-se do caso *Doucet-Broudeau*, no Canadá.

Nesse julgamento, uma das críticas formuladas pela minoria vencida na Suprema Corte do Canadá é que esse sistema violaria o princípio da separação dos poderes⁴⁵⁰, uma vez que possibilitaria a indevida e excessiva interferência judicial na administração da máquina pública, estabelecendo medidas inadequadas e desproporcionais, como a retenção da jurisdição, que deixaria a administração sob o permanente jugo do judiciário.

Além disso, a minoria vencida alegava que, apesar da aparência de um diálogo, o que existiria seria uma predominância das cortes nessas relações institucionais, que passariam a expandir suas funções para incluir atribuições executivas, em desacordo com o princípio da separação dos poderes⁴⁵¹.

Por outro lado, a corrente majoritária rejeitou essa concepção formalista do princípio da separação dos poderes, tendo assentado que as funções exercidas pelos tribunais não podem ser reduzidas a um simples teste ou fórmula, estando vinculadas ao direito posto em julgamento e ao contexto de cada caso⁴⁵².

É importante ressaltar que, conforme demonstrado na seção anterior, o modelo formalista e tradicional de ordens rígidas e específicas pode causar uma interferência judicial bem mais significativa nas atribuições dos demais poderes do que o sistema de ordens abertas e flexíveis.

Quanto à questão dos diálogos institucionais, a implementação da decisão no caso *Doucet-Broudeau* se deu através da participação voluntária do governo, tanto no que toca às audiências públicas realizadas como em relação à criação das novas escolas, que foram estabelecidas a partir de um acordo entre o governo e os demandantes⁴⁵³.

⁴⁴⁹ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia.** Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 254-269.

⁴⁵⁰ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 177.

⁴⁵¹ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 178.

⁴⁵² ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 176.

⁴⁵³ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 178 e 194.

Desta feita, o caso representou a reafirmação da teoria dos diálogos institucionais e dos princípios do mútuo respeito e cooperação entre os poderes, ao invés do esperado confronto⁴⁵⁴. E ainda que se tratasse de um confronto, as relações entre os poderes são normalmente conflitantes, sem que isso signifique, necessariamente, a violação ao princípio da separação dos poderes ou a existência de um superpoder.

Ou seja, o conflito faz parte do dia a dia das relações entre os poderes. Em diversos casos, o diálogo é uma “guerra de gritos”, embora totalmente compatível com as ideias de constitucionalismo e democracia.

Portanto, o modelo de ordens abertas e flexíveis caracteriza-se pelo seu caráter dialógico e pela possibilidade de adaptação das ordens judiciais às necessidades de implementação gradual e progressiva das medidas necessárias à realização das reformas estruturais.

4.1.3 Experimentalismo democrático

O terceiro modelo de implementação das decisões em demandas estruturais, que se aproxima do modelo de ordens abertas e flexíveis, é o modelo que decorre da teoria do experimentalismo democrático elaborada nos Estados Unidos.

A proximidade com o sistema anterior ocorre pelo fato de esse modelo ser igualmente fundado na descentralização das ordens executivas, que não ficam concentradas apenas na figura do juiz, mas sim são compartilhadas com os demais atores processuais⁴⁵⁵, atribuindo aos demandados discricionariedade quanto aos meios necessários ao atendimento dos resultados exigidos⁴⁵⁶. Da mesma maneira, nesse modelo busca-se corrigir, a longo prazo e para o futuro, a *performance* de órgãos estatais que atuam de forma desidiosa, provocando a violação de direitos fundamentais⁴⁵⁷.

A flexibilidade das ordens executivas é outra característica desse modelo que se assemelha ao anterior⁴⁵⁸. Por outro lado, essa descentralização e flexibilidade são alçadas a

⁴⁵⁴ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 182-183.

⁴⁵⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1019.

⁴⁵⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1019.

⁴⁵⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1017. FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice.** Harvard Law Review. V. 93. nº 1. 1979. p. 18-23.

⁴⁵⁸ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1019.

um outro nível, tornando a provisoriedade e a contínua revisão dessas medidas características inerentes ao sistema⁴⁵⁹.

Dois dos autores que melhor trataram dessas tendências do experimentalismo no âmbito das ações estruturais foram Charles F. Sabel e William H. Simon, que escreveram um trabalho extremamente relevante sobre o assunto, sob o título de *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*⁴⁶⁰.

Esses autores utilizaram o conceito de *desestabilization rights* de Mangabeira Unger, criado em 1987, na sua obra *empowered democracy*⁴⁶¹. Para Unger, esses direitos, que fazem parte do seu programa institucional de democracia empoderada, serviriam para reformar grandes organizações ou extensas áreas das práticas sociais que permanecem fechadas para os cidadãos comuns e que privilegiam estruturas hierárquicas e insuladas de poder e vantagens⁴⁶².

No contexto específico das ações estruturais, os professores defendem que esses *destabilization rights* atuariam como demandas para a reforma e abertura de instituições públicas que possuem falhas crônicas no cumprimento de suas obrigações legais e que se encontram substancialmente insuladas do normal processo de responsabilização política⁴⁶³.

Eles também foram influenciados pelo trabalho de Abram Chayes sobre o papel do juiz na *public law litigation*. Nesse sentido, o próprio Mangabeira Unger cita, rapidamente, exemplos de intervenções judiciais nas escolas e nas instituições psiquiátricas, temas tratados no trabalho de Chayes sobre o assunto, como ilustrações das aplicações práticas desses direitos⁴⁶⁴.

É importante recordar que a denominada *public law litigation*, do professor Abram Chayes, trata dos mesmos assuntos abordados pelas ações estruturais ou remédios estruturais conceituados por Owen Fiss, ambas destinadas a identificar as transformações na forma de adjudicação judicial e nos meios de litigância nos Estados Unidos, que passaram a tratar de questões de direito público e constitucional, nas quais a violação do direito decorre da má

⁴⁵⁹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1019.

⁴⁶⁰ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004.

⁴⁶¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1055.

⁴⁶² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1055; UNGER, Roberto Mangabeira. **False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy.** New York: Verso, 2004. p. 530.

⁴⁶³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1020.

⁴⁶⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy.** New York: Verso, 2004. p. 532.

performance da burocracia estatal, demandando estratégias e condutas distintas a serem adotadas pelas partes e pelos juízes⁴⁶⁵.

Sabel e Simon defendem essa nova forma de adjudicação judicial e identificam uma nova tendência na implementação das decisões proferidas em ações estruturais. Para eles, os tribunais norte-americanos têm se afastado do modelo *command and control*, no qual as ordens rígidas são estabelecidas em uma estrutura hierárquica de cima para baixo (*top-bottom*), para esse novo modelo experimentalista que enfatiza a contínua negociação entre os participantes e a permanente revisão das medidas criadas para a melhoria da *performance* dos órgãos públicos⁴⁶⁶.

Segundo os professores norte-americanos, o experimentalismo regulatório é característico do regime de governança em rede ou *multilevel* que vem se proliferando nos Estados Unidos e na União Europeia, nos quais os processos decisórios são não-hierárquicos e abertos, o que permite a participação de pessoas em diferentes *rankings*, unidades e organizações na elaboração dessas decisões⁴⁶⁷.

Os autores apresentam as características básicas do experimentalismo democrático aplicado às ações estruturais, que são: a negociação entre os participantes, a provisoriedade ou contínua revisão das regras e do regime estabelecidos e a transparência⁴⁶⁸.

A negociação entre os participantes ocorre para que haja uma definição quanto ao plano necessário à superação das falhas estruturais. Essa negociação inclui tanto as partes do processo quanto outros interessados, em especial grupos que tenham significativo interesse na demanda ou cuja participação seja importante para o sucesso da reforma estrutural⁴⁶⁹.

A negociação é deliberativa, com cada parte defendendo suas posições a partir de razões públicas. Os participantes devem escutar um ao outro de boa-fé e permanecer abertos para as opiniões diversas e para o aprendizado. Considerando que cada proposta é baseada em premissas fáticas, as informações relevantes sobre essas questões factuais devem ser disponibilizadas aos demais participantes. O objetivo da negociação é a obtenção do

⁴⁶⁵ CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation.** Harvard Law Review. V. 89. Nº 7. 1976; FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice.** Harvard Law Review. V. 93. nº 1. 1979.

⁴⁶⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1019.

⁴⁶⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1019. No âmbito do direito administrativo, essas características são expostas e bem explicitadas pelo professor Alexandre Aragão. Nesse sentido, cf.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Capítulo 8.

⁴⁶⁸ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1067-1073.

⁴⁶⁹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1067-1068.

consenso, que pode ser obtido através de contatos diretos ou por meio de um mediador, conciliador ou facilitador indicado pelo órgão judicial, que pode se reunir com as partes de forma simultânea ou separada (*seriatim*)⁴⁷⁰.

Caso o consenso não seja obtido, o mediador ou conciliador deve entregar ao tribunal as diversas propostas apresentadas ou apresentar sua própria proposta, a fim de que a corte possa decidir qual plano será implementado⁴⁷¹.

Conforme bem destacado por Sabel e Simon, o consenso desempenha um papel importante mesmo quando não é obtido, uma vez que previne o encerramento prematuro da deliberação e reforça o comprometimento dos participantes com a solução do problema, exigindo abertura para o debate e o mútuo respeito⁴⁷².

A segunda característica é a provisoriedade e a permanente reavaliação das regras estabelecidas nesse modelo de implementação das decisões. Com efeito, as medidas executivas são submetidas a um processo permanente de revisão que exige o contínuo envolvimento dos participantes. Essa revisão ocorre em virtude da complexidade das situações que dão origem a essas ações estruturais e a esse modelo mais sofisticado de implementação⁴⁷³, normalmente associado a políticas públicas de larga escala que envolvem direitos fundamentais.

Portanto, o conhecimento das questões fáticas pelos participantes é limitado e existem diversas variáveis técnicas que devem ser consideradas. Nesse sentido, a existência de lacunas e de questões ambíguas e mal resolvidas são inevitáveis, além de contingências futuras que não podem ser antecipadas⁴⁷⁴.

Ademais, a provisoriedade das regras estabelecidas é indispensável para a reavaliação dos resultados obtidos, que passa a ser o ponto ou o objetivo central desse modelo de implementação. Em outras palavras, trata-se de um processo com foco nos resultados, e não nos meios, como ocorre com o modelo tradicional de implementação das decisões judiciais.

⁴⁷⁰ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1049.

⁴⁷¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1068.

⁴⁷² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1068.

⁴⁷³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1069.

⁴⁷⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1069.

Esse foco nos resultados, por outro lado, vai conferir certo grau de discricionariedade aos participantes, assim como no modelo anterior de ordens abertas e flexíveis⁴⁷⁵.

É certo que, em alguns casos, os meios estabelecidos pelas partes conterão diversos detalhes específicos. Contudo, tal situação não desconfigura essa característica do modelo experimentalista, mas sim representa uma adaptação do modelo tradicional a essa nova forma *multilevel* e dialógica de implementação das decisões⁴⁷⁶.

Outra problematização importante é que em cada rodada de negociações, cada participante buscará, naturalmente, renegociar as regras ou os objetivos traçados de modo a melhor atender seus interesses privados⁴⁷⁷.

No entanto, cabe ao mediador ou conciliador advertir as partes sobre a necessidade de se manter as condições iniciais de negociação, em especial o engajamento deliberativo com base em razões públicas, a abertura às propostas dos demais participantes, a boa-fé e a disposição para a solução do problema identificado⁴⁷⁸.

Caso essas advertências não deem resultado, caberá ao mediador alertar para as sanções que decorrem do descumprimento da decisão judicial e das regras e objetivos já definidos, em especial para os casos em que o poder público não tenha conseguido cumprir as obrigações que decorrem da decisão e dos acordos celebrados nas fases anteriores, situação na qual seu ônus argumentativo no processo deliberativo será bem maior do que em relação aos demais participantes⁴⁷⁹.

A terceira característica é a transparência. Para Sabel e Simon, esse requisito exige que as regras que serão aplicadas sejam públicas e explícitas. Portanto, a transparência significa que deve haver medidas e procedimentos acordados para a obtenção da conformidade dos órgãos públicos com os resultados esperados, com a publicização desses procedimentos e resultados⁴⁸⁰.

Nessa linha, os professores defendem que a transparência é, simultaneamente, um instrumento de responsabilização e um mecanismo de aprendizado, pois permite aos tribunais,

⁴⁷⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1070.

⁴⁷⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1071.

⁴⁷⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1070.

⁴⁷⁸ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1070.

⁴⁷⁹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1070.

⁴⁸⁰ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1071.

aos participantes das ações estruturais e, em última análise, à toda a sociedade, a análise das regras e dos resultados obtidos, possibilitando a comparação da *performance* do órgão público demandado com instituições equivalentes, a fim de analisar se o seu desempenho está de acordo com o que dele pode ser esperado e exigido⁴⁸¹.

A adoção de práticas transparentes não é tarefa fácil. Existem dificuldades de ordem política e técnica para tal fim.

Sob o ponto de vista político, há a resistência das organizações para a adoção dessas práticas: as instituições com piores *performances* evitam a divulgação de seus resultados porque os dados apresentados as tornam vulneráveis, enquanto que as instituições com boas práticas e bons resultados não desejam a completa transparência porque ela retira a vantagem competitiva dessas últimas⁴⁸².

Do ponto de vista técnico, é importante que as informações sejam divulgadas de forma clara, precisa e acessível, de acordo com parâmetros e padrões previamente estabelecidos pelos tribunais, a fim de possibilitar a comparação com os dados apresentados por outras instituições e a compreensão dessas informações por todos os participantes das ações estruturais e pelo público em geral⁴⁸³.

Uma das desvantagens do experimentalismo é que ele também exige um grande envolvimento dos tribunais no processo de implementação das decisões e consome bastante tempo – bem extremamente escasso para as cortes –, tendo em vista as profundas mudanças pretendidas e a complexidade dos processos, que podem durar décadas.

Nessa linha de raciocínio, Charles Sabel e William Simon defendem que esse modelo requer mais envolvimento dos tribunais em alguns aspectos e um menor envolvimento em outros⁴⁸⁴.

O maior envolvimento decorreria do contínuo processo de participação e auto revisão das regras e dos objetivos estabelecidos, enquanto que o menor envolvimento ocorreria pelo fato de que a definição das regras a serem observadas durante o cumprimento ficariam à cargo dos participantes do processo, e não do poder judiciário⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1072.

⁴⁸² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1072.

⁴⁸³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1072.

⁴⁸⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1019-1020.

⁴⁸⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1019-1020.

Como consequência desse maior envolvimento das cortes na implementação das decisões, é possível que o experimentalismo também tenha um alto custo político para os tribunais, nos mesmos moldes em que já explicitado na seção anterior.

Outra crítica que se faz a esse modelo ocorre no processo de negociação. O experimentalismo valoriza e idealiza bastante o processo de participação multilateral e de negociação para a definição das medidas executivas.

No entanto, não leva em consideração o fato de que, em diversos casos, os participantes não possuem igualdade de condições na mesa de negociação, e nem apresenta uma solução ou proposta para essa desigualdade fática. Nesse sentido, pessoas que tiveram seus direitos violados nem sempre possuem o conhecimento, a disposição e o preparo adequado para negociar com os agentes públicos e propor medidas adequadas à realização de reformas institucionais que garantam a proteção e concretização de direitos fundamentais⁴⁸⁶.

Conforme bem destacado por Emily Chiang, os casos paradigmáticos de ações estruturais envolvem indivíduos submetidos a instituições que possuem fortes controles sobre bens jurídicos de primeira grandeza dessas pessoas, inclusive suficientes para produzir graves violações dos direitos desses indivíduos⁴⁸⁷.

Nos casos dos estudantes e presidiários, por exemplo, esses indivíduos se encontram em situação de desvantagem na mesa de negociações, visto que precisam obter a fruição de seus direitos no menor tempo possível e não possuem acesso a informações imprescindíveis a uma negociação em igualdade de condições com o poder público⁴⁸⁸.

Além disso, em diversos casos as partes em conflito se sentem incentivadas a omitir ou distorcer informações, como uma forma de obterem vantagens nos jogos de negociação e desenvolvimento do processo de implementação⁴⁸⁹.

Por esse motivo, os esforços dos juízes e tribunais para garantirem a transparência e o compartilhamento de informações entre os participantes revela-se uma medida imprescindível para a diminuição dessa assimetria de posições e de informações entre os participantes.

Deve-se questionar também se há influências do relativismo cultural dos nossos tempos sobre parte das premissas do experimentalismo democrático, em especial quando se delinea a provisoriade e permanente revisão dos resultados obtidos, que podem

⁴⁸⁶ CHIANG, Emily. **Reviving the declaratory judgement**: a new path to structural reform. *Buffalo Law Review*. V. 63. 2015. p. 589.

⁴⁸⁷ CHIANG, Emily. **Reviving the declaratory judgement**: a new path to structural reform. *Buffalo Law Review*. V. 63. 2015. p. 589.

⁴⁸⁸ CHIANG, Emily. **Reviving the declaratory judgement**: a new path to structural reform. *Buffalo Law Review*. V. 63. 2015. p. 589.

⁴⁸⁹ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 96.

eventualmente gerar efeitos adversos, como a indefinição das diretrizes básicas de determinada política pública, a perda de efeitos e resultados positivos em virtude da revisão dos parâmetros e alteração dos objetivos e um certo grau de irresponsabilidade, perda de interesse ou falta de engajamento na obtenção de boas soluções, duráveis e permanentes⁴⁹⁰.

Por outro lado, Sabel e Simon apontam algumas vantagens ou efeitos positivos que decorrem da utilização desses *destabilization rights*, em combinação com essa tendência ao experimentalismo, tanto no nível individual como no campo institucional e interinstitucional⁴⁹¹.

O primeiro efeito positivo é o *efeito do véu*, que remete ao famoso mecanismo utilizado na teoria de justiça do John Rawls, no fictício momento em que as pessoas vão firmar o contrato social e estabelecer os instrumentos de justiça distributiva, a fim de que os indivíduos tomem as decisões mais justas e imparciais possíveis⁴⁹².

Para os autores, no modelo defendido, o esforço para a obtenção de vantagens pessoais é obstado pelo fato de as partes não poderem contar com a prevalência de suas posições anteriores, uma vez que a completa abertura dessas instituições insuladas para grandes reformas estruturais, com contínuas revisões e reavaliações dos resultados, dificulta a realização de previsão sobre possíveis situações vantagens. Nesse sentido, as partes se sentem estimuladas a procurar soluções mais justas e equânimes⁴⁹³.

Com efeito, como as reformas realizadas através desse modelo são significativas e complexas, nenhum dos *players* pode antecipar e canalizar os reais resultados da reforma para si próprio, calculando as compensações, os recursos e a quantidade de satisfação e poder que irão obter, por exemplo⁴⁹⁴.

Por esse motivo, os participantes não terão estímulos a atuarem de forma egoísta, mas apenas para a realização das reformas necessárias à concretização dos direitos em disputa⁴⁹⁵.

O segundo é o efeito do *status quo*. Para os autores, a decisão que reconhece a violação de direitos e a necessidade de reformas estruturais inverte a natural presunção em

⁴⁹⁰ Sobre o relativismo cultural e totalizante, cf.: UBERTI, Luciane. **Estudos pós-estruturalistas: entre aporias e contra-sensos?** Educação e Realidade. V. 31. n° 2. 2006. p. 102-106.

⁴⁹¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1073-1074.

⁴⁹² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1075.

⁴⁹³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1074.

⁴⁹⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1053.

⁴⁹⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1074-1075.

favor da manutenção do *status quo*. Mesmo sem saber como o novo regime será, os participantes presumem que ele será diferente e isso possui consequências cognitivas, pois os atores envolvidos passam a pensar em alternativas até então não imaginadas, passando a pensar “fora da caixa”⁴⁹⁶.

O terceiro efeito é o *deliberativo*. A crescente abertura dos participantes a opções e alternativas faz com que eles tenham que debater e se engajar na defesa de modelos alternativos embasados em razões públicas, o que aumenta a quantidade e a qualidade do debate democrático empreendido⁴⁹⁷.

O quarto efeito é o da *publicização*. A prolação da decisão favorável aos demandantes vai atrair a atenção da opinião pública para os problemas apontados, com o aumento do controle social e de instrumentos de pressão difusos e específicos sobre os participantes do procedimento, em especial sobre os órgãos ou agentes públicos. Agentes públicos interessados nas reformas das instituições demandadas podem capitalizar esse apoio público. Outros que queriam evitar o assunto podem se sentir coagidos a se posicionarem e a tomarem medidas ou atitudes concretas⁴⁹⁸.

O quinto efeito é o *efeito sobre os participantes*. De fato, a prolação da decisão favorável aos autores vai empoderá-los em relação ao poder público, diminuindo a situação de desvantagem em virtude da não fruição de seus direitos fundamentais. Pode, ainda, gerar outros efeitos positivos para os demandantes, como o aumento de prestígio e a obtenção de mais recursos para a litigância estratégica⁴⁹⁹.

Do ponto de vista dos demandados, a condenação de práticas institucionais violadores de direitos fundamentais pode provocar mudanças na direção desses órgãos e a adoção espontânea de boas práticas institucionais⁵⁰⁰.

Outrossim, é possível que novos litigantes ou participantes se sintam estimulados pela decisão judicial favorável e passem a ajuizar novas ações contra outras situações lesivas ou então passem a integrar a ação originariamente julgada⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1075.

⁴⁹⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1076-1077.

⁴⁹⁸ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1077.

⁴⁹⁹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1077-1080.

⁵⁰⁰ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1077-1080.

⁵⁰¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1056.

O último efeito é o *efeito em teia ou em cadeia*, por meio da qual a realização de reformas estruturais em determinada instituição torna possível a modificação de outras práticas inconstitucionais realizadas por instituições que se relacionam com a primeira, possibilitando a obtenção de mudanças em sequência, o que é encarado por Sabel e Simon como algo positivo, ao contrário da percepção e da metáfora da teia de aranha de Lon Fuller, que encara esse efeito como um dos principais problemas na implementação de medidas estruturais⁵⁰².

4.1.4 Breve síntese sobre os modelos de implementação das decisões

Como visto, existem diversos modelos que podem ser utilizados para a implantação de decisões judiciais em ações estruturais, cada um com suas vantagens e desvantagens, sendo possível inclusive a combinação desses sistemas.

O que se tentou demonstrar, nessa parte do estudo, e que não há apenas um modelo exclusivo ou aprioristicamente definido para todas as ações estruturais. A complexidade do caso, o grau de reforma pretendido, o tempo disponível, a quantidade de partes envolvidas, a *expertise* técnica do assunto, são todas variáveis que vão influenciar na escolha do modelo de implementação a ser adotado.

Não há dúvidas que para os casos mais simples e menos complexos, é plenamente possível a adoção do modelo tradicional de ordens rígidas e fechadas, que possui maior aptidão para a produção de mudanças menos incisivas a curto prazo, que não dependam da aquiescência e participação do poder público.

Já para os casos mais complexos e para as reformas estruturais mais profundas, de médio a longo prazo, os modelos de ordens abertas e flexíveis e do experimentalismo democrático, ambos sujeitos ao monitoramento e envolvimento judicial em um ambiente de diálogo e negociação, são os mais adequados e compatíveis com os objetivos pretendidos.

4.2 **Técnicas de implementação**

Nessa segunda parte do trabalho, serão investigadas as técnicas de implementação das decisões mais comumente utilizadas nas ações estruturais. As técnicas de implementação das decisões são os instrumentos concretamente utilizados para a efetivação dos comandos

⁵⁰² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1080-1082.

decisórios. É importante destacar que essas técnicas de implementação das decisões são aplicadas dentro dos modelos analisados na seção anterior, surgindo a partir do conjunto de diretrizes e princípios que regem cada um dos sistemas analisados.

Para sistematizar o assunto e torna-lo mais acessível ao leitor, cada um desses instrumentos serão descritos de forma separada, em tópicos específicos.

4.2.1 Ordens judiciais coercitivas e sanções

O primeiro instrumento normalmente utilizado para a implementação das decisões judiciais, associado ao modelo de ordens rígidas e específicas, é a emissão de ordens judiciais a serem cumpridas de forma coercitiva pelas partes, com a imposição de sanções caso haja o descumprimento.

Essa técnica de implementação é típica do modelo tradicional de adjudicação⁵⁰³ e normalmente é bastante útil quando o juiz possui todas as informações necessárias à emissão de ordens executivas claras, objetivas e específicas, ou seja, quando não há uma assimetria de informações.

Apesar disso, e conforme já ressaltado, a emissão de ordens coercitivas pode surgir no contexto do insucesso das demais medidas implementadas com base na negociação e no acordo entre as partes.

A título de exemplo, no caso do *Treatment Action Campaign* (TAC), na África do Sul, em 2002, a emissão dessas ordens judiciais coercitivas e obrigatórias levou ao fornecimento de nevirapina a mulheres grávidas portadoras do vírus HIV, conforme já exposto nas seções anteriores desse trabalho, sendo esse caso um exemplo de sucesso na implementação de medidas efetivas em ações estruturais⁵⁰⁴.

Por outro lado, quando o órgão judicial não tiver todas as informações necessárias para a emissão das ordens executivas, quando a política pública objeto da ação for exercida em larga escala e com inúmeras variáveis, a utilização dessa técnica de implementação é perigosa. De fato, é possível que a ausência dessas informações, aliada à utilização de ordens rígidas e desproporcionais, leve a implantação de medidas que sejam excessivamente invasivas e de difícil ou impossível cumprimento, tais como as diversas determinações

⁵⁰³ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 47.

⁵⁰⁴ BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south**: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia. Cambridge University Press: New York, 2013. p. 70.

emitidas no caso *Jenkins vs. Missouri*, nos Estados Unidos, analisado na seção 2.1 desse trabalho⁵⁰⁵.

Em alguns casos, a formulação dessas ordens intrusivas e desproporcionais pode decorrer da adoção, de forma unilateral e não negociada, de parâmetros ideais propostos por organizações profissionais que tenham participado das ações estruturais. Nesses casos, essas normas podem não estar diretamente relacionadas com o direito constitucional violado, mas sim com a melhoria das condições de trabalho desses grupos e o aumento de suas influências ou autoridades sobre as instituições demandadas, o que representa um uso indevido ou equivocado desse instrumento⁵⁰⁶.

Como exemplo dessa situação, verificamos que no julgamento do caso *Wyatt v. Stickney*, no Alabama, exposto acima, foram incorporadas às ordens judiciais emitidas parâmetros técnicos prescritos pela Academia Nacional de Ciências que impuseram diversas exigências desproporcionais e excessivamente detalhadas, como a temperatura mínima e máxima do ambiente e da água, a proporção mínima de pacientes psiquiátricos por cada categoria profissional e uma carga horária de treinamento diário de seis horas para a reabilitação⁵⁰⁷, o que se mostrou inadequado e inclusive desconfortável para alguns pacientes mais graves.

No que toca às sanções, elas podem variar desde a imposição do pagamento de multas e aumento das custas do processo até medidas mais enérgicas, como a prisão, a destituição ou o afastamento das funções de agentes públicos desidiosos, com a nomeação de um administrador judicial em substituição, e o fechamento das instituições que descumpram ordens destinadas à realização de reformas estruturais⁵⁰⁸.

Para Colin Diver, a utilidade das sanções depende do grau de severidade e credibilidade dessas ameaças, ou seja, da gravidade da situação de desvantagem jurídica provocada pela sanção e da confiança da pessoa sobre a qual ela incidirá quanto à utilização desse instrumento⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ Colin Diver faz a mesma advertência em relação à definição de parâmetros judiciais. O raciocínio do autor se aplica, na íntegra, ao presente caso. Cf. DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions.** *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 81.

⁵⁰⁶ O raciocínio de Colin Diver sobre a definição de parâmetros judiciais se aplica inteiramente à situação vislumbrada. Cf. DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions.** *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 81.

⁵⁰⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** *Harvard Law Review*. 117. February, 2004. p. 1031.

⁵⁰⁸ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions.** *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 100.

⁵⁰⁹ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions.** *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 100.

Nesse sentido, o autor destaca o dilema estratégico enfrentado pelos juízes no que toca à utilização das sanções, que é saber quando e como usar a ameaça como instrumento para induzir determinado comportamento⁵¹⁰.

O juiz deve aparentar estar comprometido a levar a ameaça adiante, caso o outro *player* não adote o comportamento exigido. Por outro lado, ele deverá manter o máximo de flexibilidade possível na aplicação da sanção, a fim de evitar ações excessivamente danosas caso o outro jogador não adote a conduta esperada⁵¹¹.

É por esses motivos que, segundo o autor, os tribunais evitam realizar ameaças que os levem a adotar ações extremas no futuro, com perda de credibilidade no caso de não cumprimento das sanções. Segundo Diver, nos Estados Unidos, a maioria das cortes opta, nas ações estruturais, apenas pela sanção de elevação dos custos do processo com o pagamento de honorários advocatícios⁵¹².

De fato, a sanção funciona melhor como instrumento de pressão psicológica, pela possibilidade de sua incidência, do que como efetivo instrumento de implementação da decisão. Por exemplo, no que toca a prisão, destituição ou afastamento de agentes públicos, com a nomeação de um administrador judicial no lugar dessas pessoas, é importante destacar que na maioria dos casos esses agentes públicos são indispensáveis ao processo de contínua e progressiva implantação das decisões proferidas em ações estruturais pelos conhecimentos que possuem sobre o funcionamento das instituições demandadas⁵¹³.

Destarte, o afastamento desses agentes pode comprometer o complexo processo de implementação das decisões, além de constituir um desestímulo para que outros funcionários ou administradores judiciais assumam essas funções, por internalizarem o risco e a permanente ameaça de sofrimento de idênticas reprimendas⁵¹⁴.

Isso tudo leva a crer que a aplicação dessas medidas extremas deve ser deixada para o último caso, apenas quando houver o insucesso de todas as demais medidas e técnicas de implementação e restar caracterizada a evidente atuação desidiosa e de má-fé dos agentes públicos envolvidos.

⁵¹⁰ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 102.

⁵¹¹ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 102.

⁵¹² DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 100.

⁵¹³ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 100.

⁵¹⁴ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 100.

Em relação ao fechamento das instituições, essa medida revela-se contrária ao próprio objetivo das ações estruturais, que visam a melhoria da *performance* da burocracia estatal e a proteção de direitos fundamentais, o que torna essa medida, desde já, altamente não recomendável enquanto instrumento de repressão ou violência pelo não atendimento aos parâmetros judicialmente estabelecidos.

Colin Diver compartilha dessa opinião, defendendo inclusive que o fechamento total de uma instituição é uma opção surreal, pelas graves consequências e distorções que produz, razão pela qual os tribunais jamais ousaram adotar medida dessa magnitude⁵¹⁵.

O autor ainda defende que se o fechamento de determinado prédio ou a proibição de novas entradas em prisões superlotadas, por exemplo, acarretar a redistribuição dos detentos para outras unidades em condições igualmente deploráveis, há a natural perda da utilidade e da força coercitiva dessa medida⁵¹⁶.

Contudo, em casos excepcionais, quando as condições de instalação de determinado prédio ou equipamento público forem absolutamente lesivas aos direitos fundamentais das pessoas que ali se encontram e o poder público já tenha descumprido todas as demais medidas executivas determinadas judicialmente, entende-se que é possível a determinação de fechamento seletivo de determinada instituição, com a liberação ou a redistribuição das pessoas que ali se encontram.

Imagine-se a situação de presidiários confinados em uma unidade prisional absolutamente inadequada, com problemas de ventilação, altas temperatura, irregular fornecimento de água e falta de coleta de esgoto, alimentação inadequada e instalações físicas deficitárias, com paredes com rachaduras e fios desencapados que saem dos tetos e colocam em risco a vida daqueles indivíduos, – a situação corriqueira dos presídios do Brasil –, diga-se de passagem.

Se mesmo após uma decisão judicial favorável que determine ao poder público a adoção de providências imediatas e urgentes para a superação daquela situação, o poder público se mantém inerte, entende-se que não deve o judiciário admitir a manutenção do *status quo*.

Nesse caso, é possível a determinação do fechamento judicial daquela instituição, com a imposição de medidas alternativas, como a liberação dos presos provisórios ou condenados por crimes menos graves, e a redistribuição dos presos mais graves para outras unidades.

⁵¹⁵ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 101.

⁵¹⁶ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 101.

4.2.2 Acordos e planos de implementação

A segunda técnica comumente utilizada em ações estruturais são os acordos judiciais ou extrajudiciais formulados pelas partes para a implementação de medidas que busquem otimizar a atuação do demandado e proteger os direitos dos demandantes.

Para Colin Diver, os acordos são vantajosos na medida em que economizam os já escassos recursos judiciais e possuem um alto grau de efetividade, visto que decorrem da aquiescência das partes⁵¹⁷.

Nos casos específicos das ações estruturais, essas vantagens são potencializadas pelo fato de esses casos exigirem um alto consumo de recursos judiciais, como o tempo e a participação das cortes, tanto na fase de julgamento da ação como no amplo e extenso processo de supervisão judicial de implementação das medidas executivas⁵¹⁸.

Portanto, a realização de acordos nesses processos complexos retira do juiz a difícil tarefa de coordenar a reestruturação, em detalhes, do desenho institucional dos órgãos públicos envolvidos, reduzindo o grau de participação e envolvimento judicial em questões técnicas e complexas⁵¹⁹.

A realização de acordos também é positiva no sentido de que incentiva os participantes do processo de implementação a cooperarem entre si, em especial em relação aos interesses que possuem em comum na reestruturação da instituição⁵²⁰, apresentando, de forma honesta e voluntária, suas posições sobre os assuntos em pauta e compartilhando as informações que possuem⁵²¹.

Conforme corretamente observado por Diver, ao aplicarmos a teoria dos jogos a esse processo de implementação das decisões em ações estruturais, podemos constatar que esse processo não se enquadra, em todas as hipóteses, no conceito de conflito puro, de jogo do tipo “soma zero”, no qual sempre que um jogador ganha o outro tem que perder⁵²².

⁵¹⁷ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 78.

⁵¹⁸ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 78.

⁵¹⁹ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 78.

⁵²⁰ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 96.

⁵²¹ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 96.

⁵²² DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 96. A teoria dos jogos foi criada por matemáticos para o estudo de

De fato, o processo de implementação das decisões em ações estruturais envolve diversos participantes e, por isso, pode ser enquadrado no conceito de jogo *multiplayer*, *mixed-motive* ou *bargaining game* (jogo de negociação), no qual o interesse de algum ou de todos os participantes, em determinados casos, são idênticos e se sobrepõem⁵²³.

Certamente, a total reestruturação institucional do poder público por meio de acordos é algo que não ocorrerá em todos os casos, tendo em vista que em relação a determinadas questões, diferenças irreconciliáveis surgirão, sejam por divergências ideológicas, filosóficas, política, corporativas ou até mesmo institucionais⁵²⁴.

No surgimento desses impasses, o juiz deverá decidir sobre esses pontos controvertidos, fortalecendo a posição daquele participante que apresentar a proposta mais compatível com o direito fundamental e as variáveis institucionais envolvidas⁵²⁵.

Para essas situações de conflito, os *players* sentem-se incentivados a omitir ou distorcer as informações sobre suas posições ou sobre questões institucionais importantes. Nesses casos, o juiz também deverá intervir através de ordens coercitivas para que os participantes informem suas posições sobre aquelas questões e apresentem as informações que dispõem para a resolução da controvérsia, desestruturando esses aspectos do conflito que constituem óbices ao prosseguimento do processo de implementação⁵²⁶.

É importante, ainda, que os tribunais analisem com cuidado as medidas definidas a partir de acordos entre as partes, uma vez que nem sempre o consenso significa ou equivale a

situações estratégicas onde os envolvidos realizam suas escolhas racionais nas interações com os demais jogadores a partir das regras pré-estabelecidas e da antecipação do comportamento dos demais *players*, com o objetivo de maximizar o seu retorno ou a sua vantagem. Ela busca analisar o comportamento humano nas relações sociais, em ambientes como as relações de troca que ocorrem no mercado ou em situações de guerra. Essa teoria vem sendo desenvolvida e aplicada a outros ramos como a Economia, as Ciências Políticas, Ciências Militares, Ciências da Computação, Cibernética, Jornalismo e Direito. Um dos trabalhos mais relevantes sobre o assunto é o livro *Theory of Games and Economic Behavior*, de John Von Neumann e Oskar Morgenstern. Os autores descrevem os diversos tipos de jogos existentes, como os jogos competitivos, jogos cooperativos, jogos de soma zero entre duas pessoas e entre várias pessoas, jogos simples, dentre outros. Delimitam ainda o conceito de jogo, jogada ou movimento, estratégia, sinalização, entre outros conceitos importantes. Sobre o assunto, cf.: NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of Games and Economic Behavior**. 3. ed. Princeton University Press: 1953. p. 8-15; 46-55.

⁵²³ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 96.

⁵²⁴ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 79.

⁵²⁵ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 79.

⁵²⁶ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 96.

um resultado justo para todos os interesses envolvidos, em especial para os interesses dos verdadeiros titulares dos direitos fundamentais violados⁵²⁷.

Outra técnica de implementação das decisões normalmente envolvida em negociações a na adoção de acordos judiciais ou extrajudiciais é a elaboração de amplos planos sobre os mais diversos pontos necessários à resolução de litígio, com o estabelecimento de todas as medidas que serão adotadas, os prazos para a implementação e um cronograma realista⁵²⁸.

A adoção desse instrumento tem a vantagem de permitir a exploração de toda *expertise* e capacidade institucional do poder público, uma vez que normalmente os tribunais concedem um prazo para que o demandado apresente esse plano geral de implementação⁵²⁹.

Por outro lado, uma das críticas que se faz a esse instrumento é que ele confere nova oportunidade para que o poder público retarde, ainda mais, a reestruturação da política pública e a efetivação dos direitos dos indivíduos, tendo em vista o tempo necessário à apresentação e definição desse plano. Questiona-se, ainda, se seria adequado atribuir ao próprio ofensor a função de elaborar medidas necessárias à eliminação das violações aos direitos das vítimas⁵³⁰.

O fato é que o plano apresentado pelo órgão público demandado normalmente não é aprovado tal qual submetido, uma vez que os autores da ação, os *amici curiae*, todos os demais participantes do processo de implementação e o próprio órgão judicial realizam a análise cuidadosa desses projetos, propondo modificações e alterações que são incorporadas⁵³¹.

Por esse motivo, entende-se que o plano inicialmente apresentado pelo poder público é apenas “o ponto inicial de um processo aberto de diálogo e negociação, cujo resultado diferirá significativamente do conteúdo do plano inicial”⁵³².

Sem sombra de dúvidas, o poder público possui uma vantagem inicial ao preparar o plano que será objeto de discussão, uma vez que delimitará as questões que serão objeto de debate, estabelecendo a agenda para futuras discussões⁵³³.

⁵²⁷ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation**. Columbia Law Review. V. 78. p. 812.

⁵²⁸ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions**. Virginia Law Review. V. 65. 1979. p. 82.

⁵²⁹ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions**. Virginia Law Review. V. 65. 1979. p. 83.

⁵³⁰ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions**. Virginia Law Review. V. 65. 1979. p. 82.

⁵³¹ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions**. Virginia Law Review. V. 65. 1979. p. 83.

⁵³² DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions**. Virginia Law Review. V. 65. 1979. p. 83.

Nesse sentido, ideias ou itens não abordados no plano inicial são normalmente deslocadas para o final da agenda de discussões e, quando discutidos, não os serão com a mesma intensidade e centralidade dos assuntos originariamente abordados, ocupando uma posição periférica⁵³⁴.

Isso demonstra a importância da arquitetura institucional do plano a ser implementado e a atenção que deve ser dada pelos participantes e pelo órgão judicial na elaboração do esboço inicial, haja vista o impacto que terá no resultado final⁵³⁵.

Ainda há a possibilidade de rejeição completa do plano apresentado pelo poder público, com a elaboração de um plano integralmente novo, a partir de um esboço formulado pelas partes ou por um *expert* apontado pelo Juízo.

Foi isso que aconteceu no caso *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, no qual o tribunal conferiu diversas oportunidades para que os demandados apresentassem um plano de dessegregação racial. Considerando a inércia e a inadequação dos planos apresentados, o tribunal resolveu nomear um perito que elaborou um plano judicial com propostas aceitáveis, de acordo com os interesses dos autores da ação⁵³⁶.

Apesar de todas as críticas e controvérsias, entende-se ser de maior valia a elaboração de um plano contendo todos os aspectos da reforma institucional a ser realizada e um cronograma ou planejamento realista de implementação, por todas as razões já elencadas nessa seção e, principalmente, por delimitar o debate deliberativo entre os participantes e estabelecer uma agenda de discussões clara, com resultados previsíveis e esperados.

Além disso, a definição clara de parâmetros e indicadores precisos, tal como será estudado a seguir, restringe a discricionariedade administrativa e favorece o sucesso da utilização dos planos de implementação.

4.2.3 A definição de parâmetros e indicadores

A definição de parâmetros claros e de indicadores que demonstrem o nível de fruição de direitos são instrumentos importantes que norteiam as reformulações a serem realizadas, indicando o caminho percorrido e aquele que ainda se deve percorrer.

⁵³³ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 83.

⁵³⁴ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 84.

⁵³⁵ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. V. 65. 1979. p. 84.

⁵³⁶ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation**. *Columbia Law Review*. V. 78. p. 799-800.

É importante destacar, em primeiro lugar, que esses parâmetros devem refletir os objetivos a serem atingidos, uma vez que essa é a principal característica e preocupação central dessa nova forma de adjudicação constitucional da tutela estrutural, em comparação com o modelo tradicional de litigância⁵³⁷.

Acresça-se que a definição desses parâmetros reduz a discricionariedade administrativa na eleição dos meios e das metas a serem atingidas, possibilitando um controle judicial mais forte, proporcional à quantidade e qualidade desses parâmetros.

Os parâmetros de *performance* administrativa podem ser mais ou menos específicos, sendo relevante o alerta de que, em caso de imposição judicial desses parâmetros, a excessiva especificidade na declaração desses *standards* podem obstar a implementação desses padrões por dificuldades técnicas, criando resistência por parte dos órgãos públicos em virtude do alto grau de interferência em questões administrativas e da impossibilidade prática de atendimento a exigências muito rigorosas⁵³⁸.

Portanto, aplica-se a essa técnica de implementação as advertências já formuladas quando da análise das ordens rígidas e específicas, em especial no que toca ao perigo de adoção, de forma unilateral e não negociada, de *standards* propostos por organizações profissionais que participem do processo de implementação e que possuam interesses que vão além da concretização dos direitos fundamentais em jogo, interesses como a melhoria das condições de trabalho desses grupos e o aumento de suas influências ou autoridades sobre as instituições demandadas⁵³⁹.

No que toca aos indicadores, Owen Fiss destaca que essa técnica de implementação passou a ser bastante adotada no período de 1964 a 1974 nos Estados Unidos, em ações envolvendo a discriminação racial. Para ele, os indicadores e as estatísticas passaram a ser utilizados, a partir de então, enquanto instrumentos de legitimação e aferição do cumprimento das decisões⁵⁴⁰.

A utilização dessa técnica de implementação encontrou grande aceitação nas declarações do estado de coisas inconstitucional, na Colômbia. De fato, no julgamento do caso do deslocamento forçado de pessoas, o Tribunal Constitucional da Colômbia entendeu

⁵³⁷ FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice.** Harvard Law Review. V. 93. Nº 1. 1979. p. 24. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1019.

⁵³⁸ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions.** Virginia Law Review. V. 65. 1979. p. 81.

⁵³⁹ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions.** Virginia Law Review. V. 65. 1979. p. 82.

⁵⁴⁰ FISS, Owen. **The fate of an idea whose time has come: antidiscrimination law in the second decade after Brown v. Board of Education.** University of Chicago Law Review. V. 41. nº 742. 1973-1974. p. 761

que um dos maiores problemas da política pública de atendimento a essas pessoas era a falta de mecanismos que auxiliassem a avaliação do cumprimento, pelas entidades responsáveis, das obrigações contidas na lei e estabelecidas pelas políticas públicas⁵⁴¹.

Isso significa, em outras palavras, que o governo e as demais entidades responsáveis pelo atendimento, estabilização e retorno dessas pessoas não tinham sequer informações suficientes para avaliar o grau de sucesso e desempenho das políticas públicas de proteção das vítimas dos deslocamentos.

Esse motivo levou a corte a coordenar, em 2007 e 2008, o processo de criação de amplos e completos indicadores com a participação do governo central e da sociedade civil. O objetivo desses indicadores era avaliar o avanço, a estagnação ou retrocesso de cada uma das entidades constantes do Sistema Nacional de Atenção Integral à População Deslocada (SNAIPD) no cumprimento de suas funções, bem como a fruição efetiva dos direitos pela população deslocada⁵⁴².

Segundo o relator do processo, Juiz Manuel José Cepeda-Espinoza, a obrigação do governo seria a de *“mostrar quantas pessoas deslocadas estão sendo protegidas na prática e nesse exato momento, e como essa proteção dos direitos melhorou ou aumentou no decorrer do tempo em virtude do cumprimento das ordens ditadas pela Corte a partir da sentença T-025”*⁵⁴³.

Após intenso debate, chegou-se ao número de 20 itens a partir das propostas do governo, da comissão de acompanhamento e do próprio tribunal⁵⁴⁴. Esses 20 itens são constituídos de 17 direitos e 3 critérios de enfoque diferencial por gênero, idade e identidade étnica. Dentro desses 20 itens, existem mais de 100 indicadores de resultados analisados para medir o avanço das políticas públicas⁵⁴⁵.

Deve-se acentuar que a criação desses indicadores representou um interessante momento de aprendizagem por parte do tribunal constitucional. Conforme o relato de César

⁵⁴¹ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 216.

⁵⁴² RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 217.

⁵⁴³ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 217.

⁵⁴⁴ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 228.

⁵⁴⁵ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 219-245.

Rodríguez e Diana Franco, no início desse processo, a corte não participou dos debates, sob a alegação de que se tratava de matéria técnica a ser discutida pelos especialistas do governo e da sociedade civil. Sem embargo, anos depois o tribunal passou a discutir, em igualdade de condições com esses demais agentes, as propostas de criação dos indicadores, tendo apresentado propostas próprias que foram incorporadas ao resultado final⁵⁴⁶.

Os 20 itens que passaram a ser utilizados são os seguintes: vida, integridade pessoal, liberdade, moradia, saúde, educação, alimentação, geração de recursos, identidade, estabilização social e econômica, prevenção do deslocamento, retorno, subsistência, reunificação familiar, segurança pessoal, participação, verdade, justiça, reparação e não repetição e direitos das crianças, adolescentes, dos indígenas e das comunidades afrocolombianas⁵⁴⁷.

Em cada um desses itens, há a divisão em três categorias. A primeira categoria é a dos índices de gozo efetivo dos direitos, desenhados para avaliar, em cada lar, o impacto da política pública setorial, com unidade de medida binária cujos valores são “sim” ou “não”, a partir da resposta da pessoa ou família sobre o cumprimento do critério para cada um desses direitos⁵⁴⁸.

A segunda categoria é composta pelos indicadores complementares, que possibilitam avaliar o avanço geral, retrocesso ou estagnação da política pública em relação a cada indicador do gozo efetivo de direitos⁵⁴⁹.

Por último, tem-se os indicadores setoriais, que são instrumentos de medição que revelam informações sobre os resultados obtidos por cada entidade em relação a essas ações específicas⁵⁵⁰.

A criação desses indicadores representou um importante giro na forma de avaliação das políticas públicas, que passaram a ser avaliadas pelo nível de satisfação dos direitos humanos. De acordo com a avaliação do então diretor da Consultoria para Direitos Humanos

⁵⁴⁶ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 228.

⁵⁴⁷ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 219-245.

⁵⁴⁸ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 218.

⁵⁴⁹ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 219.

⁵⁵⁰ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 219.

e Deslocamento, foi a primeira vez que o Estado colombiano passou a avaliar uma política pública sob o referencial da fruição efetiva de direitos, com um instrumental de verificação e todo um processo de acompanhamento participativo⁵⁵¹.

Além disso, a criação desses indicadores permitiu a avaliação da política de atendimento às vítimas de deslocamentos forçados a partir dos resultados concretos, e não sob a ótica burocrática de processos ou de atividades-meio⁵⁵².

O resultado final foi a criação de um sofisticado mecanismo de acompanhamento das políticas públicas que serve como código e referencial comum a todos os atores envolvidos nesse caso⁵⁵³.

Esses indicadores constituem ainda uma das principais bases de dados para a coleta de informações sistemáticas sobre as populações deslocadas. A título de exemplo, por solicitação do tribunal, a comissão de acompanhamento realizou, em 2007 e 2008, o monitoramento da melhoria das condições das vítimas de deslocamentos forçados, tendo utilizado os indicadores de gozo efetivo dos direitos como principal instrumento para a coleta e organização dos dados⁵⁵⁴.

Portanto, a definição de *standards* de performance e a criação de indicadores e de dados estatísticos constituem ferramentas importantíssimas para a avaliação do cumprimento das decisões em ações estruturais e para auxiliar a tomada de novas decisões e de novos rumos na reestruturação das políticas públicas.

4.2.4 Audiências públicas e decisões de seguimento

As audiências públicas realizadas durante o processo de implementação e as decisões de seguimento constituem espaços diretos de diálogo com os tribunais, através dos quais promove-se uma avaliação substantiva do trabalho realizado para a implantação das ordens

⁵⁵¹ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 217.

⁵⁵² RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 217.

⁵⁵³ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 229.

⁵⁵⁴ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 245.

emitidas pelos tribunais, com a possibilidade de revisão e adequação das ordens e medidas anteriormente definidas⁵⁵⁵.

Essas audiências permitem a participação de diversos atores distintos, como entidades estatais, organizações não governamentais e outras espécies de associações e fundações, que podem contribuir com a apresentação de informações e conceitos técnicos indispensáveis à avaliação e revisão dos resultados obtidos⁵⁵⁶.

Trata-se, portanto, de um momento deliberativo e democrático importante, no qual o poder público tem a oportunidade de realizar a prestação de contas no que toca às reformas estruturais realizadas e à melhoria da política pública envolvida, com a discussão dos resultados e a avaliação dos obstáculos que devem ser enfrentados e superados para a contínua e gradual implementação das decisões nas ações estruturais⁵⁵⁷.

No caso do deslocamento forçado de pessoas na Colômbia, as audiências públicas foram reconhecidas como um importante instrumento de modulação do desenho e de avaliação da política pública na fase de implementação, tendo contribuído para a inclusão de atores nacionais e internacionais no processo de monitoramento, aumentando a publicidade e transparência desse processo⁵⁵⁸.

Nessas audiências, criou-se um ambiente mais aberto de livre discussão entre os participantes, no qual a Corte Constitucional afastou-se um pouco do seu papel de juiz para incorporar a função de um garantidor de direitos que opina em um cenário de livre discussão⁵⁵⁹. É importante ressaltar que esses intensos debates realizados durante a fase de implementação serviram inclusive para conferir maior legitimidade às decisões tomadas nessa ação⁵⁶⁰.

⁵⁵⁵ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 172-173.

⁵⁵⁶ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 173.

⁵⁵⁷ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 173.

⁵⁵⁸ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 174.

⁵⁵⁹ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 175

⁵⁶⁰ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 175

No que toca às decisões de seguimento, a Corte Constitucional colombiana proferiu 84 decisões dessa natureza no período de 2004 a 2010⁵⁶¹, muita das quais foram responsáveis pela solicitação de dados ou informações necessárias à reavaliação das medidas executivas, pelo agendamento de audiências públicas, comunicação de informações relevantes, dentre outras⁵⁶².

A título de exemplo, no Auto 068/2008, a Corte Constitucional proferiu decisão convidando as entidades acadêmicas e organizações especializadas para apresentarem propostas sobre as áreas mais críticas e complexas de atenção à população deslocada, o que foi imprescindível para a consolidação de novas propostas e projetos sobre esse assunto⁵⁶³.

Diversas outras decisões proferidas durante o processo de monitoramento também buscaram incluir as vítimas do deslocamento forçado no debate realizado sobre as melhorias a serem realizadas para o atendimento e proteção dos direitos dessas pessoas⁵⁶⁴.

Tudo isso demonstra como as audiências públicas e atos de seguimento podem funcionar enquanto instrumentos de democracia deliberativa e debate, prestação de contas e reavaliação das políticas públicas, com a inclusão de diversos setores sociais e das próprias vítimas das violações de direitos nesse debate democrático, inclusive para possibilitar a realização dos ajustes necessários durante o processo de monitoramento e supervisão judicial.

4.2.5 Nomeação de *masters*, monitores, mediadores, administradores e comissões de acompanhamento

No processo de implementação das decisões, os tribunais podem se valer da ajuda de terceiros que não integram a lide para a apresentação de propostas de implementação que envolvam conhecimentos técnicos, para o acompanhamento, *in loco*, das medidas executivas implementadas ou para a resolução de pequenas divergências surgidas no decorrer desse processo.

⁵⁶¹ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 172.

⁵⁶² RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 172.

⁵⁶³ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 172. Nota de rodapé nº 1.

⁵⁶⁴ RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 188.

Advirta-se que a nomeação desses *experts* para prestarem auxílio às cortes não se confunde com a sanção de destituição de agentes públicos estudada acima. Nesse caso, os peritos buscam auxiliar o tribunal e o próprio poder público na definição das medidas executivas e na implementação dessas ordens, somente assumindo as funções dos agentes públicos demandados nos casos mais graves de absoluto bloqueio institucional. Já a sanção de destituição funciona precipuamente sob a ótica do mecanismo de coerção e ameaça.

A nomeação desses *experts* supre a necessidade do envolvimento judicial no processo de implementação, em especial nos casos em que o órgão judicial não possui os conhecimentos técnicos necessários à avaliação das medidas executivas e dos resultados obtidos, proporcionando um evidente ganho em termos de capacidade institucional⁵⁶⁵.

De acordo com Colin Diver, esses *experts* podem desempenhar diversas funções no processo de implementação, como a verificação do cumprimento da decisão, a mediação de disputas, celebração de acordos e resolução de pequenas divergências⁵⁶⁶.

Para o autor, a nomeação desses terceiros para o exercício dessas funções tem a vantagem de permitir um menor envolvimento dos juízes com a causa, preservando a imagem do órgão judicial enquanto agente independente e não envolvido pessoalmente com o processo, que atua da forma mais objetiva possível, condição imprescindível para a manutenção do mínimo de legitimidade judicial e obtenção de apoio popular⁵⁶⁷.

Além disso, a indicação desses auxiliares permite a economia de um recurso judicial escasso – o tempo dos juízes.

Nessas ações estruturais, a função dos mestres ou *experts* judiciais vão além das funções exercidas no processo tradicional, no qual a atribuição desse terceiro se limitava à verificação de questões de fato dependentes de conhecimento técnico⁵⁶⁸.

De fato, nas ações estruturais os mestres e *experts* auxiliam o tribunal na elaboração do remédio adequado para cada caso, sendo inclusive responsáveis pela criação dos planos judiciais implementados pelas cortes, tal como ocorreu no caso *Swann v. Charlotte-Meckelburg Board of Education*⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 805-809.

⁵⁶⁶ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers:** superintending structural change in public institutions. Virginia Law Review. V. 65. 1979. p. 105.

⁵⁶⁷ DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers:** superintending structural change in public institutions. Virginia Law Review. V. 65. 1979. p. 105.

⁵⁶⁸ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 805.

⁵⁶⁹ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 799-800.

É importante ressaltar, no entanto, que esses *experts* fazem apenas recomendações judiciais, que podem ser acatadas ou não pelas cortes. Ou seja, o poder de decisão remanesce e continua, em última instância, com o órgão judicial, que pode livremente rejeitar ou alterar as recomendações do *expert*⁵⁷⁰.

Nos Estados Unidos, existem diversas figuras distintas que são nomeadas pelos tribunais para exercerem essas funções de terceiros auxiliares dos tribunais. Considerando que a distinção entre essas figuras pode ser útil sob uma perspectiva propositiva, a fim de se idealizar as diversas formas de participação desses terceiros nas ações estruturais, será feita, abaixo, uma breve descrição e distinção entre elas.

Os *masters* ou mestres são os *experts* judiciais incumbidos da tarefa de coletar informações e apresentar propostas ou recomendações. Esses agentes se reportam às cortes e podem, quando solicitados, avaliar questões de fato ou o sobre o cumprimento das normas. Na fase de implementação das decisões, o principal papel dos *masters* é auxiliar o tribunal a formular as reformas substanciais, ao invés de implementá-las. Contudo, alguns *masters* continuam exercendo suas funções no processo de implementação, assumindo novas atribuições sem a perda de suas qualificações⁵⁷¹.

Os *monitores* têm a tarefa de informar ao tribunal sobre o cumprimento das decisões judiciais pelos órgãos públicos, bem como sobre os resultados obtidos⁵⁷². Trata-se de uma função normalmente atribuída aos autores da ação e, quando assumida por eles, deve ser exercida de modo que os tribunais recebam essas informações de forma confiável, sem quaisquer distorções⁵⁷³.

O uso de monitores é adequado para os casos de medidas complexas, quando existem dificuldades na medição do cumprimento das decisões ou quando existem restrições na avaliação das condutas adotadas pela instituição⁵⁷⁴.

Portanto, se as medidas de implementação abrangem diversas instituições e são complexas, se os padrões para implementação não são tão claros ou se o órgão público

⁵⁷⁰ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. n° 784. 1978. p. 806-807.

⁵⁷¹ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. n° 784. 1978. p. 828.

⁵⁷² COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. p. 828.

⁵⁷³ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. n° 784. 1978. p. 828.

⁵⁷⁴ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. n° 784. 1978. p. 828.

demandado é uma instituição fechada, como uma prisão ou um hospital psiquiátrico, a utilização desses auxiliares pode ser adequada e indicada⁵⁷⁵.

O *mediador* atua por delegação dos tribunais e tem a função de exercer uma atividade mais direta na implementação do julgado. De fato, a responsabilidade principal desses intermediários é resolver as disputas existentes sobre o significado das ordens executivas e *standards* de cumprimento, bem como sobre questões envolvendo o ritmo e o processo de implementação⁵⁷⁶.

Ao atuarem dessa forma, esses auxiliares economizam tempo e demais recursos judiciais, diminuindo os encargos que são impostos aos tribunais no contínuo e gradual processo de implantação das medidas executivas⁵⁷⁷.

Em diversos casos de dessegregação racial nos Estados Unidos, os tribunais criaram comitês com funções de mediação responsáveis pelo conhecimento de todas as divergências surgidas entre as partes sobre a implementação do plano de dessegregação. Nesses casos, as cortes sequer apreciavam uma questão que não tivesse sido submetida previamente aos mediadores⁵⁷⁸.

O *administrador*, por sua vez, é o terceiro incumbido de implementar a ordem do tribunal por conta própria, sendo que a utilização dessa figura ocorre em casos mais complexos e de difícil acompanhamento, como no caso da análise concreta de centenas de casos individuais no âmbito das tutelas estruturais ou da implantação de ordens complexas e abrangentes como nas reformas dos presídios e hospitais psiquiátricos⁵⁷⁹.

A figura do administrador também pode ser utilizada em casos de descumprimento das ordens anteriores pelo poder público⁵⁸⁰. Trata-se de uma técnica extremamente intrusiva e invasiva, razão pela qual não deve ser banalizada, aplicando-se somente aos estritos casos em que for necessário⁵⁸¹.

⁵⁷⁵ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 828.

⁵⁷⁶ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 830.

⁵⁷⁷ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 830.

⁵⁷⁸ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 830.

⁵⁷⁹ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. p. 831-832.

⁵⁸⁰ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 832.

⁵⁸¹ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation.** Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 832.

O administrador nomeado pode ser tanto um único indivíduo como um comitê, sendo que no primeiro caso tem-se a vantagem da adoção de soluções mais rápidas e efetivas, enquanto que na segunda hipótese privilegia-se a nomeação de diversos *experts* que melhor representem o interesse de todas as partes e de outros grupos afetados pela decisão⁵⁸².

A desvantagem do modelo de administração mediante comitê é a possibilidade do surgimento de divergências dentro da própria comissão, com prejuízos para a rapidez e efetividade na implementação das ordens estruturais⁵⁸³.

O administrador substitui apenas parcialmente as funções do agente público responsável pela instituição. Quando há o afastamento total do agente público do cargo que ocupa, a doutrina norte-americana denomina de *receiver* a função do auxiliar do juízo nomeado para exercer a integralidade das atribuições do agente público⁵⁸⁴.

Na Colômbia e na Índia, a Corte Constitucional e Suprema Corte daqueles países passaram a adotar a prática de nomearem, em determinados casos, uma comissão de acompanhamento e comissões sóciojurídicas responsáveis por acompanhar a fase de implementação das decisões. No caso específico da Índia, essas comissões sóciojurídicas foram incumbidas de realizar inspeções em determinados lugares, coletar informações e evidências e efetuar constantes monitoramentos de questões importantes para a resolução dos casos judiciais⁵⁸⁵.

Essas comissões foram inicialmente formadas por ativistas sociais, professores, pesquisadores, técnicos do governos e agentes do poder judiciário que juntos realizavam essas tarefas de acompanhamento e investigação⁵⁸⁶.

As funções exercidas por essas comissões eram tradicionalmente exercidas pelo governo e, por isso, a criação desses órgãos foi festejada como grande exemplo de concretização do direito de acesso à justiça, de efetividade da jurisdição e de participação de

⁵⁸² COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation**. Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 833.

⁵⁸³ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation**. Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 833.

⁵⁸⁴ COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation**. Columbia Law Review. V. 78. nº 784. 1978. p. 835.

⁵⁸⁵ GURUSWAMY, Menaka; ASPATWAR, Bipin. Access to justice in India: The jurisprudence (and self-perception) of the Supreme Court. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press. 2013. p. 351.

⁵⁸⁶ GURUSWAMY, Menaka; ASPATWAR, Bipin. Access to justice in India: The jurisprudence (and self-perception) of the Supreme Court. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press. 2013. p. 351.

setores da sociedade na resolução dessas grandes e complexas questões discutidas nas ações estruturais⁵⁸⁷.

Em síntese, a nomeação de terceiros auxiliares é um importante instrumento de apoio e auxílio aos tribunais que permite a delegação de algumas atividades, com ganho de tempo e aumento da capacidade institucional do judiciário, além da manutenção de certa independência e objetividade que é imprescindível para a manutenção do apoio à atuação dos tribunais nas ações estruturais.

4.2.6 O ajuizamento de novas ações

O ajuizamento de novas ações com base nas decisões proferidas nas ações estruturais também constitui uma importante técnica de proteção e concretização dos direitos fundamentais discutidos nas ações estruturais. Essas ações podem objetivar tanto a imposição de novas medidas destinadas ao cumprimento da decisão como a obtenção de indenizações pelas violações dos direitos e o não cumprimento das ordens e determinações contidas na ação principal. Além disso, pode-se buscar a superação de outras falhas ou desarranjos institucionais que não foram discutidos nas ações anteriores.

É importante destacarmos que, à primeira vista, o ajuizamento de uma nova ação questionando o descumprimento do julgado ou a obtenção de indenizações não se parece com o tipo de tutela normalmente associada com as ações estruturais.

Nesse sentido, para Owen Fiss a tutela estrutural seria aquela na qual o juiz reestruturaria um órgão estatal para eliminar a ameaça a valores constitucionais⁵⁸⁸ no qual o foco não são incidentes concretos, mas sim as condições da vida social e o papel das instituições estatais na determinação dessas condições⁵⁸⁹.

Para o autor, enquanto o modelo tradicional de litigância é retrospectivo e focado em fatos ocorridos no passado, como ocorre nos casos de ajuizamento de ações indenizatórias, a tutela estrutural busca erradicar uma ameaça contínua aos valores constitucionais, pretendendo reformas para o futuro⁵⁹⁰ em um processo de implementação que possui um início, o meio, mas não tem fim⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ GURUSWAMY, Menaka; ASPATWAR, Bipin. Access to justice in India: The jurisprudence (and self-perception) of the Supreme Court. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press. p. 351.

⁵⁸⁸ FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. nº 1. nov. 1979. p. 2.

⁵⁸⁹ FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. nº 1. nov. 1979. p. 19.

⁵⁹⁰ FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. nº 1. nov. 1979. p. 23.

⁵⁹¹ FISS, Owen. **Foreword:** The Forms of Justice. Harvard Law Review. V. 93. nº 1. nov. 1979. p. 27.

Embora essa distinção seja extremamente relevante para a definição e delimitação do conceito e dos objetivos das ações estruturais, no que toca às técnicas de implementação das decisões, entendemos que esse recorte e a limitação que dele decorre ignora os efeitos estruturais indiretos que podem surgir de ações individuais ou coletivas associadas ao modelo de litigância tradicional, que podem constituir um importante recurso jurídico, político e financeiro para a obtenção das pretendidas mudanças sociais, enriquecendo o portfólio de instrumentos disponíveis aos litigantes e atores sociais.

Portanto, no que toca às técnicas de implementação das decisões estruturais, defendemos uma visão mais ampla que inclua não apenas as decisões proferidas nas ações estruturais, propriamente ditas, como também outras ações individuais associadas à litigância tradicional que produzam efeitos estruturais indiretos sobre as políticas públicas estatais.

No campo da ciência política, há um paralelo semelhante no que toca à análise dos instrumentos judiciais utilizados para a modificação de políticas públicas. Alguns autores se limitam a analisar as mudanças nas políticas públicas apenas a partir dos efeitos diretamente produzidos pelas ações ajuizadas com esse objetivo, o que os levam a concluir, em grande parte dos casos, pela ineficácia desses instrumentos, uma vez que os tribunais não possuem todas as ferramentas necessárias à implementação das mudanças em uma única ação⁵⁹².

Charles Epp denomina essa primeira visão, que analisa as mudanças sociais apenas a partir dos efeitos diretos e concretos das decisões proferidas nas ações judiciais, de tese do "mito dos direitos"⁵⁹³.

Contraopondo-se a essa primeira corrente, o autor identifica uma segunda teoria, a tese da "política dos direitos", que possui uma visão mais ampla sobre a postulação de direitos e as decisões judiciais enquanto recursos disponíveis, ao lado de outros instrumentos, para a obtenção de mudanças significativas nas políticas públicas⁵⁹⁴, em especial analisados em conjunto e a longo prazo.

Transpondo esse raciocínio para as técnicas de implementação, a análise exclusiva dos instrumentos utilizados dentro das ações estruturais ignora e releva outros recursos disponíveis fora dessas ações e que podem auxiliar a difícil tarefa de instituir as mudanças necessárias à concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos.

⁵⁹² EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 599-600.

⁵⁹³ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 599.

⁵⁹⁴ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 600.

Além disso, pode levar à falsa conclusão de que as ações estruturais são ineficazes na obtenção dos resultados esperados, uma vez que a implementação direta e imediata das ordens emitidas nessas ações judiciais de grande complexidade são raras e improváveis⁵⁹⁵.

Destarte, assim como nas ações estruturais, as condenações em outras ações judiciais podem servir de estímulo e energia para a mobilização e organização das vítimas das violações de direitos que, através da litigância reiterada, pressionam o Estado a atender suas demandas e eliminar as falhas nas políticas públicas que geram essas violações⁵⁹⁶.

Nessa linha de raciocínio, as reiteradas condenações pecuniárias em valores adequados podem exercer pressão sobre as finanças e o orçamento estatal, o que inevitavelmente servirá de estímulo para que os agentes públicos saiam da situação de inércia e tomem providências para a eliminação das lesões que geram essas ações reparatórias.

Trata-se de uma boa estratégia de confronto contra a omissão estatal, inclusive para os casos nos quais o poder público alegar a ausência de recursos orçamentários e a reserva do possível como obstáculos à concretização dos direitos. Nesses casos, a tática de "fogo contra fogo", de atacar o poder público na área financeira, onde os efeitos são mais sensíveis, pode ser a melhor alternativa para enfrentar o cinismo estatal.

Por isso entendemos que a ação no STF de indenização por danos morais dos presos em condições degradantes é sim instrumento para a obtenção de reformas estruturais⁵⁹⁷.

Da mesma forma, o reiterado reconhecimento das violações de direitos fundamentais pelos órgãos estatais enfraquece a legitimidade desses órgãos e da política pública estabelecida, diminuindo as resistências e eliminando as barreiras existentes para a realização de reformas estruturais⁵⁹⁸.

Em relação às ações de indenização, ao lado dos efeitos simbólicos e do impacto sobre a legitimidade dos órgãos públicos e sobre as políticas públicas estatais, tal como relatado acima, elas possuem um importante papel enquanto fonte de obtenção de recursos por parte dos grupos sociais vitimados, principalmente daqueles que se encontram em situação de extrema pobreza e que, por isso, nunca tiveram acesso a esses recursos.

A luta pelo reconhecimento e a proteção de direitos requer o dispêndio de significativos montantes de recursos financeiros que devem ser custeado pelos seus

⁵⁹⁵ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 601.

⁵⁹⁶ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 603.

⁵⁹⁷ Sobre essa ação, confira o primeiro capítulo desse trabalho.

⁵⁹⁸ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 603.

interessados, sendo que a falta de acesso a esses recursos impede a obtenção dessas conquistas e a realização das pretendidas mudanças⁵⁹⁹.

Nesse sentido, essas ações de indenização, além de possibilitarem a reparação das lesões provocadas, podem constituir uma importante fonte de financiamento para os indivíduos e as organizações envolvidas nessas ações, o que é mais relevante ao se analisar o contexto brasileiro, no qual inexistente uma estrutura de apoio adequada para o suporte das demandas dos indivíduos e grupos menos favorecidos⁶⁰⁰.

Por último, o ajuizamento de novas ações estruturais pode possibilitar a discussão de questões e a reparação de direitos não debatidos nas ações anteriores ou que decorram do processo de implementação das ações anteriores.

4.2.7 A prescrição de medidas alternativas

A prescrição de medidas alternativas constitui uma técnica de implementação interessante para os casos em que há resistência do poder público ao cumprimento das ordens estruturais. Normalmente, quando há o descumprimento das ordens emitidas, os órgãos judiciais se valem de medidas coercitivas como a imposição de multas ou as ameaças de prisão, os quais funcionam mais como instrumentos de pressão e ameaça do que como medidas adequadas à concretização dos direitos em disputa, tal como ressaltado no item 4.2.1.

No entanto, nesses casos é possível a adoção de medidas alternativas que obtenham resultados similares às ordens inicialmente estabelecidas e com vantagens adicionais, como a ampliação do nível de proteção de direitos com um menor custo financeiro e orçamentário.

Exemplo importante dessa técnica de implementação ocorreu no julgamento dos casos *Coleman vs. Brown*, *Plata vs. Schwarzenegger* e *Brown vs. Plata*, em 2011, nos Estados Unidos⁶⁰¹. O pano de fundo desses precedentes foram as violações dos direitos à saúde de presidiários portadores de deficiências mentais e as falhas nos tratamentos médicos desses detentos que, de acordo com o tribunal da Califórnia, violavam a oitava emenda da Constituição dos Estados Unidos, que proíbe a aplicação de penas injustas e cruéis⁶⁰².

⁵⁹⁹ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 609.

⁶⁰⁰ sobre a importância da estrutura de apoio, Cf.: EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective**. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed.

⁶⁰¹ SALINS, Lauren; SIMPSON, Shepard. **Efforts to fix a broken system: *Brown v. Plata* and the prison overcrowding epidemic**. Loyola University Chicago Law Journal. V. 44. n° 4. 2013. p. 1169.

⁶⁰² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Plata**. n° 09-1233.

A corte local nomeou auxiliares (*special master e receiver*) para acompanhar a implementação das medidas destinadas à melhoria dos sistemas de saúde nos presídios da Califórnia⁶⁰³.

Esses especialistas concluíram que os *déficits* nos sistemas de saúde dos presídios decorriam da superpopulação carcerária⁶⁰⁴, que havia crescido exponencialmente em todo o país e na Califórnia a partir de políticas públicas e legislativas que valorizavam o encarceramento em massa dos indivíduos, expressadas pelo aforisma "*lock them up and throw away the key*" (prendam-os e joguem fora as chaves) e por regras como a *mandatory minimum*, que estabelecia uma pena mínima a ser cumprida e a *three strikes rule*, que prevê também um período mínimo de cumprimento da pena encarcerado no caso do cometimento de três infrações penais pelo indivíduo, independente da natureza e das circunstâncias dessas infrações⁶⁰⁵.

No caso específico da Califórnia, a população carcerária total à época do julgamento da ação era de 156.000 presos, sendo que o sistema penitenciário possuía a capacidade de recebimento de apenas 80.000 detentos, ou seja, havia uma superpopulação carcerária de quase o dobro da capacidade do sistema prisional⁶⁰⁶.

Por esse motivo, o tribunal local determinou que o estado da Califórnia reduzisse os números da população carcerária para o percentual de 137, 5% da capacidade prevista em dois anos, com a liberação de 46.000 presos por crimes menos graves e que não afetem a segurança pública⁶⁰⁷.

O estado recorreu dessa decisão à Suprema Corte dos Estados Unidos que, pela maioria apertada de cinco votos a quatro, vencidos os *Justices* Antonin Scalia e Alito, manteve a decisão do tribunal local⁶⁰⁸.

Ao expressar a opinião da maioria, o *Justice* Kennedy reconheceu que a crise orçamentária na Califórnia tornaria inviável a adoção da solução tradicional, que seria a

⁶⁰³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Plata**. nº 09-1233. p. 1.

⁶⁰⁴ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Plata**. nº 09-1233. p. 1.

⁶⁰⁵ SALINS, Lauren; SIMPSON, Shepard. **Efforts to fix a broken system: Brown v. Plata and the prison overcrowding epidemic**. Loyola University Chicago Law Journal. V. 44. nº 4. 2013. p. 1159-1160. De acordo com Lauren Salins e Shepard Simpson, entre 1970 e 2007, a população carcerária nos EUA cresceu 700%, passando a ser a maior do mundo. Em 2011, haviam 1,6 milhões de americanos encarcerados, o que representa 25% da população carcerária mundial, apesar dos EUA representar apenas 5% da população mundial. O custo com a manutenção desse sistema, em 2011, foi de 52 bilhões de dólares. Cf.: SALINS, Lauren; SIMPSON, Shepard. **Efforts to fix a broken system: Brown v. Plata and the prison overcrowding epidemic**. Loyola University Chicago Law Journal. V. 44. nº 4. 2013. p. 1157.

⁶⁰⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Plata**. nº 09-1233. p. 1-2.

⁶⁰⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Plata**. nº 09-1233.

⁶⁰⁸ PARSON, Joseph N. **A constitutional and political high-wire act: the role of Brown v. Plata in solving America's prison crisis**. University of Pittsburgh Law Review. V. 75. 2013. p. 107.

construção de novos presídios⁶⁰⁹, razão pela qual deveriam ser adotadas outras soluções mais criativas como a diminuição das penas aplicadas nas sentenças, a expansão do sistema de redução da pena por bom comportamento, inclusão dos condenados em programas comunitários e execuções das penas através das apresentações de justificativas diárias das atividades pelos condenados⁶¹⁰.

As críticas que se fazem ao julgamento do caso *Brown vs. Plata* referem-se, em primeiro lugar, à apertada maioria de cinco votos a quatro que resultou do julgamento, o que afeta a legitimidade da decisão e sugere a fragilidade desse precedente, passível de modificação em julgamentos futuros⁶¹¹.

Em segundo lugar, a decisão manteve as restrições estabelecidas pela lei do *Prison Litigation Reformation Act*, de 1996, que foi promulgada pelo congresso como resposta às ações estruturais e às mudanças realizadas nos presídios nas décadas anteriores⁶¹².

Como consequência, a decisão reconheceu as limitações impostas pelo legislativo no sentido de que as intervenções judiciais no sistema penitenciário somente devem ser admitidas de forma subsidiária, como último recurso, através de ordens lineares estritamente necessárias à proteção dos direitos fundamentais dos presos, com a utilização dos meios menos invasivos possíveis e a preservação da discricionariedade administrativa dos gestores das unidades prisionais⁶¹³.

Perdeu-se, portanto, a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade dessa legislação que viola o direito de acesso à justiça e a proteção de direitos fundamentais, o que pode ter ocorrido por questões de comportamento e deliberação estratégicos dos *Justices*, para obter a maioria necessária à manutenção das medidas definidas pela corte local e não gerar uma forte reação da opinião pública à decisão.

A terceira crítica que se faz é em relação à resposta do poder executivo à decisão. Para dar cumprimento ao julgado, o estado da Califórnia lançou um Plano de Realinhamento da Segurança Pública (*Safety Realignment Plan*) que é acusado, por muitos autores, de apenas transferir os detentos das prisões estaduais para as cadeias locais, transferindo o problema da

⁶⁰⁹ PARSON, Joseph N. **A constitutional and political high-wire act**: the role of *Brown v. Plata* in solving America's prison crisis. *University of Pittsburgh Law Review*. V. 75. 2013. p. 107.

⁶¹⁰ PARSON, Joseph N. **A constitutional and political high-wire act**: the role of *Brown v. Plata* in solving America's prison crisis. *University of Pittsburgh Law Review*. V. 75. 2013. p. 107-111.

⁶¹¹ PARSON, Joseph N. **A constitutional and political high-wire act**: the role of *Brown v. Plata* in solving America's prison crisis. *University of Pittsburgh Law Review*. V. 75. 2013. p. 108.

⁶¹² PARSON, Joseph N. **A constitutional and political high-wire act**: the role of *Brown v. Plata* in solving America's prison crisis. *University of Pittsburgh Law Review*. V. 75. 2013.

⁶¹³ PARSON, Joseph N. **A constitutional and political high-wire act**: the role of *Brown v. Plata* in solving America's prison crisis. *University of Pittsburgh Law Review*. V. 75. 2013.

superpopulação carcerária para essas unidades e com a exigência de um maior custo financeiro e orçamentário do que outras medidas menos punitivas⁶¹⁴.

De acordo com a opinião de Lauren Salins e Shepard Simpson, ao invés de medidas reativas como as acima citadas, seria importante a adoção de medidas proativas que gerassem reduções na entrada e na saída dos presos, como a previsão de instrumentos que impedissem os condenados por crimes de menor potencial ofensivo de ingressar no sistema penitenciário e promovessem a reabilitação dos condenados⁶¹⁵.

A conclusão de diversos autores é que esse precedente não vai transformar o sistema penitenciário norte-americano e nem terá ampla eficácia nacional, garantindo apenas limitados poderes ao judiciário para intervir na questão carcerária⁶¹⁶.

Apesar de todas essas críticas, deve-se destacar que 9.000 detentos foram liberados antes mesmo do julgamento da apelação pela Suprema Corte, em 2011⁶¹⁷. Dois meses após a implantação do plano de realinhamento, houve a liberação de mais 7.000 presos. Com seis meses desse plano, o número de liberações atingiu o montante de 11.000 integrantes do sistema carcerário⁶¹⁸. Em outubro de 2012, faltava apenas a liberação de 3.000 presos para que o estado pudesse se adequar às ordens judiciais de eliminação da superpopulação carcerária⁶¹⁹.

Isso demonstra como a prescrição de medidas alternativas, no caso em análise ordens distintas das determinações de melhoria do sistema de saúde ou do aumento da capacidade do sistema carcerário, podem ser úteis na implementação de reformas estruturais.

Essas medidas alternativas são igualmente interessantes pelo fato reduzirem o impacto financeiro e orçamentário das decisões, o que constitui significativo óbice para o sucesso dessas ações.

No Brasil, medidas semelhantes foram postuladas na ADPF nº 347, inclusive com diretrizes e parâmetros mais claros que limitam a discricionariedade administrativa e podem

⁶¹⁴ SALINS, Lauren; SIMPSON, Shepard. **Efforts to fix a broken system: *Brown v. Plata* and the prison overcrowding epidemic.** Loyola University Chicago Law Journal. V. 44. nº 4. 2013. p. 1190-1192. ROGAN, Mary. **Brown, Governor of California et al v. Plata et al.** Modern Law Review. V. 75. nº 2. 2012.

⁶¹⁵ SALINS, Lauren; SIMPSON, Shepard. **Efforts to fix a broken system: *Brown v. Plata* and the prison overcrowding epidemic.** Loyola University Chicago Law Journal. V. 44. nº 4. 2013. p. 1195.

⁶¹⁶ PARSON, Joseph N. **A constitutional and political high-wire act: the role of *Brown v. Plata* in solving America's prison crisis.** University of Pittsburgh Law Review. V. 75. 2013. p. 119.

⁶¹⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Plata.** nº 09-1233. J. 23/05/2011. p. 3.

⁶¹⁸ SALINS, Lauren; SIMPSON, Shepard. **Efforts to fix a broken system: *Brown v. Plata* and the prison overcrowding epidemic.** Loyola University Chicago Law Journal. V. 44. nº 4. p. 1191

⁶¹⁹ SALINS, Lauren; SIMPSON, Shepard. **Efforts to fix a broken system: *Brown v. Plata* and the prison overcrowding epidemic.** Loyola University Chicago Law Journal. V. 44. nº 4. p. 1191.

produzir bons resultados⁶²⁰. Dentre essas diretrizes, requereu-se a obrigatoriedade de suficiente e adequada fundamentação judicial das decisões segregativas, a realização de audiências de custódia, dentre outras providências.

Portanto, medidas alternativas podem ser boas soluções para os casos de descumprimento das ordens estruturais pelo fato de possibilitarem o atendimento dos objetivos propostos através de medidas mais criativas e com um menor impacto financeiro e orçamentário.

4.3 Conclusão

A preocupação com a implementação das decisões judiciais deve ser objeto de detida análise e estudo, em especial nas ações estruturais, uma vez que o cumprimento dessas decisões demanda bastante tempo e envolvimento dos tribunais, tratando-se de uma das fases mais complexas do processo que definirá o sucesso ou não dessas ações.

A implementação das decisões em ações estruturais pode seguir o modelo de ordens rígidas e específicas, o modelo de medidas abertas e flexíveis, sujeitas à retenção da jurisdição e ao monitoramento judicial, ou ainda o modelo do experimentalismo democrático com suas características da provisoriedade das medidas adotadas e da permanente revisão dos resultados obtidos.

Também existe um extenso arsenal de técnicas de implementação, como a adoção de ordens rígidas, de ordens negociadas, a elaboração de planos judiciais, a realização de audiências públicas e decisões de seguimento e a nomeação de *masters*, mediadores, administradores e de comissões de seguimento, além do ajuizamento de novas ações e a adoção de medidas alternativas.

Não existe uma resposta correta aplicável a todo e qualquer caso. Essas medidas devem ser analisadas à luz das peculiaridades e do contexto de cada caso. Há uma tendência à utilização de medidas dialógicas e negociadas, o que não vai excluir a necessidade da imposição de ordens judiciais coercitivas nos casos de reiterada inércia do poder público, por exemplo.

Alguns critérios, como a complexidade dos casos, a ausência de informações suficientes para a emissão de uma única ordem abrangente, e a necessidade de diálogo e

⁶²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requeridos: União e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

inclusão dos diversos participantes no processo de implementação, tornam imperiosa a utilização de medidas mais abertas, flexíveis e negociadas.

Além disso, o ajuizamento de novas ações pode ser uma opção estratégica interessante, assim como a prescrição de medidas alternativas que tem o potencial de viabilizar a implementação de ordens estruturais com um baixo custo financeiro e orçamentário.

5 OS EFEITOS E A EFICÁCIA DAS DECISÕES EM AÇÕES ESTRUTURAIS

5.1 Os fatores que influenciam a eficácia das decisões judiciais

Um dos aspectos mais importantes do estudo das ações estruturais refere-se à análise da eficácia ou da efetividade prática das decisões proferidas nessas ações, ou seja, investigar se essas decisões foram efetivamente úteis, se elas promoveram mudanças sociais concretas e positivas na sociedade e de que forma essas mudanças ocorreram.

O estudo desse assunto permite identificar quais os efeitos podem ser esperados dessas ações e qual o tempo que se leva entre o julgamento das ações e o início das mudanças pretendidas. Além disso, permite analisar se o ajuizamento de determinada ação foi bem sucedido ou não em relação à proteção dos direitos fundamentais envolvidos.

O objeto desse estudo, contudo, não deve se restringir apenas à descrição e avaliação pontual dos efeitos concretamente produzidos. É importante que se investigue, de forma crítica e em certa medida prescritiva, as circunstâncias, elementos e fatores que contribuem para a eficácia das decisões estruturais, para que se possa vislumbrar um modelo ou sistema judicial no qual o julgamento dessas ações seja efetivo e produza bons resultados, evitando os excessos e equívocos que resultam na própria autofagia desses sistemas.

Portanto, nesse capítulo será estudado os aspectos legais e jurisprudenciais que influenciam diretamente a eficácia das decisões judiciais. Também será analisada a importância da existência de uma estrutura de apoio à litigância estratégica que abasteça os demandantes com recursos financeiros e legais suficientes à proteção judicial de seus direitos, vislumbrando-se a forma como o Estado pode contribuir para a manutenção dessa estrutura ou suprir as suas deficiências.

Seguindo a linha de raciocínio desse capítulo, analisaremos a importância do apoio popular para o sucesso das ações estruturais e os perigos que resultam da falta de apoio difuso e específico e do populismo judicial.

Em seguida, serão descritos os efeitos diretos e indiretos, simbólicos e instrumentais que podem resultar das decisões judiciais. Na parte final, serão expostos e analisados os efeitos produzidos nas principais ações estruturais que deram origem a esse trabalho.

5.1.1 Aspectos normativos e jurisprudenciais

No que toca às questões legais que influenciam o fortalecimento do poder judiciário e a eficácia das decisões judiciais, a visão tradicionalmente associada a esse assunto é a de que a previsão de um amplo catálogo de direitos fundamentais é imprescindível.

Nesse sentido, o entricheiramento constitucional de direitos, aliado ao fortalecimento da independência judicial frente às pressões políticas, seriam os elementos normativos mais importantes para a garantia da expansão e fortalecimento da jurisdição constitucional e da eficácia das decisões judiciais⁶²¹.

No entanto, essa tradicional visão normocêntrica sobre a eficácia dos direitos fundamentais e das decisões judiciais é questionada por diversos autores que adotam uma visão menos romântica e mais pragmática, holística e refinada sobre o assunto.

Nos Estados Unidos, o professor Charles Epp ressalta a importância que a *Bill of Rights* exerceu e exerce sobre o processo político e legal. Apesar disso, ele destaca a abertura e flexibilidade dessa carta de direitos no decorrer do tempo, com a alteração drástica do conteúdo dos direitos fundamentais, embora a estrutura formal e o texto da carta tenham permanecido praticamente inalterados⁶²².

Essa circunstância demonstra como os direitos fundamentais da Constituição norte-americana funcionam não como uma rígida estrutura metálica imposta ao governo, mas sim como um conjunto de recursos a serem utilizados pelos atores políticos em associação a outros fatores e circunstâncias⁶²³.

A título de exemplo, Epp destaca que uma das principais conquistas do constitucionalismo norte-americano nos séculos XIX e XX foram a extensão da aplicação dos direitos fundamentais aos estados membros da federação norte-americana, em especial após a promulgação da décima quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos, em 1868⁶²⁴.

De fato, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendia, desde o precedente firmado em *Barrow vs. Baltimore*, em 1833, e em consonância com a visão dos fundadores do

⁶²¹ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective.** Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 11-14. No contexto do neoconstitucionalismo, cf.: BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro.** Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2012. p. 192. No âmbito da América Latina, cf. FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? *In:* SARMENTO, Daniel (cord.). **Jurisdição constitucional e política.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. Parte V. p. 598-603.

⁶²² EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective.** Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 30.

⁶²³ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective.** Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 30.

⁶²⁴ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective.** Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 30.

constitucionalismo americano do século XVIII, que a *Bill of Rights* se aplicava apenas no âmbito federal⁶²⁵.

Esse cenário foi alterado com a promulgação da décima quarta emenda, em 1868, que passou a prever a aplicação aos estados dos direitos fundamentais redigidos em cláusulas abertas, como os "privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos", os direitos à "vida, liberdade e propriedade", "devido processo legal" e "igual proteção das leis"⁶²⁶.

Apesar dessa clara mudança ter ocorrido ainda no século XIX, houve intensa divergência entre juristas e políticos sobre a aplicação imediata dessas alterações, que somente se consolidaram já na vigência do século XX, o que leva à conclusão que a alteração formal da Constituição, a ampliação da carta de direitos, não foi o único e principal elemento responsável por essas mudanças⁶²⁷.

Além disso, a proteção judicial aos direitos fundamentais previstos na décima quarta emenda somente se iniciou passados mais de cinquenta anos da sua promulgação, o que reforça a conclusão de que o entricheiramento constitucional desses novos direitos não constitui a principal razão ou a explicação completa para a eficácia dos direitos fundamentais naquele país⁶²⁸.

É importante destacar que esse fenômeno não é exclusivo ou peculiar da experiência norte-americana. Em diversos países da América Latina, as extensas declarações de direito das Constituições que surgiram após o fim do período ditatorial, especialmente a partir da década de 1980, obtiveram apenas impacto político e pouca efetividade prática⁶²⁹.

No Brasil, por exemplo, embora a Constituição Federal de 1988 tenha apresentado um rol extenso e generoso de direitos e garantias políticos, individuais, sociais, coletivos e difusos, o país é conhecido pelos altos índices de violência e homicídios cometidos por armas de fogo, uma profunda desigualdade social e intensos debates, inclusive no meio jurídico, sobre a (in)efetividade dos direitos sociais, o que demonstra que a previsão dos direitos à

⁶²⁵ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution**: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 30.

⁶²⁶ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution**: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 30.

⁶²⁷ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution**: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 30-31.

⁶²⁸ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution**: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 31.

⁶²⁹ FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? *In*: SARMENTO, Daniel (cord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Parte V. p. 602.

liberdade, igualdade, moradia, educação e saúde não obtiveram o nível de concretudo esperado, mesmo quando tais direitos são judicializados⁶³⁰.

Portanto, embora a existência de um amplo catálogo de direitos fundamentais seja importante, verifica-se que esse elemento normativo, por si só, não é suficiente para garantir a ampla eficácia dos direitos fundamentais e das decisões proferidas em ações estruturais, existindo outros elementos ou componentes do sistema legal que devem estar presentes e ser ajustados para a maior efetividade das decisões judiciais.

Nesse sentido, uma das principais questões é a garantia do acesso aos tribunais, uma vez que a existência de entraves no ajuizamento das ações, o excesso de formalismos, os elevados custos financeiros das demandas ou a criação de óbices e barreiras nas instâncias recursais e nas cortes constitucionais possuem influência direta sobre a utilização do sistema judicial e o sucesso das ações estruturais.

Além disso, é importante destacar que não basta apenas a garantia formal de acesso à justiça sem o pagamento das custas judiciais e o direito à assistência judiciária integral, tal como ocorre no Brasil a partir do art. 5º, XXXV e LXXIV, da Constituição Federal, e da lei federal nº 1.060/50, quando questões financeiras e econômicas, em especial o acesso de grupos marginalizados aos recursos materiais indispensáveis ao ajuizamento dessas ações, condições estruturais como os *déficits* de recursos físicos e humanos das defensorias públicas ou o excessivo formalismo jurídico existente no país criam óbices ou entraves intransponíveis para o efetivo acesso ao sistema judicial.

A Colômbia experimentou o problema do excesso de formalismo e da falta de acesso efetivo dos indivíduos aos tribunais no período da Suprema Corte do país, anterior à reforma constitucional de 1991, que resultou na criação da Corte Constitucional colombiana⁶³¹.

No entanto, a Constituição colombiana de 1991 e a Corte Constitucional daquele país promoveram uma verdadeira revolução no acesso aos tribunais, que iniciou a partir da previsão constitucional da ação de tutela, que pode ser utilizada por qualquer pessoa, inclusive menores de idade e estrangeiros, sem a necessidade de constituição de advogado, para o exercício do controle concreto de constitucionalidade⁶³².

⁶³⁰ Sobre a desigualdade social e a ameaça ao Estado de Direito, cf.: VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel (coord.); IKAWA, Daniela (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁶³¹ FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Parte V. p. 605-607.

⁶³² FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Parte V. p. 610-611.

É importante destacar que essa ação pode ser ajuizada sem qualquer formalidade, mediante memorial, telegrama ou outro meio de comunicação escrita, podendo ainda ser processada verbalmente em caso de urgência ou quando o solicitante não puder escrever⁶³³.

A previsão legal desse instrumento de acesso barato e informal aos tribunais resultou no seu estrondoso sucesso e disseminação enquanto mecanismo para a proteção de direitos fundamentais.

Em termos quantitativos, no ano de 2013, 77,87% dos casos julgados pela Corte Constitucional da Colômbia foram revisões em ações de tutela⁶³⁴. Sob uma perspectiva qualitativa, os casos mais importantes de proteção de direitos fundamentais foram analisados nessas ações, inclusive os precedentes relativos à calamitosa situação do sistema carcerário nacional e da tragédia humanitária das vítimas dos deslocamentos forçados de pessoas, nos quais declarou-se a existência do estado de coisas inconstitucional, analisado nesse trabalho⁶³⁵.

Em acréscimo, nos dois casos de declaração do estado de coisas inconstitucional acima descritos, o tribunal colombiano conferiu eficácia *erga omnes* às decisões, aumentando exponencialmente a eficácia de suas decisões e o nível de proteção dos direitos fundamentais⁶³⁶. É certo que a criação de instrumentos informais e de menor custo para o acesso aos tribunais acarretará o aumento do número de processos submetidos às cortes, como ocorreu na Colômbia, e isso leva a um segundo aspecto normativo importante que é a definição da competência dos tribunais e de mecanismos que possibilitem o controle do estoque de processos, uma vez que a criação de novos pontos de acesso poderá acarretar a

⁶³³ FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? In: SARMENTO, Daniel (cord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Parte V. p. 611. A Suprema Corte da Índia também criou instrumentos informais de acesso ao tribunal no âmbito das ações de direito público e constitucional, em especial para a defesa de grupos marginalizados. Trata-se da doutrina do *public law litigation*, que relativizou as exigências formais para o ajuizamento das demandas, permitindo inclusive o conhecimento de ações através de cartas enviadas ao tribunal. Alguns doutrinadores se referem a essa espécie de jurisdição como jurisdição epistolar. Nesse sentido, cf.: GURUSWAMY, Menaka; ASPATWAR, Bispin. Access to Justice in India: The Jurisprudence (and Self-Perfection) of The Supreme Court. In MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 329.

⁶³⁴ FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? In: SARMENTO, Daniel (cord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Parte V. p. 613.

⁶³⁵ Cf.: COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Julgado em 28 de abril de 1998. COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisión. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Julgado em 22 de janeiro de 2004. p. 55.

⁶³⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Julgado em 28 de abril de 1998. COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisión. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Julgado em 22 de janeiro de 2004.

sobrecarga de trabalho e a dispersão de recursos judiciais com reflexos negativos sobre a proteção de direitos fundamentais.

É importante destacarmos que essa questão não é nova ou incomum. No início do século XX, nos Estados Unidos, a Suprema Corte norte-americana possuía uma ampla competência recursal que determinava o julgamento obrigatório de praticamente todos os recursos interpostos, com evidentes prejuízos para a qualidade da prestação jurisdicional⁶³⁷.

Segundo o relato de Charles Epp, no ano de 1925, esse arranjo institucional da competência recursal da Suprema Corte já tinha resultado no atraso de 02 (dois) anos no julgamento dos recursos, o que motivou o tribunal, através do presidente da corte, o *Chief Justice Taft*, e de outros membros, a pleitear ao Congresso a aprovação de uma lei de reforma do poder judiciário⁶³⁸.

Atendendo aos pleitos da Suprema Corte, o Congresso aprovou o *Judiciary Act* de 1925, que restringiu enormemente o número de casos que a Suprema Corte deveria julgar de forma obrigatória⁶³⁹. Portanto, o tribunal passou a ter discricionariedade na seleção dos casos objetos de julgamento, o que resultou na redução percentual do estoque de recursos de 40% do total de processos, em 1924, para 15% do total dos casos já em 1930⁶⁴⁰. Atualmente, dos sete mil casos que são protocolados na Suprema Corte por ano, o tribunal julga não mais que 150⁶⁴¹.

Mais importante ainda, essa lei possibilitou que a Suprema Corte passasse a julgar um menor número de casos envolvendo questões econômicas do dia a dia que inundavam os escaninhos do tribunal, inclusive pelo maior acesso aos recursos financeiros e judiciais por parte desses demandantes, concentrando esforços na análise dos casos envolvendo o direito público e os direitos fundamentais⁶⁴².

Na Colômbia também foram realizadas reformas semelhantes por meio das quais a Corte Constitucional passou a escolher discricionariamente os recursos nas ações de tutela que são julgados, tendo o tribunal estabelecido, através de sua jurisprudência, alguns critérios

⁶³⁷ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution**: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 35.

⁶³⁸ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution**: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 35.

⁶³⁹ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution**: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 35.

⁶⁴⁰ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution**: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 35.

⁶⁴¹ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution**: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 36.

⁶⁴² EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution**: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 35-36.

e filtros como os casos de flagrantes violações de direitos ou dos entendimentos firmados pela jurisprudência da Corte, evidentes erros de direito cometidos pelos julgadores das instâncias inferiores ou os casos que envolvam temas de grande impacto público e que possam afetar os direitos de um número significativo de pessoas⁶⁴³.

No Brasil, embora exista formalmente o direito à assistência judiciária gratuita e integral, independente do pagamento de custas, conforme salientado acima, observa-se a falta de estruturação das defensorias públicas, circunstância reconhecida pelo próprio STF no julgamento dos habeas corpus 70.514 e recurso extraordinário 135.328, nos quais a corte constitucional reconheceu a prerrogativa do prazo em dobro desses órgãos para recorrer no processo penal e a legitimidade ativa do ministério público para ajuizar a ação civil *ex delicto* em favor das pessoas pobres, até que haja a instauração efetiva das defensorias em todos os estados do Brasil, em condições de exercer essas funções⁶⁴⁴.

Essa circunstância, por óbvio, influencia diretamente na falta de acesso dos grupos marginalizados aos tribunais, uma vez que a falta de estrutura física e humana dos órgãos de assistência judiciária gratuita e integral faz com que a maior parte dos litigantes que chegam ao Supremo seja constituída por pessoas que possuem recursos financeiros suficientes para contratar escritórios de advocacia privados⁶⁴⁵.

Além disso, o STF possui uma jurisprudência excessivamente formalista e defensiva em relação às questões legais que envolvem o acesso ao tribunal, tendo criado diversos mecanismos e barreiras que impedem a propositura e o julgamento de ações e recursos.

Um exemplo já conhecido dessas barreiras criadas pela jurisprudência da corte é a interpretação conferida às "entidades de classe de âmbito nacional", previstas no art. 103, IX, da CF/88, como legitimadas para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Ao julgar a ADI 894, proposta pela União Nacional dos Estudantes (UNE), o STF fixou a jurisprudência prevalecente até os dias atuais, no sentido de que para o

⁶⁴³ FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? In: SARMENTO, Daniel (cord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Parte V. p. 611.

⁶⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 70514**. Pleno. Rel. Min. Sydney Sanches. J. 27/06/1997. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 135328**. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 29/06/1994. Segundo estudo realizado pelo IPEA, antes de 1990, apenas sete estados possuíam defensorias públicas, número que passa para dezessete estados a partir de 1990 e vinte e cinco estados a partir dos anos 2000. As últimas duas defensorias instaladas foram a do Paraná e Santa Catarina, em 2001 e 2002, respectivamente, razão pela qual temos o cenário em que esse órgão somente foi formalmente instaurado em todo o Brasil há aproximadamente quatro anos e, ainda assim, com um importante *déficit* de estrutura e pessoal. Cf.: BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Mapa das Defensorias Públicas**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/a-defensoria-publica>>. Acesso em: 07 jan. 2017, às 09:35.

⁶⁴⁵ Existem algumas exceções dignas de nota, como as demandas patrocinadas pela Clínica de Direitos da UERJ.

reconhecimento da legitimidade das entidades de classe para a propositura dessas ações diretas, é necessário que elas tenham membros ou associados em pelo menos nove estados da federação, regra idêntica àquela prevista para a criação de partidos políticos⁶⁴⁶.

Em acréscimo, o tribunal entende que essas entidades também devem reunir membros que se dedicam a uma só e mesma atividade profissional ou econômica, excluindo entidades profissionais ou econômicas que representam diversas categorias e, o que é mais grave, impedindo o acesso ao STF por parte de entidades que representem a sociedade civil, como a UNE, que teve a sua ilegitimidade declarada no caso acima narrado. Há, ainda, a exigência de pertinência temática entre as ações ajuizadas e as atribuições dessas associações e entidades de classe⁶⁴⁷.

Uma das possíveis explicações para essa postura defensiva e formalista do Supremo reside no excesso de competências conferidas ao tribunal, que acumula as competências relativas às ações penais instauradas contra diversas autoridades da república, uma ampla competência recursal, a função de tribunal da federação, além das competências típicas de uma corte constitucional, que envolvem o julgamento das ações de controle de constitucionalidade e de outras ações constitucionais.

Nesse sentido, o *I relatório do Supremo em números*, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), constatou que 91,69% dos processos recebidos pelo tribunal no período de 1988 a 2009 referem-se à competência recursal ou à "Corte Recursal", enquanto que os processos de natureza constitucional representam apenas 0,51% dos casos nesse período⁶⁴⁸, sendo que a maioria desses processos são levados ao tribunal pelo Poder Executivo, em especial no âmbito da União⁶⁴⁹.

Para piorar a situação, não há na Constituição a previsão de instrumento que confira ao STF a discricionariedade na escolha dos casos que serão apreciados.

Portanto, para que o tribunal pudesse adotar instrumentos informais de acesso à sua jurisdição que facilitassem a análise e o julgamento das ações constitucionais e, no que interessa ao presente estudo, de ações estruturais envolvendo direitos fundamentais, seria

⁶⁴⁶ FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? In: SARMENTO, Daniel (cord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Parte V. p. 636.

⁶⁴⁷ FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? In: SARMENTO, Daniel (cord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Parte V. p. 636.

⁶⁴⁸ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório do Supremo em Números**: o Múltiplo Supremo. Fundação Getúlio Vargas: 2011. p. 21.

⁶⁴⁹ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório do Supremo em Números**: o Múltiplo Supremo. Fundação Getúlio Vargas: 2011.

imprescindível a realização de uma reforma constitucional que enxugasse a competência da corte, privilegiando o exercício das competências típicas de uma corte constitucional e permitindo algum grau de discricionariedade na seleção e julgamento dos recursos que são submetidos ao tribunal ⁶⁵⁰.

Em síntese, a solução da equação que envolve a garantia de acesso aos tribunais e a competência das cortes a partir de aspectos legais do sistema judicial e de decisões jurisprudenciais não é tarefa fácil. Contudo, trata-se de questão determinante para o sucesso e a eficácia das ações estruturais, uma vez que para que essas ações atinjam os seus fins é necessário a garantia do acesso de grupos marginalizados ao judiciário e a existência de um sistema judicial que otimize os escassos recursos judiciários existentes para o julgamento dessas importantes ações constitucionais.

5.1.2 A existência de estrutura de apoio e a participação do Estado

Diversos estudos relacionam a efetividade do sistema judicial e a obtenção da mudanças sociais à existência de uma estrutura de apoio responsável por levar as demandas por direitos ao judiciário e exercer pressão no campo da política e dos tribunais. Para os autores que defendem essa tese, essa estrutura de apoio seria mais importante e determinante para a "revolução dos direitos" do que a existência de um amplo catálogo de direitos fundamentais, a conscientização e desenvolvimento de uma cultura por direitos ou liderança judicial dentro dos tribunais⁶⁵¹.

Um dos que defendem essa tese é o professor norte-americano Charles Epp. Para ele, a concretização judicial de direitos individuais decorre da pressão exercida de baixo para cima, a partir da atuação organizada e estratégica dessa estrutura de suporte composta por organizações para a defesa de direitos, profissionais da área jurídica e recursos financeiros que são disponibilizados inclusive através do apoio governamental⁶⁵².

Para o autor, a criação de associações civis como a *American Civil Liberties Union* (ACLU) e a *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), a diversificação das carreiras jurídicas, com a inclusão de negros, latinos e asiáticos, a

⁶⁵⁰ sobre essas propostas, Cf.: ALONSO, FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? In SARMENTO, Daniel (cord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Parte V. p. 637-639.

⁶⁵¹ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective**. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed.

⁶⁵² EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective**. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 3.

disponibilização de recursos econômicos para o financiamento das ações judiciais e a atuação do governo garantindo parte desses recursos e designando atores institucionais para ajuizarem ações em favor dos direitos fundamentais dessas minorias, como o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, seria a base e fundação sobre a qual a Suprema Corte dos Estados Unidos construiu a revolução dos direitos⁶⁵³.

Portanto, essa estrutura de suporte seria a verdadeira causa determinante do sucesso de ações como *Brown v. Board of Education*, tendo impactado diretamente na inclusão de novas demandas por direitos na agenda da Suprema Corte dos Estados Unidos, na criação de novas técnicas decisórias pela jurisprudência e no apoio à litigância estratégica e reiterada que capitaliza os efeitos produzidos pelos grandes precedentes firmados pelos tribunais, sem os quais essas decisões emblemáticas permaneceriam como eventos isolados e destituídos de qualquer efetividade⁶⁵⁴.

Seguindo a linha de raciocínio proposta por Epp, a criação de programas governamentais de financiamento para as ações envolvendo a educação bilíngue no Canadá, aliado à criação de organizações para a defesa de direitos, à diversidade étnica e de *background* dos membros das carreiras jurídicas e às ações das agências governamentais, seria a causa do sucesso daquelas e de outras ações no país⁶⁵⁵, sendo que a ausência dessas condições teria ocasionado na fraca revolução de direitos constatada na Índia⁶⁵⁶.

É inegável a influência dessa estrutura de suporte sobre a efetividade dos direitos fundamentais. Além disso, é importante reiterar que a criação dessa estrutura pode decorrer da atuação do Estado na criação de fundos destinados a cobrir os custos do ajuizamento dessas

⁶⁵³ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective.** Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 70.

⁶⁵⁴ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective.** Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 65-69.

⁶⁵⁵ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective.** Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. p. 183-196.

⁶⁵⁶ EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective.** Chicago: University of Chicago Press. 15. ed. Entende-se que a análise da concretização de direitos fundamentais na Índia pelo autor é excessivamente pessimista e adaptada para se encaixar na tese sustentada. De fato, além do maior tempo e histórico de demanda por direitos nos Estados Unidos e Canadá, a Índia apresentou alguns avanços importantes como, por exemplo, no caso PUCL v. India que envolve o direito à alimentação adequada e no qual a Suprema Corte tem realizado intervenções significativas através de ordens flexíveis que determinaram a criação de projeto de alimentação escolar e política de segurança alimentar, com a apresentação de resultados positivos como a ampliação da alimentação escolar. Nesse sentido, cf.: BILCHITZ, David. **Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights.** In: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia.** Cambridge University Press: New York, 2013. p. 63. Sobre os resultados obtidos, existem diversas informações no segundo relatório constante do sítio eletrônico <<http://www.righttofoodindia.org/data/comm2.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2017, às 09:45

ações ou na criação de novos órgãos ou concessão de atribuições aos já existentes para prestar esse suporte e avançar em temas de direitos fundamentais.

No Brasil, foram criados fundos de direitos difusos pelo art. 13 da Lei nº 7.347/85, que vem sendo utilizados para o custeio de projetos administrativos nas áreas de proteção ambiental, defesa do consumidor e da concorrência, patrimônio cultural brasileiro e outros direitos difusos e coletivos⁶⁵⁷.

A ampliação desse sistema, com a criação, por meio de lei, de novos fundos governamentais para a defesa de grupos minoritários ou a destinação dos fundos já existentes, como os recursos do Fundo Penitenciário Nacional, para o custeio de ações judiciais, constituiria um avanço importante na criação de uma estrutura de suporte que refletiria positivamente sobre o nível de concretização dos direitos fundamentais nas ações estruturais.

Outra opção interessante seria a atribuição, mediante lei ou decreto, a órgãos como a Defensoria Pública ou a Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, do dever de buscar melhorias e ajuizar ações envolvendo violações estruturais de direitos fundamentais de grupos específicos e historicamente oprimidos, como os indígenas, os quilombolas, os detentos do sistema penitenciário nacional ou os usuários do sistema único de saúde (SUS), tal como ocorreu nos Estados Unidos com o Departamento de Justiça nas ações envolvendo a segregação racial nas escolas, a ocupação dos espaços urbanos e a discriminação no ambiente de trabalho⁶⁵⁸.

A ideia em si da concentração dos recursos humanos e econômicos em determinados órgãos públicos para tratar de questões relevantes e específicas no âmbito judicial não é nova no Brasil e tem sido utilizado para determinados fins, em especial no âmbito da persecução penal e do combate à corrupção. O exemplo mais claro dessa tendência é a criação da força-tarefa da operação Lava Jato, criada pelo Procurador Geral da República nos anos de 2014 e 2015, para o acompanhamento das investigações e ajuizamento das respectivas ações penais no âmbito da Justiça Federal do Paraná, do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça⁶⁵⁹.

Portanto, o aproveitamento desse modelo para a criação de novas forças tarefas que tenham como objetivo a concretização de direitos fundamentais, dentro de uma política

⁶⁵⁷ Nesse sentido, veja-se a lista de projetos selecionados em 2015, divulgada pelo Ministério da Justiça: <<http://justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/anexos/selecao-de-projetos-2015>>. Acesso em 07 jan. 2017, às 09:45.

⁶⁵⁸ FISS, Owen. **The Fate of an Idea Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in The Second Decade After Brown vs. Board of Education.** University of Chicago Law Review. p. 753-756.

⁶⁵⁹ As informações sobre essas forças-tarefas e grupos de trabalho constam do *site* eletrônico oficial da operação, disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/equipe-no-mpf>>.

pública estabelecida e regulamentada, representaria um ganho significativo para o Estado e a sociedade.

Deve-se ressaltar, no entanto, que as sugestões acima realizadas se encontram no campo teórico prescritivo. Na maioria das vezes, o que se observa é a absoluta ausência dessa estrutura de apoio nos países periféricos, o que leva a seguinte pergunta: a falta dessas condições materiais constitui um óbice intransponível ao sucesso das ações estruturais nos países em desenvolvimento?

A tese do professor Epp leva em consideração contextos de sociedades desenvolvidas e localizadas ao norte do globo terrestre, como os Estados Unidos e Canadá, nas quais as condições políticas, econômicas, sociais e institucionais favorecem o surgimento e o fortalecimento dessa estrutura de apoio.

Nos denominados países do sul global⁶⁶⁰, a regra é a inexistência dessa estrutura de suporte. A título de exemplo, no caso do Brasil, apesar das sugestões acima realizadas, constata-se ainda o baixo grau de envolvimento e participação das associações para a defesa de direitos no ajuizamento de ações envolvendo direitos fundamentais e graves omissões do poder público em diversas áreas, o que torna improvável o cenário de criação de uma política pública eficiente ou de uma estrutura de apoio sólida para o ajuizamento de ações estruturais estratégicas a curto ou médio prazo⁶⁶¹.

Nessa mesma linha de raciocínio, o professor Roberto Gargarella destaca a existência, em determinadas sociedades, de certa complacência da opinião pública, ou seja, da mídia, movimentos populares, partidos políticos e organizações da sociedade civil, frente ao *status quo* institucional⁶⁶².

⁶⁶⁰ Sobre as diferenças entre as experiências dos países do norte e sul global, cf.: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013.

⁶⁶¹ O professor Alonso Freire entende que há, no Brasil, uma estrutura de apoio superior a alguns vizinhos da América do Sul, como a Costa Rica e Colômbia. Nesse sentido, o autor usa dados da Fasfil de 2010 demonstrando que haviam 290,27 mil Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil. Cf.: ALONSO, FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Parte V. p. 634, nota de rodapé nº 149. No entanto, a ausência de recursos financeiros e a existência de barreiras jurídico-formais no acesso dessas associações ao Supremo faz com que elas não exerçam papel de protagonismo como nos EUA. A título de exemplo, duas das principais ações julgadas pelo STF em tema de direitos fundamentais foram ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (aborto do feto anencéfalo) e pelo Estado do Rio de Janeiro (uniões homoafetivas). Cf.: BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2012. Parte II. p. 192.

⁶⁶² GARGARELLA, Roberto. **Acerca de Barry Friedman y el "constitucionalismo popular mediado"**. Revista jurídica de la Universidad de Palermo. 2005. 7 p. Disponível em: < http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/ediciones.html>. Acesso em: 14 out. 2015. p. 167.

Para o autor, essa complacência decorreria da inexistência de foros públicos igualitários, da captura de órgãos públicos pelos indivíduos que possuem maior poder econômico, do desestímulo à participação cívica na política, que se resume ao exercício do direito de voto, e da influência permanente e crucial do poder econômico nas discussões políticas e campanhas eleitorais⁶⁶³.

Contudo, mesmo em cenários como esses encontrados nos países periféricos, nos quais a extrema desigualdade e o fosso político, econômico e social que separa os cidadãos é enorme, existem experiências bem sucedidas de intervenção judicial para a concretização de direitos fundamentais, como nos casos do fornecimento de remédios contra AIDS na África do Sul, da garantia do direito à alimentação na Índia ou dos direitos fundamentais dos presidiários e das vítimas dos deslocamento forçados na Colômbia, já tratados nesse trabalho⁶⁶⁴.

Parte do sucesso das ações judiciais nesses países pode ser explicada pela consciência, pelos tribunais, da situação da enorme desigualdade social existente nesses contextos e do papel das cortes na atenuação dessas desigualdades de fato, através de intervenções mais incisivas e de um maior envolvimento das cortes nas ações judiciais.

O depoimento do *Chief Justice* Balakrishnan's⁶⁶⁵, da Suprema Corte da Índia, transcrito no primeiro capítulo desse trabalho, e as decisões da Corte Constitucional da Colômbia reconhecendo o direito à igualdade real, previsto no art. 13 da Constituição, e a existência de um Estado Democrático Social de Direito⁶⁶⁶, exemplificam bem essa consciência e a importância que o valor da igualdade adquire nesses países em comparação com a liberdade e os princípios liberais nos países desenvolvidos como os Estados Unidos.

Portanto, a falta de um sistema de litigância estratégica estruturado pode exigir mais ativismo judicial dos tribunais, apesar dos riscos e das críticas que se fazem a essas espécies de decisões, que devem ser sopesados.

⁶⁶³ GARGARELLA, Roberto. **Acerca de Barry Friedman y el "constitucionalismo popular mediado"**. Revista jurídica de la Universidad de Palermo. 2005. 7 p. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/ediciones.html>. Acesso em: 14 out. 2015. p. 167.

⁶⁶⁴ Veja-se, a título de exemplo, a ação envolvendo o direito à alimentação na Índia, descrita na nota anterior, no qual constatou-se a criação e a melhoria de programas de alimentação escolar. Na Colômbia também tem os casos já citados do sistema penitenciário nacional e do deslocamento forçado de pessoas, cujos efeitos serão mais detidamente analisados a seguir.

⁶⁶⁵ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** Ottawa Law Review: V. 41.2. 2010. p. 186.

⁶⁶⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisão. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Julgado em 22 de janeiro de 2004.

Outras circunstâncias que contribuí para o sucesso das ações estruturais em países com graves falhas nos arranjos estruturais do próprio sistema de acesso à justiça são os instrumentos legais ou os recursos judiciais utilizados para compensar essa falta de estrutura, como a previsão legal do controle do estoque de processos pelos tribunais e a diminuição no uso do formalismo jurídico, a utilização de instrumentos jurídicos informais de acesso e a interpretação abrangente ou elástica das regras de legitimidade e representação, já analisados nos itens acima.

Destarte, a existência de uma estrutura de suporte é extremamente importante para o sucesso das ações de litigância estratégica e das ações estruturais, podendo ser compensada por outros instrumentos legais e recursos judiciais nos contextos em que essas estruturas inexistam ou sejam deficitárias.

5.1.3 A opinião pública e o custo político: entre a falta de apoio e o populismo judicial

A clássica afirmação de Alexander Hamilton no artigo federalista nº 78, de que o judiciário seria o poder menos perigoso, o mais incapaz de causar qualquer distúrbio ou prejuízo, pelo fato de não possuir a espada e nem a chave do cofre⁶⁶⁷, é questionável nos dias atuais, no qual se verifica um grande protagonismo exercido pelos juízes.

Apesar disso, essa afirmação deixa antever uma questão importante: o cumprimento das decisões judiciais depende da cooperação dos demais poderes e, em última instância, do apoio popular aos tribunais e às decisões.

Nesse sentido, Barry Friedman destaca que a opinião pública influencia o comportamento e a reação dos agentes públicos às decisões judiciais, podendo funcionar como instrumento de pressão para o cumprimento dessas decisões⁶⁶⁸. Além disso, o apoio popular é um ponto chave para que os tribunais possam sobreviver aos ataques empreendidos pelos demais poderes e que podem decorrer de insatisfações com o resultado do julgamento de determinadas ações⁶⁶⁹.

A título de exemplo, Friedman alega que existem evidências históricas que demonstram que o fracasso do *court-packing plan* de Franklin Roosevelt ocorreu pela mudança de comportamento da Suprema Corte norte-americana aos olhos do público, e que

⁶⁶⁷ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Texas Law Review. V. 84. nº 2. 2005. p. 309-310.

⁶⁶⁸ FRIEDMAN, Barry. **Mediated popular constitutionalism**. Michigan Law Review. V. 101. p. 2610.

⁶⁶⁹ FRIEDMAN, Barry. **Mediated popular constitutionalism**. Michigan Law Review. V. 101. p. 2608.

existia uma oposição organizada, desde o início, ao plano de ampliação do tribunal⁶⁷⁰. Ainda segundo o autor, apoio semelhante impediu maiores investidas contra o poder judiciário durante o período da reconstrução, assim como ocorreu em outros países, como na Alemanha⁶⁷¹.

O cientista político David Easton identificou, no seu trabalho *Re-assessment of the concept of political support*, a existência de dois apoios populares distintos: o difuso e o específico⁶⁷². De acordo com o autor, o apoio específico seria aquele relativo à satisfação que os membros de uma comunidade política obtém a partir da percepção de resultados específicos, da *performance* dos órgãos públicos e a relação das autoridades políticas com esses resultados⁶⁷³.

Essa apoio pressupõe que as pessoas conheçam as autoridades responsáveis pelas decisões do dia a dia do sistema político, ainda que elas não saibam descrever especificamente os seus nomes e suas funções⁶⁷⁴. Trata-se, portanto, do suporte conferido a partir da percepção do público sobre as decisões, políticas e ações dos agentes públicos⁶⁷⁵.

Por sua vez, o suporte difuso é a avaliação geral feita sobre o que é um objeto ou o que ele representa, sem levar em conta as ações, decisões e políticas específicas. Trata-se, portanto, de um *reservoir* de atitudes favoráveis ou de boas impressões que auxiliam as pessoas a aceitarem ou tolerarem determinados resultados com as quais elas não concordam ou que são lesivas aos seus interesses⁶⁷⁶.

É uma espécie de apoio ou suporte mais durável do que o suporte específico, embora possa se modificar com o tempo ou até mesmo em pequenos intervalos de tempo, a depender das circunstâncias⁶⁷⁷.

É imprescindível destacarmos que a divisão entre essas duas espécies de apoio popular não é estanque. Desta feita, o intenso descontentamento da opinião pública com determinado

⁶⁷⁰ FRIEDMAN, Barry. **Mediated popular constitutionalism**. Michigan Law Review. V. 101. p. 2609.

⁶⁷¹ FRIEDMAN, Barry. **Mediated popular constitutionalism**. Michigan Law Review. V. 101. p. 2609.

⁶⁷² EASTON, David. **Re-assessment of the concept of political support**. British Journal of Political Science. V. 5. n° 4. 1975.

⁶⁷³ EASTON, David. **Re-assessment of the concept of political support**. British Journal of Political Science. V. 5. n° 4. p. 437.

⁶⁷⁴ EASTON, David. **Re-assessment of the concept of political support**. British Journal of Political Science. V. 5. n° 4. 1975. p. 437.

⁶⁷⁵ EASTON, David. **Re-assessment of the concept of political support**. British Journal of Political Science. V. 5. n° 4. 1975. p. 437.

⁶⁷⁶ EASTON, David. **Re-assessment of the concept of political support**. British Journal of Political Science. V. 5. n° 4. 1975. p. 444.

⁶⁷⁷ EASTON, David. **Re-assessment of the concept of political support**. British Journal of Political Science. V. 5. n° 4. p. 444.

comportamento de uma instituição poderá afetar o seu apoio difuso, enfraquecendo a sua rede de apoio perante a população e os demais poderes⁶⁷⁸.

Transportando essas lições para as ações estruturais, o cumprimento e a eficácia das decisões proferidas pelos tribunais vai depender do prestígio e do apoio que esses órgãos possuem perante a população, da percepção geral que as pessoas tem sobre o poder judiciário e sobre a *performance* desse poder no exercício de suas atribuições.

Nesse sentido, sob uma perspectiva estratégica, é importante que os tribunais possuam um acervo de decisões que se incluam no *mainstream* da opinião pública⁶⁷⁹, reservando a menor cota de decisões contramajoritárias para os casos mais importantes como a proteção dos direitos fundamentais das minorias tutelados através das ações estruturais.

Esse capital político, aliado a outras circunstâncias como a maior fragmentação do poder a e inexistência de coalizações entre o executivo e legislativo⁶⁸⁰, influenciarão diretamente na resistência imposta pelos órgãos políticos e na maior ou menor eficácia das decisões proferidas nas ações estruturais.

O cálculo do custo político dessas decisões contramajoritárias nem sempre será facilmente realizável, conforme bem destaca o professor colombiano Rodrigo Uppriny⁶⁸¹. Além disso, é possível que a busca por apoio ou prestígio, ou os interesses pessoais dos próprios magistrados, culminem em excessos e desvios de larga escala como o populismo judicial.

O professor David Landau faz uma importante crítica nesse sentido, ao analisar a jurisprudência da Corte Constitucional colombiana. De acordo com o professor, a partir da década de 1990, o tribunal constitucional deu uma guinada populista na sua jurisprudência, que passou a privilegiar os interesses econômicos de grupos da classe média em troca do amplo apoio dessas classes⁶⁸².

⁶⁷⁸ FRIEDMAN, Barry. **Mediated popular constitutionalism**. Michigan Law Review. V. 101. p. 2613. EASTON, David. **Re-assessment of the concept of political support**. British Journal of Political Science. V. 5. n° 4. 1975. p. 448.

⁶⁷⁹ FRIEDMAN, Barry. **Mediated popular constitutionalism**. Michigan Law Review. V. 101. p. 2611.

⁶⁸⁰ YEPES, Rodrigo Uppriny. The enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (ed). **Courts and Social Transformation in New Democracies: An institutional voice for the poor?** Ashgate Publishing Company: Burlington, 2006. p. 144-145. EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34.

⁶⁸¹ YEPES, Rodrigo Uppriny. The enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (ed). **Courts and Social Transformation in New Democracies: An institutional voice for the poor?** Ashgate Publishing Company: Burlington, 2006. p. 144

⁶⁸² LANDAU, David. **The Reality of Social Rights Enforcement**. Harvard International Law. V. 53. n° 1. 2012. p. 216

Para Landau, dois exemplos sustentam bem a tese do populismo judicial nessa época: a proteção dos interesses dos devedores do sistema de habitação nacional e as tentativas do tribunal de assegurar aumentos salariais para servidores públicos da classe média, apesar da grave crise orçamentária pela qual o país passava à época⁶⁸³.

No caso do sistema de habitação nacional, julgado em 1999, a corte declarou a completa inconstitucionalidade da lei que tratava do tema por vício de iniciativa do Presidente da República e, após a aprovação da nova lei, conferiu interpretação conforme em sede de controle abstrato para estabelecer que a cobrança de juros somente seria possível pela menor taxa cobrada no mercado colombiano⁶⁸⁴.

O relator de duas das decisões mais importantes do tribunal nesses casos, o magistrado José Gregorio Hernández, deu várias entrevistas defendendo o entendimento do tribunal a partir de argumentos populistas⁶⁸⁵, tendo se candidatado ao cargo de Vice-Presidente da República nas eleições de 2001, após deixar o cargo. O magistrado Cifuentes, que divergiu da maioria nesses casos, foi apontado pelo Presidente da Colômbia na lista de indicações para o cargo de *Defensor del Pueblo*, sendo o seu nome foi aprovado pelo Senado⁶⁸⁶. Ainda de acordo com Landau, diversos outros juízes do tribunal entraram para a política após o fim de seus mandatos⁶⁸⁷.

A segunda grande decisão populista ocorreu em 2000, durante um período de crise econômica na qual o governo propôs reajuste de 9% para os servidores que ganhavam abaixo de duas vezes o valor do salário-mínimo e nenhum reajuste para os servidores com vencimentos superiores a esse patamar⁶⁸⁸.

Ao julgar o caso, a Corte Constitucional entendeu que o governo estava obrigado, pelo princípio da progressividade ou da proibição de retrocesso, a conceder o reajuste aos servidores pelo percentual mínimo equivalente à inflação, o que impactou positivamente os vencimentos de 600.000 funcionários públicos⁶⁸⁹.

⁶⁸³ LANDAU, David. **The Reality of Social Rights Enforcement**. Harvard International Law. V. 53. nº 1. 2012. p. 216.

⁶⁸⁴ LANDAU, David. **The Reality of Social Rights Enforcement**. Harvard International Law. V. 53. nº 1. 2012. p. 218.

⁶⁸⁵ LANDAU, David. **The Reality of Social Rights Enforcement**. Harvard International Law. V. 53. nº 1. 2012.

⁶⁸⁶ LANDAU, David. **The Reality of Social Rights Enforcement**. Harvard International Law. V. 53. nº 1. 2012. p. 219.

⁶⁸⁷ LANDAU, David. **The Reality of Social Rights Enforcement**. Harvard International Law. V. 53. nº 1. 2012. p. 219.

⁶⁸⁸ LANDAU, David. **The Reality of Social Rights Enforcement**. Harvard International Law. V. 53. nº 1. 2012. p. 219-220.

⁶⁸⁹ LANDAU, David. **The Reality of Social Rights Enforcement**. Harvard International Law. V. 53. nº 1. 2012. p. 220.

Essa decisão, além de possuir um impacto negativo sobre a macroeconomia da Colômbia, à época, por aumentar o *déficit* público e as taxas de inflação, também foi noticiada pela imprensa como sendo mais benéfica para os servidores públicos com maiores rendimentos, afetando drasticamente as camadas mais pobres da população pela redução de investimentos sociais⁶⁹⁰.

Embora acredite-se que a crítica de David Landau seja um pouco exagerada e parte em dissonância com a análise global das decisões da Corte Constitucional da Colômbia, que possui uma jurisprudência altamente progressista em diversos outros assuntos envolvendo minorias que não participam do processo político, a advertência e o alerta apresentados pelo autor são de extrema importância, uma vez que a busca pelo populismo judicial faz com que os tribunais se preocupem apenas com os interesses majoritariamente vigentes na sociedade, relegando ou esquecendo os direitos das minorias e dos mais pobres.

Desta feita, é importante que se criem mecanismos que evitem a busca por esse populismo como, por exemplo, um período de quarentena significativo para que os juízes das cortes constitucionais ocupem outros cargos públicos ou disputem mandatos eletivos, a fim de que eles se sintam menos incentivados a adotar posturas e decisões desse tipo.

Em síntese, a eficácia das decisões estruturais proferidas pelos tribunais será maior e melhor na medida em que as cortes se situem no ponto de equilíbrio entre o apoio difuso e específico e os riscos do populismo judicial.

5.2 Efeitos simbólicos, instrumentais, diretos e indiretos, medidas afirmativas e transformativas

As decisões judiciais podem produzir diferentes efeitos. Apesar disso, os estudiosos do direito e da ciência política costumam limitar a análise dos efeitos das decisões apenas aos seus impactos diretos e imediatos. Transplantando essa análise para as ações estruturais, a conclusão a que se poderia chegar, em uma primeira análise, é que essas ações seriam pouco eficazes, uma vez que em diversos casos os efeitos concretos das decisões somente são produzidos após vários anos ou décadas após os julgamentos.

Scheingold refletiu essa corrente de pensamento ao afirmar que a experiência dos direitos fundamentais nos Estados Unidos teria sido tomada pelo ceticismo, uma vez que as decisões da Suprema Corte em casos relevantes, como os que envolviam a segregação racial,

⁶⁹⁰ LANDAU, David. **The Reality of Social Rights Enforcement**. Harvard International Law. V. 53. nº 1. 2012. p. 221.

teriam se diluído em uma miríade de controvérsias administrativas e políticas com poucos resultados efetivos⁶⁹¹.

Inobstante, há certa contradição entre essa afirmação e a experiência prática uma vez que diversos grupos, incluindo ambientalistas, mulheres, prisioneiros e os menos favorecidos, continuam a acionar as cortes com a expectativa de obterem a concretização de seus direitos fundamentais⁶⁹².

Ou seja, se as cortes possuem pouca efetividade na realização de mudanças sociais, por que esse grupos continuam se dirigindo aos tribunais para a concretização de suas demandas?

Uma das possíveis explicações para essa ambiguidade consiste na análise holística e global dos efeitos produzidos pelas decisões judiciais, inclusive com auxílio de outras ciências como a ciência política. Essa forma distinta de olhar os efeitos das decisões judiciais demonstra que elas podem produzir, além dos seus tradicionais efeitos diretos e imediatos acima transcritos, efeitos simbólicos e indiretos que contribuem para a concretização dos direitos fundamentais, em especial a longo prazo.

Essa segunda forma de visualização dos efeitos das decisões judiciais é denominada por Charles Epp como a política dos direitos, ou seja, a compreensão de que as decisões judiciais que reconhecem direitos fundamentais constituem apenas mais um recurso disponível na arena política que deve ser utilizado pelos litigantes e grupos de interesse nos embates políticos subsequentes⁶⁹³.

A revisão da literatura existente permite estabelecer algumas categorias abstratas que agrupam os diferentes efeitos que podem ser produzidos pelas decisões judiciais, quais sejam: os efeitos simbólicos, instrumentais, diretos e indiretos. Outra questão que influi diretamente sobre a efetividade das decisões judiciais em ações estruturais são as medidas afirmativas ou transformativas contidas nessas decisões.

Antes de passar à análise específica da classificação dos efeitos das decisões judiciais, é importante lembrar a afirmação do administrativista argentino Augustin Gordillo, no sentido de que as classificações cumprem uma função metodológica e sistematizadora, sendo

⁶⁹¹ *apud* EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 595.

⁶⁹² EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 595. p. 595.

⁶⁹³ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 600.

desprovidas de caráter dogmático que demandem uma única definição como válida ou verdadeira⁶⁹⁴.

No caso em questão, não se busca classificar os efeitos das decisões judiciais a partir de esquemas formalistas rígidos e definidos a partir de sua estrutura e nem se objetiva estabelecer verdades absolutas. O principal objetivo é identificar os distintos efeitos que podem ser produzidos nas ações estruturais e a forma com que esses efeitos saem do mundo jurídico e entram na vida das pessoas.

Estabelecida essa premissa, passa-se a analisar, brevemente, os efeitos acima descritos.

O primeiro tipo proposto são os efeitos *simbólicos* das decisões, constituídos pela importância, relevância e incentivos que decorrem do reconhecimento judicial dos direitos⁶⁹⁵. As decisões que reconhecem a existência de um novo direito possuem essa força moral, esse caráter de reconhecimento a um grupo de indivíduos do direito de obter determinada prestação ou bem jurídico.

De acordo com César Rodríguez, esses efeitos promovem a mudança de ideias, percepções ou do imaginário social sobre o objeto de determinada ação. Sob uma perspectiva sociológica, implicam em mudanças culturais ou ideológicas sobre o problema discutido nas ações⁶⁹⁶.

Portanto, ao reconhecer a existência desses direitos aos indivíduos e do respectivo dever legal, as decisões judiciais incentivam o ajuizamento de novas ações por parte dos beneficiários e fazem com que eles incorporem às suas demandas a linguagem dos direitos fundamentais, que passam a ser melhor conhecidos e utilizados, gerando um empoderamento dos beneficiários perante o Estado e a sociedade⁶⁹⁷.

Da mesma forma, os atos públicos como as decisões, audiências e as alegações das partes aumentam a visibilidade e atenção sobre os problemas discutidos nas ações⁶⁹⁸, que passam a ser cobertas pela grande mídia e acompanhadas pelo público em geral. Nesse

⁶⁹⁴ GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. tomo 8. Teoría General del Derecho Administrativo. Primeira Edición. Fundación de Derecho Administrativo: Buenos Aires, 2013. p. 211.

⁶⁹⁵ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 596.

⁶⁹⁶ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 25.

⁶⁹⁷ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 269-270.

⁶⁹⁸ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 596.

sentido, essa publicização afeta e altera diretamente a percepção da opinião pública sobre a urgência e a gravidade do problema, por vezes aumentando a pressão exercida sobre o Estado e os atores sociais para que encontrem e implementem uma solução para o caso⁶⁹⁹.

César Garavito Rodríguez destaca ainda que os efeitos simbólicos atuam na criação do problema, ou seja, na definição da questão a partir da decisão judicial e no enquadramento dessa questão como algo que integra o mundo jurídico e o sistema de direitos fundamentais, atribuindo visibilidade aos problemas e incluindo-os no debate público e na agenda política⁷⁰⁰.

Por sua vez, os efeitos instrumentais que, na classificação de César Rodríguez, se contrapõem aos efeitos simbólicos, são aqueles que promovem a mudança material ou concreta da conduta de indivíduos ou grupos como, por exemplo, através da criação de novos programas ou políticas públicas ou da formação de grupos organizados que passam a intervir diretamente nas questões discutidas nessas ações⁷⁰¹.

Veja-se que nem sempre a distinção entre esses dois efeitos é clara ou bem delineada, haja vista a forte conexão existente entre os incentivos simbólicos e a adoção de comportamentos ou condutas concretas e específicas pelos envolvidos.

Nesse sentido, estudos da sociologia e ciência política sugerem que as organizações públicas e privadas buscam se adequar ao ambiente legal de reconhecimento de direitos, fiscalizando e efetivando esses direitos antes mesma da execução judicial, como forma de aumentar a própria legitimidade, obter o apoio popular e escapar da pressão exercida pela opinião pública, o que demonstra a força simbólica e psicológica que o reconhecimento judicial de um direito exerce sobre os comportamentos dos agentes públicos e privados⁷⁰².

Além dessa primeira definição de efeitos instrumentais, também vislumbramos a possibilidade de serem classificados nessas categorias as decisões que melhoram o acesso dos indivíduos às cortes e tribunais, tal como destaca o professor Charles Epp⁷⁰³. Nesse caso, entendemos que os efeitos instrumentais seriam contrapostos aos efeitos materiais que

⁶⁹⁹ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 24.

⁷⁰⁰ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 93-94.

⁷⁰¹ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 24.

⁷⁰² EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 605.

⁷⁰³ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 596.

decorrem das decisões que tratam do mérito, propriamente dito, dos direitos fundamentais discutidos judicialmente.

Por sua vez, os efeitos diretos abrangem as condutas contidas na decisão e que afetam diretamente os atores processuais envolvidos, sejam os litigantes, os beneficiários ou os destinatários das ordens⁷⁰⁴. Nas ações estruturais, esses comandos buscam tutelar os direitos fundamentais postulados nas ações, através da implementação de reformas estruturais e da modificação do arranjo institucional dos órgãos públicos demandados.

É importante destacar que a implementação direta e imediata das decisões judiciais, em especial nos casos das ações estruturais, é algo bastante raro. Os motivos para essa falta de efetividade imediata são muitos: a fragmentação do sistema político e jurídico, ambiguidades ou omissões das decisões judiciais, sobreposição de competências e atribuições dos órgãos públicos e a existência de diversos *veto points* e *players* nos diferentes foros políticos em que essas questões são abordadas⁷⁰⁵.

Portanto, mesmo havendo a predominância dos litigantes no foro jurídico, a prevalência de uma força ou grupo contrário àquela demanda no foro político constitui um sério empecilho à produção desses efeitos diretos⁷⁰⁶.

Apesar disso, em diversos casos constata-se a produção parcial de efeitos diretos ou imediatos que, se por um lado, não atendem a todas as necessidades dos titulares dos direitos fundamentais, pelo outro, constituem a opção mais viável à curto prazo, significando algum grau de melhoria no nível de concretização dos direitos⁷⁰⁷.

Já os efeitos indiretos são todas aquelas consequências que, sem estarem estipuladas na ordem judicial, decorrem da decisão e afetam não apenas os demandantes do processo, mas todo e qualquer ator social⁷⁰⁸.

César Garavito Rodríguez destaca, como exemplo desses efeitos indiretos, os casos de formações de coalizões de organizações da sociedade civil para a execução das decisões

⁷⁰⁴ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 24.

⁷⁰⁵ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform.** The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 600.

⁷⁰⁶ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform.** The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 600.

⁷⁰⁷ Sobre a produção de determinados efeitos decorrentes diretamente das decisões em ações estruturais, Cf.: RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 254-272.

⁷⁰⁸ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 24.

judiciais e a mudança na forma como os meios de comunicação passam a informar sobre os problemas discutidos nessas ações⁷⁰⁹.

No que toca às medidas afirmativas e transformativas, deve-se assentar que a utilização de uma categoria ou outra enquanto remédios ou instrumentos para a concretização dos direitos fundamentais possui um impacto direto na implementação das ordens judiciais e nos resultados esperados.

Com efeito, a distinção entre esses dois instrumentos e dos seus efeitos correspondentes é formulada no âmbito da filosofia política e jurídica. A teoria de justiça redistributiva e de reconhecimento da professora norte-americana Nancy Fraser, exposta no livro *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*, aborda a questão.

Para Nancy Fraser, as medidas afirmativas buscam reparar injustiças a partir da correção de resultados desiguais decorrentes das estruturas sociais existentes sem intervir, contudo, nas estruturas sociais subjacentes que geram esses resultados⁷¹⁰. Segundo a autora, um exemplo de medidas afirmativas seriam as políticas existentes no estado de bem estar social, que buscam tratar da questão da má distribuição de recursos através de políticas redistributivas⁷¹¹. Outro exemplo são as políticas de cotas raciais ou sociais nas universidades públicas.

Por sua vez, as medidas transformativas buscam corrigir esses resultados injustos a partir da reorganização das estruturas sociais que geram esse quadro de desigualdade, atuando na raiz ou causa do problema⁷¹². Portanto, no caso específico da educação, uma medida transformativa seria a criação de um sistema público de ensino que igualasse as condições iniciais de aprendizado e acesso dos alunos ao ensino superior.

A vantagem na utilização de medidas afirmativas nas ações estruturais se dá pelo fato de elas serem mais fáceis de implementar, uma vez que não há a necessidade de realização de mudanças drásticas e complexas⁷¹³.

⁷⁰⁹ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. 2003. **Redistribution or recognition?** A political-philosophical exchange. Trad. Joel Golb; James Ingram; Christine Wilke. New York, London: Verso, 2003. p. 24.

⁷¹⁰ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. 2003. **Redistribution or recognition?** A political-philosophical exchange. Trad. Joel Golb; James Ingram; Christine Wilke. New York, London: Verso, 2003. p. 74.

⁷¹¹ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. 2003. **Redistribution or recognition?** A political-philosophical exchange. Trad. Joel Golb; James Ingram; Christine Wilke. New York, London: Verso, 2003. p. 74.

⁷¹² FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. 2003. **Redistribution or recognition?** A political-philosophical exchange. Trad. Joel Golb; James Ingram; Christine Wilke. New York, London: Verso, 2003.,p. 74.

⁷¹³ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. 2003. **Redistribution or recognition?** A political-philosophical exchange. Trad. Joel Golb; James Ingram; Christine Wilke. New York, London: Verso, 2003. p. 78.

No âmbito da ciência política, defende-se que quanto maior e mais drástica a mudança pretendida, menor a probabilidade de ela ser imediatamente implementada, haja vista a grande contramobilização normalmente empreendida pelos opositores dessa reestruturação social⁷¹⁴.

Nessa linha, Paul Sabatier defende que reformas significativas ou afirmativas são mais facilmente implementadas do que mudanças drásticas, uma vez que as primeiras mobilizam os seus apoiadores a buscarem a sua concretização sem provocar uma massiva contramobilização por parte de seus opositores⁷¹⁵.

Sob a perspectiva das teorias neoinstitucionalistas que analisam os estímulos que levam os juízes a decidirem da forma como que decidem, há ainda uma segunda vantagem na utilização das medidas afirmativas que se verifica nos casos em que a reforma pretendida contraria, em certa medida, as preferências políticas e ideológicas prevaletentes em determinada sociedade.

Com efeito, os juízes são menos propensos a aceitar e endossar grandes mudanças que não encontrem amparo em valores constitucionais bem estabelecidos e, mesmo nos casos em que haja uma propensão para essas mudanças, como nas hipóteses de flagrantes injustiças, eles normalmente buscam realizá-las de forma incremental do que de maneira drástica⁷¹⁶.

É por esse motivo que Scheingold destacou que a superação dos limites impostos pelo caráter restrito dos direitos fundamentais da Constituição norte-americana e de sua ideologia capitalista-liberal era mais fácil quando as decisões estavam de acordo com o fluxo da maré política⁷¹⁷. Pela mesma razão, John Frank já dizia, em 1951, que as cortes amam a liberdade ao máximo quando ela está sob a menor pressão⁷¹⁸.

Por outro lado, as medidas transformativas podem apresentar resultados mais perenes e duradouros, justificando o reconhecimento de direitos em termos mais universalistas, sem a criação de grupos estigmatizados pela fruição de benefícios especiais⁷¹⁹.

Ou seja, a criação de um programa afirmativo de auxílio financeiro ou material para os pobres que não interfira no âmago das estruturas sociais que geram essa desigualdade e que se

⁷¹⁴ SABATIER, Paul *apud* EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 598.

⁷¹⁵ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 599. nota de rodapé nº 1.

⁷¹⁶ EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 599.

⁷¹⁷ *apud* EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008. Chapter 34. p. 599.

⁷¹⁸ FRANK, John P. **The United States Supreme Court: 1949-1950**. Yale Law School. Faculty Scholarship Series. Paper 4036. p. 20.

⁷¹⁹ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. 2003. **Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange**. Trad. Joel Golb; James Ingram; Christine Wilke. New York, London: Verso, 2003. p. 77.

prolongue por tempo indeterminado vai demandar uma contínua política redistributiva que não só não resolve a causa ou a raiz do problema como também gera um *backlash* por parte dos financiadores desses programas, que passam a demonizar os beneficiários, acusando-os de serem preguiçosos e aproveitadores, por exemplo⁷²⁰.

Sabe-se que algumas medidas afirmativas podem ter efeitos transformativos, uma vez que a melhor distribuição de recursos ou fruição de direitos pode gerar efeitos positivos sobre a desconstrução dessa estrutura social do *status quo* que gera a desigualdade⁷²¹. Da mesma forma, o uso de medidas afirmativas pode ser mais indicado para se obter resultados a curto prazo, impedindo que gerações inteiras de indivíduos se percam pela omissão estatal na concretização de direitos fundamentais básicos.

Entendemos que os objetivos principais e finais das ações estruturais são a instituição de medidas transformativas, ou seja, completos rearranjos estruturais nos órgãos estatais para que todos os indivíduos possam estar em pleno gozo de seus direitos fundamentais. No entanto, nem sempre essa medida será imediatamente possível.

Portanto, caberá aos atores e participantes das ações estruturais, incluindo os demandantes e demandados, terceiros intervenientes e juízes, escolher e combinar as medidas afirmativas e transformativas mais compatíveis com o caso, a partir das características e consequências acima descritas. Nesse sentido, é importante analisar inclusive se esses instrumentos são concretamente viáveis para os casos analisados e quais as reações que eles irão provocar.

Em suma, as decisões em ações estruturais podem produzir mudanças sociais a curto, médio e longo prazo através de efeitos simbólicos e instrumentais, diretos e indiretos e de medidas afirmativas e transformativas que, analisados no seu contexto global, demonstram a eficácia ou efetividade da utilização dessas ações para a obtenção de reformas sociais e a concretização de direitos fundamentais.

5.3 Os efeitos ou impactos concretos das ações estruturais no direito comparado

Após a análise de todos os elementos e circunstâncias que influenciam a eficácia das decisões estruturais e dos efeitos que podem, em tese, ser produzidos nessas ações, já é

⁷²⁰ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. 2003. **Redistribution or recognition?** A political-philosophical exchange. Trad. Joel Golb; James Ingram; Christine Wilke. New York, London: Verso, 2003. p. 77.

⁷²¹ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. 2003. **Redistribution or recognition?** A political-philosophical exchange. Trad. Joel Golb; James Ingram; Christine Wilke. New York, London: Verso, 2003.

possível passarmos para o estudo dos efeitos e dos impactos concretamente observados nos principais julgamentos sobre esse tema.

O estudo desses efeitos será subdividido por países. Considerando que no primeiro capítulo já foi apresentado um panorama geral sobre as ações estruturais no mundo e que o objetivo dessa seção é analisar de forma mais aprofundada e reflexiva as consequências que podem e foram concretamente produzidas após o julgamento dessas ações, entendemos ser mais útil ao fim proposto a análise concentrada em dois países específicos.

O primeiro são os Estados Unidos pelo pioneirismo, longa tradição e profícua produção doutrinária sobre o tema, o que permite vislumbrar, de uma forma geral, quais efeitos podem e devem ser normalmente produzidos nessas ações. O segundo é a Colômbia, pelas semelhanças políticas e sociais que possuem com o Brasil e pelas experiências inovadoras que foram realizadas nesse país o que, certamente, ajudará a entender melhor de que forma e por que meios as ações estruturais podem ser úteis e efetivas na nossa realidade.

5.3.1 Os efeitos das decisões nas ações estruturais nos Estados Unidos

5.3.1.1 A segregação racial no sistema público de ensino

Conforme já demonstrado no primeiro capítulo, as ações estruturais surgiram nos Estados Unidos a partir do julgamento de *Brown v. Board of Education*, em 1954, que tratou do tema do fim da segregação racial no sistema público de ensino daquele país.

Até esse julgamento, vigia o entendimento firmado em *Plessy v. Ferguson*, em 1896, que estabeleceu a doutrina do *separate but equal*, que permitia a segregação institucionalizada entre negros e brancos, desde que as condições e os serviços prestados fossem equivalentes.

É importante destacar que o caso *Brown* foi julgado quase noventa anos após as promulgações das 13ª e 14ª emendas à Constituição norte-americana, que puseram fim à escravidão e reconheceram a condição de cidadãos a todos os norte-americanos natos ou naturalizados.

Outra circunstância importante é que o julgamento de *Brown* foi precedido por outros casos semelhantes, julgados a partir de 1938, como os precedentes firmados em *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, *Sipuel v. University of Oklahoma* e *McLaurin v. Oklahoma*, nos quais a Suprema Corte dos Estados Unidos garantiu o direito à educação de crianças negras em

escolas para brancos em virtude da ausência de escolas e universidades com o mesmo grau de investimento e iguais condições⁷²².

Isso demonstra a mobilização de organizações da sociedade civil ligadas à defesa dos direitos dos negros nos Estados Unidos para a superação do precedente firmado em *Plessy* e a paulatina relativização daquele precedente pela Suprema Corte, cujo ápice ocorreu exatamente em 1954.

Nesse sentido, o precedente firmado em *Brown* reconheceu expressamente que a existência de escolas segregadas violava o direito à igualdade de oportunidades, gerando nas crianças negras um "*sentimento de inferioridade em relação ao seu status na comunidade que pode afetar seus corações e suas cabeças de uma forma que pode jamais ser desfeita*"⁷²³.

De acordo com a Suprema Corte, esse impacto negativo é maior quando chancelado pela lei, afetando diretamente a motivação das crianças para a educação e o aprendizado, com forte tendência a provocar o subdesenvolvimento educacional e mental das crianças negras, razão pela qual o tribunal concluiu que o precedente firmado em *Plessy* não se aplicava à educação pública⁷²⁴.

Sob a perspectiva dos efeitos simbólicos produzidos, existem duas análises diametralmente opostas sobre o impacto dessa decisão. Uma primeira análise é que essa decisão deu origem a uma forte e precipitada oposição ao fim da segregação racial nos Estados Unidos, sendo a causa das reações enérgicas e violentas verificadas no sul⁷²⁵.

Desta feita, a decisão seria a prova da inefetividade das cortes para promoverem grandes mudanças sociais, razão pela qual os tribunais deveriam evitar decidir casos polêmicos e conflituosos como esse, deixando que essas mudanças fossem realizadas através do processo político ordinário⁷²⁶.

Um dos autores que defendem essa visão sobre o caso é o historiador norte-americano Michael Klarman. Para ele, a decisão em *Brown* não conseguiu acabar com a segregação racial ou sequer inspirar o movimento de direitos civis, tendo gerado apenas um forte *backlash* contra mudanças raciais no sul que, de tão forte, acabou por gerar um contra

⁷²² KIZER, Benjamin H. **The impact of Brown vs. Board of Education.** Gonzaga Law Review. V. 2. 1967. p. 2-4.

⁷²³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown vs. Board of Education.** 347 US 483 (1954). p. 5.

⁷²⁴ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown vs. Board of Education.** 347 US 483 (1954). p. 5.

⁷²⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Democratic constitutionalism and backlash.** Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. v. 42. p. 390.

⁷²⁶ POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Democratic constitutionalism and backlash.** Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. v. 42. p. 390.

backlash no norte que contribuiu significativamente para a ocorrência das mudanças sociais⁷²⁷.

Portanto, seria melhor que as instituições políticas, como o executivo e o congresso, promovessem as mudanças necessárias em espaços de negociação que são típico da política, evitando assim as reações violentas que ocorrem quando essas questões são levadas aos tribunais pelos demandantes e decididas por juízes sem os debates e as negociações necessários⁷²⁸.

A segunda análise sobre o tema, com a qual concordamos, é a de que *Brown* foi um importante símbolo da luta dos negros pelo direito à igualdade nos Estados Unidos, tendo inspirado o movimento de direitos civis e novas demandas por igualdade. Nessa linha de raciocínio, Benjamin Kinzer destaca que esse precedente foi citado em mais de 300 casos julgados pelas cortes federais, bem como pelos tribunais estaduais, inclusive do sul, que faziam referência ao julgado com um respeito relutante⁷²⁹.

Da mesma forma, pesquisas realizadas logo após a decisão mostraram que mais da metade dos norte-americanos concordavam com a decisão porque achavam-na moralmente correta, sendo que houve um acréscimo significativo dos apoiadores de *Brown* com o passar do tempo⁷³⁰, havendo, pois, uma conexão ou relação de causalidade entre a alteração da opinião pública sobre questões de igualdade racial e o precedente então firmado.

Embora essa decisão tenha gerado grandes conflitos sociais, entende-se que as demandas por direitos geram, em vários casos, como no precedente *Brown*, conflitos inevitáveis, que existiriam ainda que esses direitos fossem reconhecidos através do processo legislativo, em especial quando desafiam o *status quo* das elites hegemônicas e almejam a implementação de medidas transformativas de grande porte⁷³¹.

Quanto aos que defendem que o direito à igualdade seria melhor atingido através do processo político ordinário, sem a ocorrência de conflitos violentos, é importante destacar que o Congresso norte-americano estava absolutamente inerte no que toca aos avanços no

⁷²⁷ KLARMAN, Michael. **How the Brown Decision Changed Race Relations**. The Journal of American History. 1994.

⁷²⁸ POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Democratic constitutionalism and backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. v. 42. p. 391-393

⁷²⁹ KIZER, Benjamin H. **The impact of Brown vs. Board of Education**. Gonzaga Law Review. V. 2. 1967. p. 5.

⁷³⁰ FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009. p. 245.

⁷³¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Democratic constitutionalism and backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. v. 42. p. 390.

reconhecimento dos direitos da população negra, desde a promulgação das 13ª e 14ª emendas constitucionais.

Por outro lado, após a decisão e o acirramento do debate entre os defensores do fim da segregação racial e os seus opositores, o Congresso finalmente promulgou o *Civil Rights Act* de 1964 e o *Voting Rights Act* de 1965, o primeiro prevendo a possibilidade de impetração da ação de *injunctive relief* contra discriminações baseadas em raça, cor, religião ou origem nacional em locais públicos como hotéis, restaurantes, cinemas, teatros, casas de show e arenas esportivas, e o segundo ampliando as garantias do direito ao voto a todos os cidadãos⁷³².

Essas duas leis são bons exemplos dos efeitos indiretos provocados pela decisão em *Brown*, que deu causa a essa expansão do fim da segregação racial para outras áreas além da educação pública. Nesse sentido, o próprio Michael Klarman reconhece que o caso *Brown* "foi indiretamente responsável pela criação das transformativas leis de direitos fundamentais de meados da década de 1960"⁷³³.

A questão mais controversa desse julgado, no que toca aos efeitos ou à efetividade da decisão, refere-se à produção de efeitos diretos ou, mais especificamente, pela demora na produção desses efeitos, haja vista o atraso na implementação das ordens que determinavam o fim da segregação racial nas escolas dos Estados Unidos.

No que toca a esse ponto, a primeira razão que possivelmente explica essa inefetividade seria a constatação, pela Suprema Corte, da ausência de condições favoráveis a adoção imediata dessas medidas. Ou seja, o tribunal, dependendo da colaboração dos agentes públicos e do apoio popular para ver cumprida suas decisões, e antevendo a significativa resistência que resultaria na determinação do fim imediato da segregação racial nas escolas, teria optado por caminhar a passos lentos, conforme já ressaltado no primeiro capítulo desse trabalho⁷³⁴.

O segundo motivo para a porstergação das ordens executivas foram as complexas circunstâncias e variáveis que envolviam o caso e que impossibilitavam a adoção unilateral das medidas executivas pela Suprema Corte, sem a prévia oitiva e participação de todos os envolvidos.

⁷³² KIZER, Benjamin H. **The impact of Brown vs. Board of Education**. Gonzaga Law Review. V. 2. 1967. p. 17.

⁷³³ KLARMAN, Michael. **How the Brown Decision Changed Race Relations**. The Journal of American History. 1994. p. 82.

⁷³⁴ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1619.

Nesse ponto, a própria Suprema Corte reconheceu essa situação ao julgar o caso *Brown I*. O acórdão redigido pelo *Justice Warren* afirma expressamente que a "ampla aplicação dessa decisão" e "as grandes variedades das condições locais" davam causa a "problemas de considerável complexidade" na elaboração das ordens executivas⁷³⁵. Por esse motivo, o tribunal tentou obter a "ampla participação das partes na formulação das medidas executivas", razão pela qual decidiu que a elaboração das medidas de execução seria submetida a nova apreciação da corte após a oitiva das partes e dos interessados⁷³⁶.

Mesmo ao decidir o caso *Brown II*, em 1955, e determinar que a segregação racial fosse eliminada nos distritos escolares o mais rápido possível⁷³⁷, o que a Suprema Corte buscava era ganhar tempo, tanto que, por vários anos, não foi adotada nenhuma medida para exigir o cumprimento concreto dessas ordens⁷³⁸.

Apenas a partir de meados de 1960 é que os litigantes passaram a elaborar planos mais específicos de dessegregação escolar. Nesse ínterim, os tribunais passaram a implementar essas ordens e a promover a efetiva dessegregação⁷³⁹.

Diversos desafios foram enfrentados, como os critérios de recrutamento e seleção dos alunos, as polêmicas sobre a necessidade de fornecimento de transporte escolar, a segregação por regiões demográficas e integração entre distritos. No entanto, os planos judiciais implantados nas décadas de 1970 e 1980, dentre os quais o que fora elaborado no julgamento do caso *Swan vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, em 1971, deram resultado.

O testemunho de Owen Fiss sobre as mudanças promovidas é bastante ilustrativo. Segundo o autor, quase tudo mudou: foram previstos novos procedimentos para a designação de estudantes; novos critérios para a construção de escolas; remanejamento do corpo docente; revisão dos sistemas de transportes para acomodar novas rotas e distâncias; realocação de recursos entre escolas e novas atividades; modificações curriculares; revisões do calendário de esportes interescolares; novas informações sistemáticas sobre o monitoramento da performance das organizações, dentre outras medidas⁷⁴⁰.

Os dados estatísticos também comprovam a efetividade da decisão. Enquanto que em 1964, dez anos após *Brown*, apenas 1,2% dos alunos negros frequentava escolas

⁷³⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown vs. Board of Education**. 347 US 483 (1954).

⁷³⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown vs. Board of Education**. 347 US 483 (1954).

⁷³⁷ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1619.

⁷³⁸ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1619.

⁷³⁹ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1620.

⁷⁴⁰ FISS, Owen. **Foreword: The Forms of Justice**. Harvard Law Review. V. 93. nº 1. nov. 1979. p. 2-3.

tradicionalmente frequentadas por crianças brancas, esse número aumentou para 32% em 1968 e 45,1% em 1976, sendo que os resultados escolares dos alunos negros subiram dois terços acima das previsões no período de 1970 a 1990⁷⁴¹.

O fato desses efeitos terem sido produzidos apenas após quinze, vinte anos da decisão em *Brown* é algo importante e que deve ser considerado em relação às ações estruturais. As grandes mudanças sociais levam tempo e isso deve ser considerado pelos participantes dessas ações e estudiosos do tema. Isso não significa, em absoluto, que essas decisões são ineficazes.

Portanto, *Brown* pode ser considerado como uma ação estrutural de sucesso. É importante analisarmos, no entanto, se se trata de um caso isolado ou de um padrão. Para tanto, analisaremos a seguir a experiência em relação às ações envolvendo o sistema prisional nos Estados Unidos.

5.3.1.2 O inferno do sistema prisional

*Por mim se vai das dores à morada,
Por mim se vai ao padecer eterno,
Por mim se vai à gente condenada.*

*Moveu Justiça o Autor meu sempiterno
Formado fui por divina possança,
e Sabedoria e suma e amor supremo.*

*No existir, ser nenhum a mim se avança,
Não sendo eterno, e eu eterno perduto:
Deixai, ó vós que entrai, toda a esperança!*⁷⁴²

Máquina de destruir pessoas, depósito de gente, inferno, masmorra medieval, todos esses nomes são utilizados para descrever grande parte das prisões existentes em nosso país e no exterior. Nesse sentido, as inscrições da porta do inferno do livro "A Divina Comédia", de Dante Alighieri, que inspiraram a petição inicial na ADPF nº 347⁷⁴³, ajuizada no Brasil, passam uma ideia lírica e ao mesmo tempo real da situação que deu causa ao segundo caso de ações estruturais nos Estados Unidos.

Esse segundo exemplo envolve a questão do sistema prisional no país, marcado pela superpopulação carcerária, ausência de vagas e de infraestrutura, violência, crimes sexuais,

⁷⁴¹ Dados disponíveis em: < <http://www.civilrights.org>>. Acesso em: 07 jan. 2017, às 12:37.

⁷⁴² ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia**. São Paulo: Atena Editora, 2003. Canto III. p. 31.

⁷⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Petição Inicial. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requeridos: União e outros. Relator Ministro Marco Aurélio.

transmissão de doenças infectocontagiosas, homicídios, punições e castigos cruéis. Trata-se de uma situação que se repete em diversos países, inclusive no Brasil.

Os detentos dos sistemas prisionais constituem uma das minorias mais vulneráveis do nosso tempo, sendo um exemplo de grupo que é, ao mesmo tempo, invisível e demonizado. A invisibilidade ocorre porque as graves violações de direitos fundamentais desses presos não geram nenhuma comoção ou reação moral ou política por parte das classes sociais mais privilegiadas ou agentes do Estado⁷⁴⁴.

Por outro lado, quando esses detentos se rebelam ou ameaçam o sistema de violações de direito em massa que são as cadeias e os presídios, há a desconstrução da imagem desses indivíduos e proliferam-se ações e discursos que buscam eliminá-los da proteção do Direito e de garantias básicas e essenciais⁷⁴⁵.

Quando as ações estruturais envolvendo a questão dos presídios nos Estados Unidos começaram a ser ajuizadas, havia a esperança de que o aumento dos custos financeiros com a manutenção da grande população carcerária iria dar origem a uma política de desencarceramento.

O depoimento de Robert Cohen, médico e monitor judicial do sistema de saúde em algumas ações, é bastante elucidativo dessa pretensão inicial. Segundo ele, *"quando nós começamos o trabalho, alguns de nós sentiam que...ao forçar as prisões a fornecerem o serviço médico adequado, exigindo o gasto de dinheiro necessário para fazer o certo, que isso iria impedir o crescimento das prisões porque seria muito caro"*⁷⁴⁶.

No entanto, constatou-se que não há limites ao apoio popular nos gastos com o encarceramento dos indivíduos e optou-se, portanto, em melhorar as condições das prisões do que estabelecer medidas de desencarceramento⁷⁴⁷.

Esse contexto, associado à opinião de grande parte da população, que acham que os presidiários merecem sofrer as condições degradantes aos quais são submetidos⁷⁴⁸,

⁷⁴⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel (coord.); IKAWA, Daniela (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 207.

⁷⁴⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel (coord.); IKAWA, Daniela (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 209. Exemplo recente da demonização ocorreu no recente massacre do complexo Anísio Jobim, em Manaus. O Secretário da Juventude do Governo Temer, Bruno Júlio, ao se referir sobre a chacina de 56 presos, afirmou que, na verdade, "tinha era que matar mais". Cf.: <<http://blogs.oglobo.globo.com/panorama-politico/post/sobre-chacina-secretario-de-temer-diz-que-tinha-era-que-matar-mais.html>>.

⁷⁴⁶ SCHLANGER, Margo. **Civil Rights injunction over time**: a case study of jail and prison court orders. NYU Law Review. V. 81. nº 2. 2006. p. 560.

⁷⁴⁷ SCHLANGER, Margo. **Civil Rights injunction over time**: a case study of jail and prison court orders. NYU Law Review. V. 81. nº 2. 2006. p. 560-561.

demonstram as dificuldades na obtenção de apoio popular para essas ações, o que é um problema.

Nesse sentido, a obtenção de apoio popular às demandas instauradas em favor dos presidiários depende da divulgação cada vez maior dos abusos aos quais eles são submetidos e do debate público sobre questões morais e pragmáticas como as injustiças que essas pessoas sofrem e a inefetividade na recuperação dos indivíduos dos grandes e corrompidos sistemas prisionais.

Nos Estados Unidos, as ações estruturais envolvendo as condições degradantes dos sistemas prisionais foram ajuizadas a partir do final década de 1960 e início da década de 1970, permanecendo até os dias atuais.

Os primeiros precedentes foram firmados no julgamento dos casos *Holt v. Sarver*, *Finney v. Arkansas Board of Correction* e *Hutto v. Finney*, todos envolvendo a situação do sistema prisional do Arkansas, um dos piores do país. Nesses casos, questionavam-se as condições de encarceramento e o sistema de isolamento punitivo estabelecido no Arkansas, descrito no primeiro capítulo desse trabalho, no qual os presos eram confinados em pequenos espaços com péssima infraestrutura, submetidos a dietas de baixa calorias, sem direito a banho de sol e em contato com outros presos que possuíam graves doenças infecto-contagiosas⁷⁴⁹.

O primeiro caso, *Holt v. Sarver*, iniciou-se em 1969 e foi julgado procedente pela violação à Oitava e Décima Quarta Emendas à Constituição dos Estados Unidos, que proíbem os castigos desumanos e cruéis e estabelecem o direito à igualdade⁷⁵⁰. A implementação do julgado ocorreu através de ordens abertas, dirigidas aos órgãos estaduais, para que promovessem mudanças substantivas na melhoria das condições de encarceramento.

Após algumas melhorias em 1972 e 1973, a Corte de Apelação do Arkansas constatou, no julgamento do caso *Finney v. Arkansas Board of Correction*, nova deterioração dessas condições nos anos seguintes, como o aumento da superpopulação carcerária, inclusive no sistema de isolamento punitivo, a manutenção da dieta do grude de baixa caloria e a persistência de práticas violentas por parte dos agentes prisionais⁷⁵¹.

Por conta dessa reiterada inércia estatal, a Corte de Apelação estabeleceu ordens detalhadas sobre o número de indivíduos que podiam ocupar cada cela, ordenou a instalação

⁷⁴⁸ WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review: V. 41, 2004. p. 1631-1632.

⁷⁴⁹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Hutto vs. Finney**. 437 US 678. 1978.

⁷⁵⁰ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Hutto vs. Finney**. 437 US 678. 1978.

⁷⁵¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Hutto vs. Finney**. 437 US 678. 1978.

de beliches, pôs fim à dieta do grude e estabeleceu o limite máximo de trinta dias para o sistema de isolamento punitivo⁷⁵². Essa decisão foi mantida pela Suprema Corte, inclusive no julgamento do caso *Hutto v. Finney*, que tratava especificamente da limitação de trinta dias para o castigo de isolamento punitivo e das pesadas multas e taxas pagas pelo Estado em virtude dessas ações⁷⁵³.

Após o julgamento dessa e de outras ações semelhantes, constatou-se uma melhoria nas condições dos presídios norte-americanos, em especial nos estados do sul, com o fim das práticas de tortura pelos agentes prisionais e de estruturas sistêmicas que permitiam abusos, além da realização de investimentos na profissionalização e treinamento de pessoal e melhoria das condições físicas de encarceramento⁷⁵⁴.

Esse impacto positivo ou efeito direto das ações estruturais envolvendo o sistema prisional também foi verificado no julgamento do caso *Guthrie v. Evans*. Estudos elaborados após o encerramento da ação, em 1985, concluíram que não só as práticas de tortura terminaram como também foram eliminados os assassinatos de agentes públicos e de detentos pela falta de segurança e proteção na prisão estadual da Geórgia⁷⁵⁵.

Os próprios presidiários reconheceram a melhoria das condições de encarceramento e a relação dessa melhoria com as intervenções promovidas através das ações estruturais. O editor da revista dos detentos da Penitenciária Estadual de Louisiana, Wilbert Rideau, constatou, em 1979, a redução da violência sexual naquela unidade prisional em virtude das intervenções judiciais⁷⁵⁶.

Segundo Rideau, os estupros, que eram corriqueiros no dia a dia da Penitenciária Estadual da Louisiana, passaram a se tornar cada vez mais raros, assim como a violência e escravidão forçada que acompanhavam o homossexualismo. Isso ocorreu a partir de 1976, quando o juiz da Corte Federal Distrital E. Gordon West emitiu ordens determinando o fim das práticas violentas. O cumprimento das ordens judiciais exigiu a alocação de recursos orçamentários, melhoria dos recursos humanos e utilização de sofisticados aparelhos eletrônicos. Qualquer tipo de violência passou a ser devidamente apurado e reprimido no

⁷⁵² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Hutto vs. Finney*. 437 US 678. 1978.

⁷⁵³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Hutto vs. Finney*. 437 US 678. 1978.

⁷⁵⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review. 117. February, 2004. p. 1035.

⁷⁵⁵ SCHLANGER, Margo. **Civil Rights injunction over time: a case study of jail and prison court orders**. NYU Law Review. V. 81. nº 2. 2006. p. 561.

⁷⁵⁶ SCHLANGER, Margo. **Civil Rights injunction over time: a case study of jail and prison court orders**. NYU Law Review. V. 81. nº 2. 2006. p. 562.

âmbito administrativo e judicial. O editor conclui dizendo que essas alterações fizeram com que a penitenciária passasse a ser mais segura para os jovens que ingressavam no sistema⁷⁵⁷.

Outro precedente importante foi formado no julgamento do caso *Pugh v. Locke*, iniciado em 1974, que tratava das condições do sistema prisional no estado do Alabama⁷⁵⁸. Nesse caso os problemas eram semelhantes, como a superpopulação carcerária, falta de condições de infraestrutura, saneamento, fornecimento de água, dentre outros. Após receber diversas reclamações de usuários do sistema prisional daquele estado, o juiz local declarou a inconstitucionalidade do sistema prisional do Alabama com base na totalidade das condições degradantes aos quais os detentos estavam submetidos⁷⁵⁹.

Foram emitidas amplas ordens para a correção das falhas identificadas em todas as prisões do estado, com base em parâmetros e diretrizes estabelecidos por órgãos estatais e técnicos⁷⁶⁰. As ordens emitidas nesse processo e no caso *Newman v. Alabama*, iniciado anteriormente e que tratava do direito à assistência médica, produziram efeitos indiretos importantes, em especial no que toca ao aumento dos recursos orçamentários aplicados no sistema prisional do Estado do Alabama.

Nesse sentido, estima-se que as despesas com a melhoria das instalações físicas foram de 79 milhões de dólares, tendo ocorrido um acréscimo nos gastos com detentos de 81%. Em dois anos seguidos, o aumento das despesas orçamentárias foi de um terço⁷⁶¹.

Contudo, a proliferação de ações estruturais sobre os sistemas prisionais e o alto grau de ativismo judicial verificado nessas ações também provocou efeitos indiretos negativos ou reações a essas intervenções judiciais. O principal *backlash* decorrente dessas ações foi a aprovação, pelo Congresso dos Estados Unidos, do *Prison Litigation Reformation Act* (PLRA), em 1996, cujo principal objetivo foi limitar o ajuizamento de ações e as intervenções judiciais nesses casos⁷⁶².

Dentre os principais dispositivos dessa lei, podemos destacar: a exigência da estrita proporcionalidade entre as violações constatadas e as ordens judiciais, com a restrita

⁷⁵⁷ SCHLANGER, Margo. **Civil Rights injunction over time**: a case study of jail and prison court orders. NYU Law Review. V. 81. nº 2. 2006. 562.

⁷⁵⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Pugh vs. Locke**. 406 F. Supp. 318 (M.D. Ala. 1976).

⁷⁵⁹ SCHLANGER, Margo. **Civil Rights injunction over time**: a case study of jail and prison court orders. NYU Law Review. V. 81. nº 2. 2006. p. 607.

⁷⁶⁰ SCHLANGER, Margo. **Civil Rights injunction over time**: a case study of jail and prison court orders. NYU Law Review. V. 81. nº 2. 2006. p. 606-608.

⁷⁶¹ SCHLANGER, Margo. **Civil Rights injunction over time: a case study of jail and prison court orders**. NYU Law Review. V. 81. nº 2. 2006. p. 608. Nota de rodapé nº 196.

⁷⁶² SCHLANGER, Margo. **Civil Rights injunction over time**: a case study of jail and prison court orders. NYU Law Review. V. 81. nº 2. 2006. p. 589.

vinculação do direito ao "remédio"⁷⁶³; a regra que impõem o encerramento das ordens judiciais após dois anos de sua vigência por requerimento dos réus; a norma que determina a manutenção da situação existente pelo período de trinta a noventa dias após o início do processo de encerramento, sem a possibilidade de alteração do estado de coisas através de intervenção judicial; o dispositivo que prevê a necessidade de prévia utilização do prévio processo administrativo pelos detentos, antes da utilização de ações judiciais; e as regras que limitaram as taxas de sucumbência dos representantes judiciais dos presidiários⁷⁶⁴.

A promulgação dessa nova lei, associado a um crescente conservadorismo do poder judiciário nos Estados Unidos, fez com que houvesse um decréscimo significativo no ajuizamento de ações estruturais envolvendo as questões do sistema prisional a partir da década de 1990⁷⁶⁵.

Próximo a esse período, também houve a promulgação de outras leis envolvidas no contexto de combate à criminalidade, como a política do *law and order* iniciada no governo de Richard Nixon e expandida durante os governos George Bush e Bill Clinton, com as leis do *three strike rules*, do *mandatory minimum* e do *truth in sentencing* que tornaram as penas mais rígidas e maiores após o cometimento de três infrações pelo indivíduo, com a aplicação de uma quantidade mínima de pena não sujeita à avaliação judicial e o cumprimento da maior parte dessas penas em regime fechado, respectivamente⁷⁶⁶.

Essas novas leis contribuíram significativamente para a explosão da população carcerária nos Estados Unidos e foram intensamente debatidas durante as campanhas presidenciais. Portanto, contam com amplo apoio da população norte-americana, o que torna difícil e até mesmo inviável a declaração de inconstitucionalidade dessas normas através de ações estruturais ou de controle de constitucionalidade.

No entanto, entende-se que é possível ajuizar novas ações estruturais em relação ao intransigível ou aos pontos omissos do debate público nos Estados Unidos, como a questão da superpopulação carcerária ou da falta de estrutura que cria situações degradantes e um sistema de penas cruéis e desumanas.

Nesse sentido, concordamos com Schlanger no sentido de que houve uma modificação da tutela estrutural nos Estados Unidos após a década de 1990, com intervenções mais

⁷⁶³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Plata**. nº 09-1233.

⁷⁶⁴ SCHLANGER, Margo. **Civil Rights injunction over time**: a case study of jail and prison court orders. NYU Law Review. V. 81. nº 2. 2006. p. 589.

⁷⁶⁵ SCHLANGER, Margo. **Civil Rights injunction over time**: a case study of jail and prison court orders. NYU Law Review. V. 81. nº 2. 2006. p. 589.

⁷⁶⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Plata**. nº 09-1233. DITTON, Paula M.; WILSON, Doris James. **Truth in Sentencing in State Prisons**. US Department of Justice. Office os Justices Programs. 1999.

pontuais e limitadas. O precedente firmado no caso *Brown v. Plata* demonstra claramente isso. Nesse caso, após a constatação da superpopulação carcerária no estado da Califórnia e da omissão estatal na melhoria das condições de encarceramento, determinou-se a liberação das pessoas presas por crimes menos graves⁷⁶⁷.

Essa decisão representa uma técnica decisória interessante sob a perspectiva financeira e orçamentária, na medida em que possui baixo impacto orçamentário. Por outro lado, os potenciais efeitos simbólicos e deliberativos que podem ser produzidos são enormes, uma vez que traz a questão do desencarceramento e do alto custo do sistema prisional para a ordem do dia na agenda política dos Estados Unidos.

Não se deve ignorar que há a possibilidade de produção de um forte *backlash*, com a promulgação de novas leis restringindo ainda mais a intervenção judicial nessas questões, haja vista o forte apoio da opinião pública e dos agentes estatais às políticas de encarceramento. Por outro lado, o amplo debate pode ser a oportunidade ideal para a realização de mudanças.

Em suma, verifica-se que as ações estruturais sobre a questão do sistema prisional nos Estados Unidos foram efetivas no que toca à melhoria das condições de encarceramento e ao fim de práticas institucionalizadas de tortura e de castigos cruéis, tendo sofrido forte decréscimo a partir da década de 1990. Hoje em dia elas podem reacender o debate sobre a superpopulação carcerária e as políticas de desencarceramento, embora a realização de mudanças significativas sobre esses pontos dependa do apoio dos agentes políticos e da opinião pública.

5.3.2 As ações estruturais na Colômbia e o estado de coisas inconstitucional

5.3.2.1 O inferno se repete: a situação do sistema prisional colombiano

Passando a analisar os efeitos produzidos pelas ações estruturais na Colômbia, deparamos-nos mais uma vez com a grave situação de violação de direitos fundamentais nos sistemas prisionais.

Esse caso teve início com o ajuizamento de ações de tutela por Manuel José Duque Arcila e outros integrantes do sistema prisional colombiano, reclusos nos presídios de Bellavista em Medellín e no Cárcere Modelo em Bogotá. O objetivo dos autores era de que o

⁷⁶⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Plata**. nº 09-1233.

poder público adotasse as providências cabíveis para resolver a questão da superpopulação carcerária nessas unidades⁷⁶⁸.

Segundo os impetrantes, a superpopulação nesses presídios, aliada a deficiências estruturais como a falta de ventilação adequada, submissão a temperaturas extremas, suspensão do fornecimento de água e ausência de lugares para descanso violariam os direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais, em especial o art. 10 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU e o art. 5º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que preveem o direito das pessoas privadas de liberdade de serem tratadas com a dignidade que lhes confere a condição de seres humanos⁷⁶⁹.

Essas ações foram denegadas pelas instâncias judiciais ordinárias. Para esses julgadores, a ação de tutela, prevista no art. 86 da Constituição da Colômbia enquanto instrumento de proteção imediata de direitos fundamentais e cabível apenas quando inexistente outro meio de defesa judicial, ação assemelhada ao mandado de segurança ou ao mandado de injunção no direito brasileiro, seria inadequado para a determinação da criação de novas vagas no sistema carcerário e realização de obras públicas⁷⁷⁰.

Além disso, embora tenham reconhecido a absoluta situação de penúria e violação de direitos no sistema carcerário colombiano, os julgadores entenderam que a melhoria dessas condições exigiria a alocação de recursos financeiros que o Estado colombiano não disporia. Por último, utilizou-se ainda o fundamento de que a determinação judicial da criação de novas vagas e melhoria das condições das unidades prisionais violariam as atribuições dos competentes órgãos administrativos⁷⁷¹.

Após a interposição de recursos pelos impetrantes, o Tribunal Constitucional da Colômbia determinou a realização de inspeção judicial. A referida inspeção confirmou a existência dos problemas já conhecidos, tendo apresentado um relato expressivo sobre a situação dantesca dos detentos colombianos.

Dentre as diversas situações aviltantes constatadas nas unidades de Bellavista e no Cárcere Modelo, destacam-se as seguintes: a existência de superpopulação carcerária, com até 30 presos ocupando a mesma cela e o agravamento desse problema nos dias de visitas mensais, com o número total de até 20 mil pessoas dentro da unidade do Cárcere Modelo de

⁷⁶⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998.

⁷⁶⁹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998. p. 10. item 6.

⁷⁷⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998.

⁷⁷¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998.

Bogotá; constatação de esgotos a céu aberto e da ausência do fornecimento regular de água potável; falta de ventilação; presos dormindo ao céu aberto, nos corredores e dentro dos banheiros, o que inclusive dificultava o acesso a esses equipamentos; infiltrações nas estruturas dos prédios e deterioração das paredes; alocação de presos de segurança máxima na enfermaria, junto com presos enfermos e portadores de doenças psiquiátricas; falta de iluminação adequada que impedia inclusive que se avistassem os presos localizados nos fundos de determinadas celas; práticas de violência, extorsão e outros crimes, com a exigência de pagamentos em dinheiro para a garantia da segurança dos agentes públicos presos por infrações cometidas; número significativo de presos provisórios ou por crimes de menor potencial ofensivo, como roubo de laranjas; falta de oportunidades de estudo ou trabalho para os presos em condições de desenvolver essas atividades; falta de divisão dos presos pela espécie de prisão e infração penal cometida, com a separação entre presos provisórios e definitivamente condenados, presos por crimes menos graves e presos violentos, por crimes sexuais e ex-agentes públicos⁷⁷².

O tribunal reconheceu que alguns direitos dos integrantes do sistema prisional são suspensos em virtude da execução da pena, como a liberdade física, de locomoção e os direitos políticos⁷⁷³, sendo a suspensão desses últimos, diga-se de passagem, altamente questionável nos dias de hoje, embora haja previsão legal, tendo em vista o nível de marginalização e exclusão que provoca. No entanto, a corte assentou, de forma absolutamente correta, que inúmeros outros direitos fundamentais são mantidos pelos detentos e devem ser preservados, como o direito à vida, saúde, integridade pessoal, dignidade, igualdade, dentre outros⁷⁷⁴.

Como no caso havia a violação sistemática desses direitos fundamentais imputada a diversos órgãos públicos, a Corte Constitucional da Colômbia resolveu declarar a ocorrência de um estado de coisas inconstitucional, seguindo jurisprudência formalizada em precedentes semelhantes, que tratavam de graves casos de violações de direitos fundamentais por falhas estruturais do Estado⁷⁷⁵.

Um dos primeiros e mais importantes impactos produzidos pela decisão que reconheceu a existência do estado de coisas inconstitucional no caso do sistema prisional

⁷⁷² COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998.

⁷⁷³ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998.

⁷⁷⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998.

⁷⁷⁵ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998.

colombiano é o efeito ou a eficácia expansiva atribuído pelo próprio tribunal. No caso, a decisão passou a beneficiar todas as pessoas que se encontravam em situação idêntica aos autores da ação. Trata-se de um efeito direto expansivo, ou seja, ordem concretamente dirigida a destinatários bem identificados mas que não compunham, originariamente, a relação jurídica processual.

No caso, a atribuição desses efeitos baseia-se na postura antiformalista adotada pela corte e em razões de ordem prática. O antiformalismo fica evidente na medida em que o tribunal afastou o entendimento dos juízos das instâncias ordinárias, que entenderam pela inadequação da ação de tutela no caso concreto, com base na existência de outros remédios jurídicos disponíveis, com a ação de nulidade do contrato de reforma do presídio modelo de Bogotá ou a ação de cumprimento para a implementação dos padrões mínimos para o respeito aos direitos humanos e fundamentais dos presidiários⁷⁷⁶.

Nesse sentido, a corte assentou que *"a remissão ao recurso da nulidade não toma em conta as condições extremas de violação do direito à dignidade dos reclusos"* e nem *"a iminente ameaça contra sua[s] vida[s] e integridade[s] pessoal[ais]"*⁷⁷⁷. Em relação à ação de cumprimento, a corte assinalou que os casos extremos de omissões estatais e reiterados descumprimentos da lei abrem aos afetados a possibilidade de utilização de tutela, sempre que haja a violação ou ameaça iminente de lesão a direitos fundamentais⁷⁷⁸.

Já a preocupação pragmática do tribunal fica evidente na medida em que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional encontra-se condicionado à violação geral de direitos fundamentais que afetam um número significativo de pessoas.

Nessa linha, a corte afirmou que como milhares de pessoas se encontravam em idêntica situação, se cada uma delas se utilizassem das ações de tutela, haveria um congestionamento desnecessário da máquina judiciária, razão pela qual o tribunal preferiu expedir ordens gerais para que fossem superadas essas graves situações de inconstitucionalidade⁷⁷⁹.

Portanto, a partir desse efeito ou eficácia expansiva, o tribunal determinou a notificação de diversas autoridades públicas como o Presidente da República, do Senado e da Câmara, das Turmas Penal da Corte Suprema de Justiça e Administrativa e Disciplinar do

⁷⁷⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998.

⁷⁷⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998.

⁷⁷⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998.

⁷⁷⁹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998. p. 75.

Conselho Superior da Magistratura, do Auditor Geral da Nação, Governadores, Prefeitos, Presidentes das Assembleias Departamentais, Conselheiros Distritais e Municipais sobre a existência do estado de coisas inconstitucional, para que cada uma dessas autoridades adotasse, dentro de suas respectivas atribuições, os atos necessários à superação dessa situação⁷⁸⁰.

Embora, em um primeiro momento, a decisão tenha sido ineficaz pela falta de monitoramento judicial⁷⁸¹, verifica-se que, posteriormente, foram produzidos efeitos concretos importantes.

Com efeito, a decisão nesse caso ocasionou o aumento dos recursos orçamentários direcionados ao sistema carcerário nacional e a criação de novas vagas, com a melhoria das condições de superlotação dos presídios. De acordo com Libardo Ariza, no período de 1998 a 2004 foram criadas 16.443 vagas com um investimento total de U\$ 523,5 milhões de dólares⁷⁸².

A melhoria na estrutura física do sistema carcerário colombiano foi igualmente reconhecida pelo próprio Tribunal Constitucional quando do julgamento das ações de tutela T-388 e T-762, em 2013 e 2015, respectivamente, embora nesse último caso tenha sido igualmente registrado a ocorrência de alguns retrocessos na quantidade de vagas disponíveis⁷⁸³.

Outra questão importante que se vislumbra da decisão proferida no caso do sistema penitenciário da Colômbia são os efeitos simbólicos, em especial no que toca à divulgação das graves violações de direitos fundamentais praticadas⁷⁸⁴. No entanto, é importante ressaltar que embora tenha sido registrada a necessidade de alterações na política criminal no país, para que se evite o aumento exponencial do número de presos e a superpopulação carcerária⁷⁸⁵, essa questão não foi devidamente introduzida na agenda política e nos debates públicos no país, pelos mesmos empecilhos e barreiras verificadas nos Estados Unidos.

⁷⁸⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998. p. 81.

⁷⁸¹ ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013.

⁷⁸² ARIZA, Libardo. **Los muros de la infamia**: prisiones en Colombia y América Latina. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS, Ediciones Uniandes, 2011. p. 64.

⁷⁸³ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-762-2015**. Quinta Sala de Revisión. Magistrada sustanciadora Gloria Stella Ortiz Salgado. Bogotá, 16 de dezembro de 2015.

⁷⁸⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998.

⁷⁸⁵ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998.

Segundo Libardo Ariza, a expansão do sistema carcerário nacional permitiu ao Estado aumentar a capacidade de pessoas que são encarceradas e incluídas nesse sistema⁷⁸⁶, negligenciando questões como a existência de um número absurdo de presos provisórios ou por crimes menos graves que geram a seletividade no encarceramento e o aprisionamento dos mais pobres e das minorias.

Um último registro deve ser feito. A finalização dessa seção do trabalho foi realizada no período imediatamente após o massacre do presídio Anísio Jobim em Manaus, no Brasil, no qual 56 presos foram mortos, decapitados e esquartejados, e os demais embates e conflitos que ocorreram em diversos outros estados, inclusive na penitenciária de Alcaçuz, no Rio Grande do Norte, com um número igualmente significativo de mortes, decapitações e esquartejamentos. Esses fatos são apenas mais um exemplo que demonstram a falência do sistema prisional no Brasil e a existência de um ambiente de violações massivas de direitos, de guerra entre facções e organizações criminosas e do sistema de destruição de vidas estabelecido nos presídios brasileiros.

5.3.2.2 Os deslocamentos forçados decorrentes dos conflitos armados: mais um estado de coisas inconstitucional

O segundo caso de ação estrutural na Colômbia também trata de uma grave crise humanitária, uma das maiores do mundo, que é a situação das vítimas dos deslocamentos forçados em virtude dos conflitos armados na Colômbia.

Como sabe-se, a Colômbia enfrenta, há aproximadamente trinta anos⁷⁸⁷, um quadro de violência generalizada decorrente de disputas pelo poder envolvendo governo, organizações paramilitares de extrema direita e esquerda, narcotraficantes, microtraficantes e criminosos⁷⁸⁸, com efeitos extremamente perniciosos, em especial para a população mais pobre e vulnerável daquele país.

Os motivos que levam as pessoas a esses deslocamentos são os piores e mais abjetos: crimes de ameaças, violências físicas e sexuais, assassinatos, recrutamentos forçados para

⁷⁸⁶ ARIZA, Libardo. **Los muros de la infamia**: prisiones en Colombia y América Latina. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS, Ediciones Uniandes, 2011. p. 64.

⁷⁸⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Tercera Sala de Revisão. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004. p. 54

⁷⁸⁸ COLÔMBIA. Consultoria para Direitos Humanos e Deslocamento (CODHES). **?Consolidación de qué?** Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010. Bogotá: Grupo Nativo, 2011. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be>>. Acesso em: 13 out. 2015, às 12:26.

organizações criminosas, extorsão e a tomada à força de terras e residências⁷⁸⁹. Esse clima generalizado de violência e terrorismo faz com que os colombianos sejam forçados a abandonar suas casas, empregos, famílias e amigos, gerando um alto número de refugidas e de pessoas desabrigadas e dessasistidas de qualquer sorte.

De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR), em 2010, a Colômbia era o principal país de origem de refugiados do hemisfério ocidental, atingindo a cifra oficial de 115.805 pessoas e o número extraoficial de 389.753 indivíduos que abandonaram o país para viver no estrangeiro⁷⁹⁰.

No que tange especificamente aos deslocados, pessoas que tiveram que abandonar suas residências e se mudaram para outros lugares dentro do próprio país, os dados divulgados pela ACNUR informam que a Colômbia ocupa o primeiro lugar nesse ranking, com 5.289.753 (cinco milhões, duzentos e oitenta e nove mil setecentos e cinquenta e três pessoas) desalojadas de suas residências, número maior que o Sudão, Iraque, Afeganistão e Somália, países que seguem na ordem decrescente do ranking do número de vítimas⁷⁹¹.

Além da violência física e moral, é importante destacar que as vítimas dos deslocamentos forçados vivem, em sua maioria, em situação de indigência e mendicância, abaixo da linha da pobreza, sendo que dentre as vítimas incluem-se diversas pessoas pertencentes a grupos historicamente vulneráveis como mulheres chefes de família, idosos, crianças e minorias indígenas e afrodescendentes⁷⁹².

⁷⁸⁹ COLÔMBIA. Consultoria para Direitos Humanos e Deslocamento (CODHES). **?Consolidación de qué?** Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010. Bogotá: Grupo Nativo, 2011. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be>>. Acesso em: 13 out. 2015, às 12:26. p. 45-66.

⁷⁹⁰ COLÔMBIA. Consultoria para Direitos Humanos e Deslocamento (CODHES). **?Consolidación de qué?** Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010. Bogotá: Grupo Nativo, 2011. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be>>. Acesso em: 13 out. 2015, às 12:26. p. 85.

⁷⁹¹ COLÔMBIA. Consultoria para Direitos Humanos e Deslocamento (CODHES). **?Consolidación de qué?** Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010. Bogotá: Grupo Nativo, 2011. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be>>. Acesso em: 13 out. 2015, às 12:26. p. 86

⁷⁹² As estatísticas registradas pela Corte Constitucional na decisão demonstram a situação de miséria e de total negação de direitos: 92% da população deslocada apresenta suas necessidades básicas insatisfeita, sendo que 80% se encontra em situação de indigência. 63,5% vive em condições de moradia inadequada e 49% não conta com serviços idôneos. Em relação à situação alimentar, conclui-se que há uma deficiência nutritiva em 57% das famílias deslocadas, o que quer dizer que somente 43% das famílias deslocadas consomem calorias pelos níveis recomendados pelo Programa Mundial de Alimentos da ONU (PMA). 23% das crianças menores de seis anos estão abaixo do patamar mínimo de alimentação. Por sua vez, as insuficiências alimentícias mencionadas se traduzem em um estado de desnutrição que tem, entre suas principais consequências, o atraso no ganho de peso e do peso para a idade, *déficit* na atenção escolar, pré-disposição a infecções respiratórias e diarreia, diminuição da visão e aumento da morbidade infantil. Em relação ao grau de acesso à educação da população deslocada, observa-se que 25% das crianças entre 6 e 9 anos não frequentam um estabelecimento escolar, sendo que essa proporção para pessoas entre 10 e 25 anos é de 54%. Por último, em relação à saúde das vítimas do deslocamento forçado, a taxa de mortalidade da população deslocada é 6 vezes superior à média nacional. COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisão. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004. p. 55.

Para superar essa situação, a Colômbia estabeleceu um programa de atendimento às vítimas de deslocamentos forçados. O programa de ajuda às vítimas de deslocamentos abrange três aspectos: atendimento emergencial e humanitário, estabilização econômica e retorno/ realocação⁷⁹³.

Não obstante, tal programa nunca funcionou a contento, uma vez que se limitava ao atendimento emergencial de parte das vítimas, porém sem manter uma continuidade e regularidade de atendimento e com absoluta inércia e ineficiência no que toca à prestação de serviços de saúde, moradia, educação, trabalho e realocação⁷⁹⁴.

Parte dessas vítimas nunca recebeu qualquer tipo de ajuda humanitária, sendo que alguns pedidos tramitavam por períodos de seis meses a dois anos sem qualquer resposta⁷⁹⁵. Outro grupo não recebeu orientação adequada para acessar os programas de moradia, projetos produtivos, saúde e educação, tendo enfrentado uma peregrinação institucional sem qualquer resposta⁷⁹⁶.

Os órgãos públicos responsáveis, como a Rede de Solidariedade Social, o Departamento Administrativo da Presidência da República, os Ministério da Fazenda, Saúde, Trabalho, Proteção Social e Agricultura, e os municípios, apresentavam as seguintes respostas para os pedidos de acesso às políticas públicas⁷⁹⁷: *i*) ausência de atribuições para atender a demanda; *ii*) falta de recursos orçamentários; *iii*) limitação da ajuda humanitária ao período de três meses, com prorrogação por mais três meses apenas em casos excepcionais; *iv*) indeferimento dos pedidos pela falta de inscrição do pleiteante no Registro Único de População Deslocada; *v*) extinção ou liquidação do órgão responsável por atender aos pedidos formulados; *vi*) erro nos requerimentos para os programas de moradia; *vii*) suspensão do programa de moradia pela falta de recursos orçamentários; *viii*) análise dos requerimentos administrativos segundo a ordem cronológica dos pedidos e disponibilidade orçamentária; *ix*) necessidade de apresentação de novos pedidos administrativos; *x*) necessidade de apresentação de projetos produtivos para acessar o programa de restabelecimento.

A situação de penúria dessas pessoas, aliada às reiteradas falhas e omissões do poder público na proteção de seus direitos fundamentais, fez com que esses indivíduos ajuizassem

⁷⁹³ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisão. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004.

⁷⁹⁴ Para uma ideia da ineficácia da política pública estabelecida, vide nota 656.

⁷⁹⁵ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisão. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004. p. 34.

⁷⁹⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisão. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004. p. 34-35.

⁷⁹⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisão. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004. p. 34-36.

ações de tutela diretamente ou através de associações representativas, a fim de que fossem superadas as omissões no atendimento a seus direitos, especialmente relacionados à vida, moradia, trabalho, saúde e educação⁷⁹⁸.

Nas instâncias ordinárias, algumas ações foram denegadas com base em diversos fundamentos, dentre os quais se destacam a ausência de legitimidade das associações para representar as vítimas dos deslocamentos, a inadequação da ação de tutela ante a existência de outro remédio jurídico cabível - a ação de cumprimento -, ou para a tutela do direito à moradia, ausência de requerimento administrativo à Rede de Solidariedade, não demonstração da violação concreta de direitos ou da omissão estatal sem justa causa, longo prazo de decurso entre os pedidos administrativos e o ajuizamento das ações, demora nas respostas aos pedidos justificada pela sobrecarga de trabalho da Rede de Solidariedade, falta de recursos orçamentários não passível de correção através de ação de tutela, usurpação das atribuições dos outros poderes e impossibilidade fática de cumprimento das decisões⁷⁹⁹.

Outras ações foram julgadas procedentes com base no fundamento de que a Colômbia seria um Estado Social no qual o valor da solidariedade impõe a adoção de uma solução definitiva para o problema dos deslocamentos forçados⁸⁰⁰.

Ao analisar esses processos, a Corte Constitucional superou os óbices processuais e analisou o mérito dessas ações, tendo reconhecido a existência desse grave "*problema humanitário*", "*tragédia nacional*" ou "*estado de coisas inconstitucional*" que "*contraria a racionalidade implícita ao constitucionalismo*" e caracteriza a violação, dentre outros, dos direitos à vida em condições dignas, à integridade pessoal e segurança, os direitos de grupos vulneráveis como as crianças, mulheres, portadores de deficiência e idosos, a liberdade na escolha do domicílio e de circulação, os direitos de personalidade manifestados através da liberdade de expressão e associação em virtude do ambiente de intimidação e opressão a que essas pessoas são submetidas, direitos econômicos sociais e culturais como saúde, trabalho, educação, moradia e alimentação adequada⁸⁰¹.

Nesse sentido, o tribunal registrou o dever do Estado de proteção dos direitos fundamentais, a partir da perspectiva do mínimo existencial e dos direitos econômicos, sociais

⁷⁹⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisão. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004.. p. 30-31.

⁷⁹⁹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisão. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004.. p. 37-39.

⁸⁰⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisão. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004.. p. 40.

⁸⁰¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisão. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004.. p. 54-59.

e culturais, tendo reconhecido a omissão estatal na proteção e promoção desses direitos mínimos⁸⁰².

Registrou, com base no art. 13 da Constituição Colombiana, que o Estado "*promoverá as condições para que a igualdade seja real e efetiva e adotará medidas em favor dos grupos discriminados ou marginalizados*", protegendo "*especialmente aquelas pessoas que por sua condição econômica, física ou mental, se encontrem em circunstâncias de debilidade manifesta*"⁸⁰³.

Em seguida, a corte declarou a ocorrência de um estado de coisas inconstitucional caracterizado, no entender do tribunal, "*quando se constata a violação repetida e constante de direitos fundamentais que afetam um número significativo de pessoas e cuja solução requer a intervenção de distintas entidades para atender problemas de ordem estrutural*"⁸⁰⁴.

A partir da declaração dessa situação, o tribunal conferiu eficácia *erga omnes* à decisão, que passou a beneficiar não apenas as partes do processo, mas terceiros em idêntica situação, tal como ocorreu no caso anterior do sistema carcerário. Ainda por conta da declaração desse estado de coisas inconstitucional, a corte determinou a expedição de ordens a diversos órgãos públicos para que promovessem a superação dessa situação de grave inconstitucionalidade⁸⁰⁵.

⁸⁰² COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisão. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004. p. 77; 86-87.

⁸⁰³ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisão. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004.

⁸⁰⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Terceira Sala de Revisão. **Sentença T-025/04**. Rel. Dr. Manoel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004. p. 72. Nesse trecho, a Corte elenca as circunstâncias verificadas para a constatação da ocorrência de um estado de coisas inconstitucional, quais sejam: *i*) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; *ii*) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia dos direitos; *iii*) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantia de direitos; *iv*) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias a evitar a violação dos direitos; *v*) a existência de um problema social cuja solução requer a intervenção de várias entidades, exigindo a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário importante; *vi*) o congestionamento judicial, caso todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema se utilizem da ação de tutela para obter a proteção de seus direitos.

⁸⁰⁵ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Bogotá, 22 de janeiro de 2004. p. 90. Dentre as ordens emitidas, a Corte conclui por: a) declarar o estado de coisas inconstitucional; b) comunicar ao Conselho Nacional de Atenção Integral à população deslocada, Ministério da Fazenda e demais órgãos públicos envolvidos sobre o estado de coisas inconstitucional, estabelecendo prazo para superação dessa situação através da correção das deficiências de capacidade estrutural, mediante estabelecimento de plano de ação com prazos e objetivos definidos e inclusive maior alocação de recursos; c) comunicar essa situação às demais autoridades e órgãos públicos envolvidos; d) determinar aos órgãos públicos que informem as vítimas as suas cartas de direitos básicos, atendendo aos requerimentos protocolados de forma tempestiva, com informações claras e precisas; e) tutelar os direitos dos requerentes na ação, em especial no que se refere à concessão da ajuda humanitária. Cf.: COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Bogotá, 22 de janeiro de 2004. p. 99-123.

Além do efeito ou eficácia *erga omnes* da decisão, produzido a partir da eficácia expansiva atribuído pelo tribunal, César Rodríguez e Diana Franco destacam a produção dos seguintes efeitos: *a)* o efeito de criação ou de delimitação do problema; *b)* o efeito de desbloqueio institucional; *c)* o efeito deliberativo; *d)* o efeito ou eficácia prática na política pública e *e)* o efeito ou impacto social⁸⁰⁶.

O efeito criador ou simbólico foi responsável por conferir visibilidade e urgência ao tema, moldando a forma como os agentes sociais passaram a ver o problema e definindo-o em termos jurídicos. Além disso, ele também criou práticas sociais através da atividade dos grupos com interesse na execução da decisão, que passaram a participar ativamente do processo, atuando nesse campo social com os demais atores, o que seria também uma espécie de efeito instrumental⁸⁰⁷.

No caso, observou-se, após as audiências públicas posteriores à decisão, um significativo aumento do número de notícias publicadas na imprensa escrita, as quais estavam localizadas nas seções mais gerais dos periódicos de maior circulação, que tratam das questões nacionais⁸⁰⁸.

Ademais, os agentes públicos e a sociedade também passaram a tratar o deslocamento forçado como uma questão de direitos humanos. Nesse sentido, as políticas públicas passaram a ser desenhadas e discutidas sob a perspectivas do gozo efetivo de direitos⁸⁰⁹, e a análise estatística realizada por César Rodríguez e Diana Franco demonstra que o jornal *El Tiempo Y Semana*, um dos principais periódicos da Colômbia, deixou, após a decisão, de tratar a questão dos deslocamentos como mero efeito ou seqüela da guerra para aborda-lo como uma questão de descumprimento de direitos, incapacidade estatal e crise humanitária⁸¹⁰.

Esse fato demonstra claramente como o deslocamento forçado de pessoas passou a ser tratado como assunto de interesse nacional e de relevante interesse público, com grande destaque na agenda política do país, o que certamente funciona como importante instrumento de pressão sobre os agentes públicos responsáveis pela resolução dessa delicada situação.

⁸⁰⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Bogotá, 22 de janeiro de 2004.

⁸⁰⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Bogotá, 22 de janeiro de 2004. p. 93-94.

⁸⁰⁸ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 98-99.

⁸⁰⁹ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 101-106.

⁸¹⁰ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 107.

É importante destacarmos que esse efeito simbólico positivo não é algo pronto e acabado, podendo sofrer mudanças a partir da disputa sobre discursos e significados realizadas entre os políticos, a mídia e a Corte Constitucional.

Nessa linha de raciocínio, o Ministro da Justiça e Interior da Colômbia apresentou declarações polêmicas em 2010, segundo as quais 30% das pessoas que buscavam o cadastro no Registro Único da População Deslocada seriam fraudadores, existindo, ainda, diversos pessoas que exerceriam a "profissão" de deslocados, enganando a administração e realizando verdadeiros saques sobre as finanças dos governos federais, estaduais e municipais.

Essa afirmação foi prontamente rebatida pela Consultoria para Direitos Humanos e Deslocamentos da Colômbia⁸¹¹, sendo que esse fato demonstra a importância da contínua divulgação dos abusos e das violências sofridos pelas vítimas dessa tragédia e do combate aos discursos que buscam desconstruir ou desqualificar as vítimas desses deslocamentos.

Em relação ao segundo efeito, ele decorreu de ordens emitidas diretamente pela corte que promoveram o desbloqueio dos canais institucionais e provocaram reações imediatas nas autoridades estatais demandadas⁸¹².

Tais medidas consistiram, basicamente, na exigência de alocação de recursos orçamentários calculados pelo próprio Governo, os quais sofreram significativo aumento, e de produção de relatórios e informativos básicos sobre a situação dos deslocamentos internos⁸¹³.

César Rodríguez e Diana Franco constataram, a partir da análise de fatos posteriores à decisão, mudanças no funcionamento da Comissão para Atendimento Integral às Vítimas dos Deslocamentos Forçados (CNAPD), que retomou regularmente suas atividades em março de 2004, logo após o julgado, depois de longos anos de inatividade⁸¹⁴.

Já o efeito deliberativo decorreu do estabelecimento de um canal diálogo entre o governo, a sociedade e corte, em especial nos atos subsequentes à decisão, tratando-se de efeito direto e imediato da decisão. Nesse sentido, o principal mecanismo de diálogo com a Corte foram as audiências públicas realizadas, atos públicos que serviram como mecanismos

⁸¹¹ COLÔMBIA. Consultoria para Direitos Humanos e Deslocamento (CODHES). **?Consolidación de qué?** Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010. Bogotá: Grupo Nativo, 2011. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be>>. Acesso em: 13 out. 2015, às 12:26. p. 59-60.

⁸¹² RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 130.

⁸¹³ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 133-141.

⁸¹⁴ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 155.

de debate democrático, prestação de contas, publicidade e transparência no desenho e avaliação das políticas públicas de atendimento às vítimas dos deslocamentos forçados⁸¹⁵.

No que toca ao efeito da decisão na política pública, tipo de efeito instrumental, os dados estatísticos apresentados pelo próprio governo demonstram que os recursos destinados aos desalojados sofreram significativos acréscimos após a decisão, tendo passado de uma média de 76.731 milhões de pesos no período de 1995 a 2003 para 731.343 milhões no interregno de 2004 a 2008. Apenas no ano de 2008, considerado isoladamente, foram destinados 1.021.936 bilhões de pesos⁸¹⁶.

Por último, no campo do efeito ou do impacto social, outra espécie de efeito instrumental, constatou-se alguma melhoria nos direitos das vítimas dos deslocamentos forçados, como nos campos da saúde, educação e atendimento emergencial, conforme dados coletados pela comissão de seguimento da ação de tutela nº 025/04 em 2008.

Nesse sentido, constatou-se que, após a decisão, cerca de 69,7% das pessoas inscritas no Registro Único da População Deslocada (RUPD) e 57,4% das vítimas não registradas encontram-se filiadas ao Sistema Geral de Seguridade Social em Saúde, o que lhes confere um bom nível de proteção quanto a esse direito⁸¹⁷.

Quanto à educação, 86,2% das crianças registradas no RUPD e 79,4% das crianças filhos de vítimas dos deslocamentos não registradas, com idade entre 5 a 17 anos, passaram a ser inscritas formalmente em um estabelecimento educacional⁸¹⁸.

Na área da ajuda humanitária, os dados coletados pela comissão de seguimento dão conta que 83,2% das pessoas receberam algum tipo de ajuda, em especial produtos de mercado, renda e filiação ao sistema de saúde⁸¹⁹.

Por outro lado, algumas áreas e questões ainda apresentam sérios problemas e deficiências. No tema da alimentação adequada, 67,6% das pessoas inscritas no RUPD

⁸¹⁵ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 172-175.

⁸¹⁶ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 212-213.

⁸¹⁷ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 255.

⁸¹⁸ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 257-258.

⁸¹⁹ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 263-264.

apresentaram algum nível de insuficiência alimentar⁸²⁰. Na mesma linha, somente 5,5% dos inscritos no RUPD e 6,9% dos não inscritos vivem em moradias que cumprem com os critérios mínimos estabelecidos na ação, que incluem a segurança e o fornecimento de serviços básicos⁸²¹.

No que se refere ao tema do direito ao trabalho, 97% da população ativa das vítimas dos deslocamentos exercem trabalhos informais, sendo que apenas 11% dessas pessoas recebem valores iguais ou superiores ao salário mínimo⁸²².

Outro problema importante é a questão dos subregistros ou indeferimento dos pedidos de registros no RUPD, que atingiram os percentuais de 29,31% e 48% do número total de pessoas e número de pedidos formulados em 2010, respectivamente, indicando a tentativa dos órgãos estatais em minimizar ou esconder o real tamanho do problema⁸²³.

Entre as várias razões para o indeferimento desses pedidos, o CODHES destaca o fato de que os órgãos estatais consideram como deslocados apenas as pessoas que abandonaram suas casas em virtude da guerra do narcotráfico, ignorando a existência de deslocamentos em virtude da ação de grupos paramilitares e de outros crimes violentos⁸²⁴.

As minorias indígenas e afrocolombianas também continuam sofrendo fortes impactos por conta dos conflitos armados. De acordo com as informações prestadas pelo CODHES, diversas tribos correm risco de extinção por causa desses conflitos, como no caso da tribo nômade Nukak Makú⁸²⁵.

Ademais, no ano de 2010, 86.312 pessoas foram vítimas de deslocamentos forçados, sendo que 70.010 dessas vítimas são pessoas de origem afrocolombiana, o que demonstra a

⁸²⁰ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 260.

⁸²¹ RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 261.

⁸²² RODRÍGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social:** como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 265.

⁸²³ COLÔMBIA. Consultoria para Direitos Humanos e Deslocamento (CODHES). **?Consolidación de qué?** Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010. Bogotá: Grupo Nativo, 2011. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be>>. Acesso em: 13 out. 2015, às 12:26. p. 59.

⁸²⁴ COLÔMBIA. Consultoria para Direitos Humanos e Deslocamento (CODHES). **?Consolidación de qué?** Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010. Bogotá: Grupo Nativo, 2011. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be>>. Acesso em: 13 out. 2015, às 12:26.

⁸²⁵ COLÔMBIA. Consultoria para Direitos Humanos e Deslocamento (CODHES). **?Consolidación de qué?** Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010. Bogotá: Grupo Nativo, 2011. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be>>. Acesso em: 13 out. 2015, às 12:26.

persistência desse problema e o forte impacto que ele possui sobre a população negra⁸²⁶. Outro ponto importante é o fato de que as vítimas dos deslocamentos, além de serem forçadas a abandonar suas casas, também sofrem com a tomada à força de suas terras, o que agrava ainda mais o quadro de privação de direitos e de violações.

Em suma, houve alguma melhora na situação das vítimas dos deslocamentos forçados após o julgamento da ação estrutural T-025/04 e da decisão da Corte Constitucional que reconheceu a ocorrência do estado de coisas inconstitucional. No entanto, o quadro ainda é extremamente grave e novos casos de deslocamentos continuam surgindo, o que permite concluir pela necessidade da adoção de novas medidas no âmbito dessas ações e na esfera política, pelos agentes públicos responsáveis, até para que não hajam retrocessos.

⁸²⁶ COLÔMBIA. Consultoria para Direitos Humanos e Deslocamento (CODHES). **?Consolidación de qué? Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010**. Bogotá: Grupo Nativo, 2011. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be>>. Acesso em: 13 out. 2015, às 12:26. p. 60-69.

CONCLUSÃO

Esse trabalho buscou analisar as ações estruturais e o instituto do estado de coisas inconstitucional da Corte Constitucional da Colômbia, objetivando, precipuamente, identificar e conceituar esses instrumentos, seus requisitos e os parâmetros utilizados para a implementação de ordens estruturais, além de enfrentar as críticas suscitadas, investigar os modelos e as técnicas decisórias aplicáveis a essas ações e verificar a efetividade prática desses remédios na promoção de mudanças sociais.

Para atingir os objetivos propostos, apresentou-se um panorama geral das ações estruturais no mundo, desde o seu surgimento e declínio nos Estados Unidos, passando pelas experiências do Canadá, Índia, África do Sul e Colômbia, chegando até a sua recente introdução no Brasil.

Após essa visão geral, conclui-se que as ações estruturais são demandas instauradas para corrigir falhas estruturais do poder público que violam os direitos fundamentais de um número significativo de pessoas e exigem a adoção de soluções complexas para a resolução desses casos. Já o estado de coisas inconstitucional é uma criação da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, um novo instituto e técnica decisória com requisitos mais rígidos que, como contrapartida, permite uma intervenção judicial mais incisiva por parte da Corte Constitucional da Colômbia, que passa a coordenar ativamente o processo de reformulação da política pública e as atribuições de todos os órgãos envolvidos.

As principais críticas às ações estruturais concentram-se no fato de que elas são instrumentos antidemocráticos a partir do qual os juízes intervêm nas políticas públicas e na definição do conteúdo de direitos fundamentais sem possuir todas as informações necessárias para tanto, usurpando as atribuições dos demais poderes.

No entanto, observou-se que esses instrumentos podem conferir voz e direitos a minorias historicamente oprimidas, aproximando-se da noção de democracia deliberativa ou democracia direta e informal. Em acréscimo, as teorias dos diálogos institucionais, do experimentalismo democrático e o modelo de ordens abertas e flexíveis, com a retenção da jurisdição, possibilitam a adoção de um modelo processual e decisório colaborativo que prestigia a participação dos envolvidos, superando os *déficits* de informação e afastando as alegações de violações ao princípio da separação de poderes.

Para o ajuizamento das ações estruturais exige-se a demonstração da violação dos direitos fundamentais de um número significativo de pessoas e a comprovação da omissão

estatal em casos cujos problemas são complexos e as soluções urgentes, com necessidade imediata de intervenção judicial.

Já para os casos de declaração do estado de coisas inconstitucional, os requisitos mais rígidos são a exigência da violação massiva de direitos fundamentais, a adoção de práticas inconstitucionais, como a necessidade de ajuizamento de ações para a fruição de direitos, a possibilidade de congestionamento do poder judiciário e a necessidade de intervenção de diversos órgãos públicos distintos para a resolução das falhas estruturais verificadas.

Por outro lado, uma vez constatada a presença desses requisitos, a Corte Constitucional colombiana confere eficácia expansiva às decisões proferidas no julgamento de casos individuais, passando a exercer um papel de coordenação entre a sociedade civil e os órgãos públicos para a superação desse grave quadro de inconstitucionalidade.

No que toca aos modelos e técnicas decisórias, os modelos mais abertos e dialógicos de atuação judicial são preferíveis. Contudo, eles podem conviver, episodicamente, com o modelo tradicional de ordens rígidas e fechadas. Outrossim, existem diversas técnicas decisórias que podem ser utilizadas para a concretização dos direitos fundamentais discutidos nas ações estruturais, além das já tradicionais ordens judiciais unilaterais e coercitivas.

Nesse cenário destacam-se a realização de audiências públicas, a elaboração de planos judiciais, a adoção de ordens negociadas entre as partes, nomeação de auxiliares, peritos ou interventores e a utilização de medidas alternativas igualmente efetivas, porém de menor impacto financeiro.

Em relação à efetividade das ações estruturais, observa-se que elas podem produzir bons resultados, em especial a longo prazo, desde que haja um engajamento contínuo da sociedade civil, do poder judiciário e dos órgãos públicos na fase de implementação da decisão e/ou em outras ações. Nessa linha de raciocínio, foram demonstrados alguns resultados positivos obtidos nos Estados Unidos, nas ações envolvendo a segregação no sistema de ensino e no sistema prisional, e na Colômbia, no caso do sistema prisional e dos deslocamentos forçados de pessoas.

A essa altura do trabalho, é importante destacar, com uma certa dose de realismo e humildade, que o ativismo judicial e as demandas estruturais não são a panaceia de todos os males. Uma teoria sobre essas ações focadas em modelos de supremacia judicial tende a presumir demais sobre si mesma⁸²⁷ e a adotar posturas que não geram bons resultados. Deve-

⁸²⁷ A frase é do professor Luís Roberto Barroso. Cf.: BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <

se evitar o erro da arrogância judicial, conforme bem alertado pelo professor Luís Roberto Barroso⁸²⁸.

Ainda assim, desde que bem utilizadas, as demandas estruturais podem servir como instrumentos úteis para a superação de situações de flagrantes inconstitucionalidades e massivas violações de direitos fundamentais. O grande desafio é saber usar, e usar bem, as demandas estruturais enquanto instrumentos de promoção e proteção dos direitos fundamentais.

http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2017. p. 12.

⁸²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2017. p. 15.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. Caso CCT 11/00. **The Government of Republic of South Africa and others versus Irene Grootboom and others**. Judge Yacoob. 4 de outubro de 2000.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. **Defending judicial supremacy: a reply**. *Constitutional Commentary*. v. 17. 2000.

ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia**. São Paulo: Atena Editora, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARENHART, Sérgio. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. *Revista de Processo Comparado (RPC)*. 2015. 19 p. Disponível em: <www.revistadeprocessocomparado.com.br>. Acesso em: 18 jan. 2016.

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013.

_____. **Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y América Latina**. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS, Ediciones Uniandes, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Sanitation Rights, Public Law Litigation and Inequality: A Case Study from Brazil**. *Health and Humans Rights Journal*. v. 16. Nº 2. Dezembro de 2014.

_____. **Constitucionalização das políticas públicas em matérias de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Disponível em: <www.academia.edu>.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. In: SARMENTO, Daniel (Cord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Parte I.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2012.

_____. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonoivo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2017

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. Yale University Press: New Haven, 1962.

BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil). Estudos Avançados. v. 18. nº 51. 2004

MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge University Press: New York, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 1998**. Diário Oficial da União. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Diário Oficial da União. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. **Lei 12.016 de 06 de agosto de 2009**. Diário Oficial da União. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 70514**. Pleno. Rel. Min. Sydney Sanches. J. 27/06/1997. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 135328**. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 29/06/1994. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requeridos: União e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581**. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13 de agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

_____. **Mandado de Injunção nº 670**. Diário Oficial da União. Julgado em 30 de outubro de 2008.

_____. **Ação Penal 470**. Diário Oficial da União. Julgado em 17 de dezembro de 2012.

_____. **Embargos de Declaração na Ação Penal nº 470**. Diário Oficial da União. Julgado em 04 de setembro de 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao "Estado de Coisas Inconstitucional"**. Tese de Doutorado. UERJ: Rio de Janeiro, 2015.

_____. 53º Fórum Permanente de Direito Constitucional. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). 25/11/2015. Disponível em: < <https://www.youtube.com> >. (informação oral).

_____. **Estado de coisas inconstitucional**. Editora JusPODIVM: Salvador, 2016.

CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades**. 1982. Disponível em: < <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html> >.

CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. Harvard Law Review. V. 89. Nº 7. 1976.

CHIANG, Emily. **Reviving the declaratory judgement: a new path to structural reform**. Buffalo Law Review. V. 63. 2015.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-559-97**. Sala Plena. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Corte Constitucional. **Sentença T 525-99**. Cuarta Sala de Revisión. Magistrado Ponente Carlos Garviria Díaz. Julgado em 23 de julho de 1999.

_____. Corte Constitucional. **Sentença T-153-98**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Julgado em 28 de abril de 1998.

_____. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Tercera Sala de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda-Espinoza. Julgado em 22 de janeiro de 2004.

_____. Consultoria para Direitos Humanos e Deslocamento (CODHES). **?Consolidación de qué?** Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010. Bogotá: Grupo Nativo, 2011. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be>>.

_____. **Constituição da Colômbia**. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582/>>. Acesso em: 14 out. 2015.

COLUMBIA LAW SCHOOL. **The remedial process in institutional reform litigation**. Columbia Law Review. V. 78.

DIVER, Colin. **Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions**. Virginia Law Review. V. 65. 1979.

DITTON, Paula M.; WILSON, Doris James. **Truth in Sentencing in State Prisons**. US Department of Justice. Office of Justice Programs. 1999.

EASTON, David. **A re-assessment of the concept of popular support**. *British Journal of Political Science*. V. 5. n° 4

EPP, Charles. **Law as an instrument of social reform**. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. 2008. Chapter 34.

_____. **The rights revolution**: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective. Chicago: University of Chicago Press. 15. ed.

ESTEVEZ, Luiz Fernando Gomes. **Supremo**: um tribunal aparentemente eficiente? Disponível em: <<http://jota.info/colunas/supra/supremo-um-tribunal-aparentemente-eficiente-29122016>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Plata**. n° 09-1233.

_____. Suprema Corte. **Brown vs. Board of Education**. 347 US 483 (1954).

_____. Suprema Corte. **Hutto vs. Finney**. 437 US 678. 1978.

_____. Suprema Corte. **Pugh vs. Locke**. 406 F. Supp. 318 (M.D. Ala. 1976).

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório do Supremo em Números**: o Múltiplo Supremo. Fundação Getúlio Vargas: 2011.

FISS, Owen M. **Foreword**: The Forms of Justice. *Harvard Law Review*. V. 93. n° 1. nov. 1979.

_____. **The Fate of an Idea Whose Time Has Come**: Antidiscrimination Law in The Second Decade After Brown vs. Board of Education. *University of Chicago Law Review*. 742. 1973-1974.

_____. **School Desegregation**: The Uncertain Path of The Law. *Philosophy & Public Affairs*. V. 4. n° 1. 1974.

_____. **The civil rights injunction**. Addison Harris Lecture. Paper 7. 1978.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogue**: Interpretation as Political Process. Princeton Legacy Library: [], 1988.

FLETCHER, William A. **The Discretionary Constitution**: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy. *The Yale Law Journal*. V. 91. n° 4. 1982

FRANK, John P. **The United States Supreme Court**: 1949-1950. Yale Law School. Faculty Scholarship Series. Paper 4036.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. 2003. **Redistribution or recognition?** A political-philosophical exchange. Trad. Joel Golb; James Ingram; Christine Wilke. New York, London: Verso, 2003.

FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? *In*: SARMENTO, Daniel (cord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Parte V.

FRIEDMAN, Barry. **Mediated Popular Constitutionalism**. Michigan Law Review. V. 101. 2003.

_____. **The politics of judicial review**. Texas Law Review. V. 84. nº 2. 2005.

_____. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

FULLER, Lon L.; WINSTON, Keneth I. **The Forms and Limits of Adjudication**. Harvard Law Review. V. 92. nº 2. 1978.

GARGARELLA, Roberto. Theories of Democracy, Judiciary and Social Rights. *In*: GARGARELLA, Roberto (ed.); DOMINGO, Pilar (ed.); ROUX, Theunix (ed.). **Courts and Social Transformations in New Democracies**. An institutional voice for the poor? Ashgate: Hampshire, 2006.

_____. **Acerca de Barry Friedman y el "constitucionalismo popular mediado"**. Revista jurídica de la Universidad de Palermo. 2005. 7 p. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/ediciones.html>. Acesso em: 14 out. 2015.

GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Opinião. Estadão. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 19 set. 2015.

GOLDSTEIN, Robert. **A Swang Song for Remedies: Equitable Relief in the Burger Court**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. V. 13. nº 1. 1978.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas**. Teoría General del Derecho Administrativo. Primeira Edición. Tomo 8. Fundación de Derecho Administrativo: Buenos Aires, 2013.

GURUSWAMY, Menaka; ASPATWAR, Bipin. Access to justice in India: The jurisprudence (and self-perception) of the Supreme Court. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla (ed.). **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press. 2013.

HOGG, Peter W; BUSHELL, Alison A. **The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures** (or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All). Osgoode Hall Law Journal. V. 35. Nº 1. 1997.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Mapa das Defensorias Públicas**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/a-defensoria-publica>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

KIZER, Benjamin H. **The impact of Brown vs. Board of Education**. Gonzaga Law Review. V. 2. 1967.

KLARMAN, Michael. Court, Congress and Civil Rights. In: DEVINS, Neil (ed.); WHITTINGTON, Keith E. (ed.). **Congress and the Constitution**. Duke University Press: 2005.

_____. KLARMAN, Michael. **How the Brown Decision Changed Race Relations**. The Journal of American History. 1994.

LANDAU, David. **The Reality of Social Rights Enforcement**. Harvard International Law. V. 53. Nº 1. 2012.

LIPKIN, Robert Justin. **What's wrong with judicial supremacy? What's right about judicial review?** Widener Law School Legal Studies Research Paper Series no. 08-85.

MARISCO, Francele Moreira; ALVES, Jaime Leônidas Miranda. **A Tutela Coletiva no Novo Código de Processo Civil: a busca por uma maior efetividade à questão dos direitos sociais**. Revista Paradigma. V. XIX. nº 23.

NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies**. Stanford Law Review. 661. 1977-1978.

NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of Games and Economic Behavior**. 3. ed. Princeton University Press: 1953.

PARSON, Joseph N. **A constitutional and political high-wire act: the role of *Brown v. Plata* in solving America's prison crisis**. University of Pittsburgh Law Review. V. 75. 2013.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. **Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição**. Revista Juris Poiesis. Ano 18. Nº 18. jan-dez 2015.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SIQUEIRA, Natércia Sampaio; SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **A Influência do Novo Código de Processo Civil no Cumprimento das Sentenças das Demandas Coletivas**. In: **Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. XXIV Encontro Nacional do Conpedi.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Democratic constitutionalism and backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. v. 42.

ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. **Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?**. The South African Law Journal. p. 345.

RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia.** Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

RODRIGUÉZ, Cesar Garavito. Más allá del desplazamiento o como superar un estado de cosas inconstitucional. In: RODRIGUÉZ, Cesar Garavito (Coord.). **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia.** Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?** *Ottawa Law Review*: V. 41.2. 2010.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds.** *Harvard Law Review*. 117. February, 2004.

SALINS, Lauren; SIMPSON, Shepard. **Efforts to fix a broken system: *Brown v. Plata* and the prison overcrowding epidemic.** *Loyola University Chicago Law Journal*. V. 44. nº 4. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos.** *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Nº 48. Junho de 1997.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002.** Apelante: Ação Educativa Assessoria Pesquisa e Informação e outros. Apelado: Municipalidade de São Paulo. Câmara Especial. Relator: Desembargador Samuel Júnior. Julgado em 29 de julho de 2013.

SCHLANGER, Margo. **Civil Rights injunction over time: a case study of jail and prison court orders.** *NYU Law Review*. V. 81. nº 2. 2006.

SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil.** *Conjur. Senso Incomum*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em: 24 set. 2015.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts.** Princeton University Press: New Jersey, 1999.

UBERTI, Luciane. **Estudos pós-estruturalistas: entre aporias e contra-sensos?** *Educação e Realidade*. V. 31. nº 2. 2006.

UNGER, Roberto Mangabeira. **False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy.** New York: Verso, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel (coord.); IKAWA, Daniela (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Senado Federal: Brasília, Dezembro/2015. Texto para discussão nº 186. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 01 dez. 2015.

YEPES, Rodrigo Uppriny. The enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court. *In*: GARGARELLA, Roberto (ed.); DOMINGO, Pilar (ed.); ROUX, Theunis (ed). **Courts and Social Transformation in New Democracies**: An institutional voice for the poor? Ashgate Publishing Company: Burlington, 2006.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2016**: Homicídios por Armas de Fogo no Brasil. Flacso Brasil. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford University Press: New York, 2004.

_____. **The core of the case against judicial review**. *The Yale Law Journal*, 115.

WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. *San Diego Law Review*: V. 41, 2004.