

Universidade Federal de Ouro Preto

Escola de Direito, Turismo e Museologia

Programa de Pós-Graduação em Direito
EDTM/PPGD

Dissertação

A promoção de mudanças sociais pelo poder judiciário: análise da reforma do sistema prisional a partir do reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347, de acordo com o processo estrutural e a teoria experimentalista

Karina Ferreira Lanza

Ouro Preto
2022



UFOP

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
Programa de Pós-Graduação em Direito

Karina Ferreira Lanza

**A PROMOÇÃO DE MUDANÇAS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO:
Análise da reforma do sistema prisional a partir do reconhecimento do “Estado de
Coisas Inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347, de acordo
com o processo estrutural e a teoria experimentalista**

Ouro Preto

2022

Karina Ferreira Lanza

**A PROMOÇÃO DE MUDANÇAS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO:
Análise da reforma do sistema prisional a partir do reconhecimento do “Estado de
Coisas Inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347, de acordo
com o processo estrutural e a teoria experimentalista**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Escola de Direito, Turismo e Museologia, da Universidade Federal de Ouro Preto, como trabalho de conclusão do mestrado no Programa “Novos Direitos, Novos Sujeitos”.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes.

Ouro Preto

2022

SISBIN - SISTEMA DE BIBLIOTECAS E INFORMAÇÃO

L297p Lanza, Karina Ferreira.

A PROMOÇÃO DE MUDANÇAS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO
[manuscrito]: Análise da reforma do sistema prisional a partir do reconhecimento do "Estado de Coisas Inconstitucional" pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347, de acordo com o processo estrutural e a teoria experimentalista. / Karina Ferreira Lanza. - 2022.
200 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes.
Dissertação (Mestrado Acadêmico). Universidade Federal de Ouro Preto. Departamento de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito.
Área de Concentração: Novos Direitos, Novos Sujeitos.

1. Direito processual coletivo - Processo estrutural. 2. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) - nº 347. 3. Direitos fundamentais - Estado de coisas inconstitucional. I. Nunes, Leonardo Silva. II. Universidade Federal de Ouro Preto. III. Título.

CDU 34



FOLHA DE APROVAÇÃO

Karina Ferreira Lanza

A PROMOÇÃO DE MUDANÇAS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO: Análise da reforma do sistema prisional a partir do reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347, de acordo com o processo estrutural e a teoria experimentalista

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em 30 de maio de 2022.

Membros da Banca

Prof. Doutor Leonardo Silva Nunes - Orientador (Universidade Federal de Ouro Preto)
Prof. Doutor Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia - (Universidade Federal de Ouro Preto)
Prof. Doutor Marco Félix Jobim - (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof.^a Doutora Mariela Gladys Puga - (Universidad Nacional de Córdoba)

O Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito no Repositório Institucional da UFOP, em 31/5/2022.



Documento assinado eletronicamente por **Leonardo Silva Nunes, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 31/05/2022, às 15:47, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0335888** e o código CRC **CA906D90**.

AGRADECIMENTOS

Quando me submeti ao processo seletivo para o mestrado da UFOP, em meados de 2019, jamais imaginaria que, apenas uma semana após o início das aulas, em março de 2020, o mundo seria assolado por uma pandemia.

As circunstâncias nos obrigaram a nos recolher em nossas casas e tudo mudou. O mestrado, que seria presencial, foi todo realizado de forma remota. O contato com os professores e colegas foi reduzido à uma tela de computador, com carinhas e bolinhas com as iniciais de seus nomes. As trocas de experiências, o auxílio mútuo entre colegas, os momentos de confraternização e desabafo, que dependem de presença física, foram praticamente inexistentes nos últimos dois anos.

Realizar um mestrado estando confinada dentro de casa foi uma tarefa solitária e muitas vezes angustiante. Porém, as aulas virtuais e os encontros on-line com os colegas acabaram sendo a válvula de escape que me segurou em pé nesse período. Não houve tempo para tédio e pensamentos pessimistas, pois eram várias as matérias e assuntos que me muito me interessavam. Eu tinha muito a pesquisar e estudar, não só em razão do conteúdo das disciplinas, mas também da construção da minha dissertação. Por tudo isso, sou grata à UFOP e ao PPGD, que foram muito importantes nesse momento tão complicado de nossas vidas!

Quem esteve sempre ao meu lado nesse período foi André, meu amor, a quem agradeço imensamente por tudo, desde o processo de seleção, o apoio e escuta ao longo desses dois anos, a paciência de sempre e o companheirismo de 16 anos, elevado ao grau máximo na pandemia. Muito obrigada e te amo!

Agradeço ao meus pais por serem meu esteio e me apoiarem em minhas escolhas e decisões, e por entenderem minhas ausências e falhas. Vocês são meu porto seguro!

Ao meu orientador, Professor Doutor Leonardo Nunes, agradeço por ter me escolhido como sua orientanda e por me mostrar os caminhos a seguir. Fico sempre feliz por você carregar “debaixo das asas”, não só a mim, mas a todos os seus orientandos, nos levando para todos os lugares (físicos e virtuais), nos apresentando aos espaços jurídicos e acadêmicos do processo coletivo e estrutural, nos enaltecendo e nos tratando como pessoas realmente especiais.

Grata também aos professores que compõem minha banca de defesa da dissertação, Prof. Dr. Alexandre Bahia, Prof. Dr. Marco Félix Jobim, Profa. Dra. Mariela Puga e aos suplentes, Prof. Dr. Carlos Magno Paiva e Profa. Dra. Ludmila Costa Reis. Muito obrigada por disponibilizarem seu tempo e conhecimentos! Fico muito lisonjeada e honrada (e um pouco assustada!) em poder contar com tantos nomes de peso na minha formação acadêmica.

Agradeço ainda aos professores e colegas da Turma 4, especialmente a Josilene, minha companheira de todos os momentos; e a Ana, Elydia, Mariana e Ligia. Obrigada pelas trocas no grupo, pelo constante apoio e socorro nas horas de dificuldade. Vamos nos encontrar!

Sou grata pela oportunidade de poder voltar a uma universidade pública após mais de 10 anos de graduada. Pude constatar que, não obstante os obstáculos dos últimos tempos, a universidade resiste e permanece de pé, com ensino de qualidade, sendo o local onde a esperança ainda se faz presente. Seguimos!

Por fim, como já disse em outras ocasiões, poder colocar meu nome em um trabalho feito por mim, me é uma coisa muito cara! O exercício profissional por longos anos nos bastidores, embora gratificante, acaba deixando um espaço vazio, uma sensação de que a contribuição nunca é completa, é sempre menos do que deveria ser. Por isso, voltar à academia e poder mostrar o meu trabalho, é motivo de grande satisfação e gratidão!

Não se tem tema “campeão de audiência”, de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar. (Trecho do voto do Ministro do STF, Marco Aurélio, na decisão da medida cautelar na ADPF nº 347).

RESUMO

A partir do estudo de um caso paradigmático, qual seja, a ADPF 347, pretende a pesquisa aprofundar na análise das bases teóricas e práticas do processo de natureza estrutural e do modelo de jurisdição experimentalista, de forma a contribuir para a definição e implementação dessa forma de processo, que ganha importância principalmente a partir do surgimento de debates doutrinários acerca da necessidade de solução e efetivação das demandas complexas e multipolares, e da tentativa de realização de mudanças sociais pela via jurisdicional. Questiona-se, no presente estudo, após a análise das principais características dos problemas e processos estruturais, bem como dos diversos modelos jurisdicionais aptos à resolução dos processos de natureza estrutural, qual seria o modelo de jurisdição mais adequado para dar respostas eficazes às demandas dessa natureza, e, especialmente, às violações generalizadas de direitos verificadas no sistema prisional brasileiro, tendo como paradigma a atuação do STF na ADPF 347. A conclusão da pesquisa é a de que o modelo experimentalista é o mais eficaz para promover a necessária reforma estrutural decorrente da declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema prisional brasileiro, de modo a se contornar a situação de violação de direitos dos sujeitos invisíveis e vulneráveis que se encontram submetidos ao cárcere, buscando um cenário de conformidade com os direitos fundamentais dessas pessoas, ou seja, um “estado ideal de coisas”.

Palavras-chave: processo estrutural; ADPF 347; “Estado de Coisas Inconstitucional”; experimentalismo.

ABSTRACT

Based on the study of a paradigmatic case, namely ADPF 347, the research intends to deepen the analysis of the theoretical and practical bases of the structural process and the experimentalist model of jurisdiction, in order to contribute to the definition and implementation of this form of process, which gains importance mainly from the emergence of doctrinal debates about the need for solution and effectiveness of complex and multi-polar demands, and the attempt to achieve social change through the judiciary. After analyzing the main characteristics of structural problems and processes, as well as the various jurisdictional models suitable for solving structural cases, this study questions which model of jurisdiction would be the most appropriate for providing effective answers to demands of this nature, especially the widespread violations of rights found in the Brazilian prison system, using as a paradigm the action of the STF in ADPF 347. The research conclusion is that the experimentalist model is the most effective to promote the necessary structural reform resulting from the declaration of the "unconstitutional state of affairs" in the Brazilian prison system, in order to change the situation of violation of rights of the invisible and vulnerable subjects who are subjected to imprisonment, seeking a scenario of compliance with the fundamental rights of these people, that is, an "ideal state of affairs".

Keywords: structural process; ADPF 347; “Unconstitutional State of Affairs”; experimentalism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPIs	Comissões Parlamentares de Inquérito
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DMF	Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
FUNPEM	Fundo Penitenciário Nacional
HC	Habeas Corpus
ICPR	Institute for Crime & Justice Research
IDDD	Instituto de Defesa do Direito de Defesa
INPEC	Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgênero
LGBTQIA+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgênero, Queer, Intersexuais, Assexuais
MC	Medida cautelar
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PL	Projeto de Lei
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UERJ	Universidade Estadual do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O PROCESSO ESTRUTURAL	19
2.1	Origem e contornos: do problema estrutural ao processo estrutural	20
2.2	A Constituição de 1988 e o advento do processo estrutural no Brasil.....	26
2.3	A violação de direitos em larga escala - complexidade e a multipolaridade.....	31
2.4	A mitigação do princípio da demanda.....	36
2.5	A busca pelo estado de conformidade ou “estado ideal de coisas” – a reforma estrutural.....	42
2.6	A decisão estrutural e o desafio da implementação.....	47
3	A REFORMA DO SISTEMA PRISIONAL PELAS VIAS JURISDICIONAIS 52	
3.1	A experiência dos Estados Unidos da América – “Prision Reform Litigation”. 54	
3.2	A experiência colombiana – o “Estado de Coisas Inconstitucional”.	65
3.3	Precedentes brasileiros: o caminho até a ADPF nº 347	74
4	A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF Nº 347	81
4.1	A ADPF nº 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema prisional brasileiro.....	81
4.2	O “Estado de Coisas Inconstitucional” como diagnóstico de problema estrutural.	88
4.3	A ADPF nº 347 é um processo estrutural?	96
4.4	A ADPF é o instrumento processual mais adequado para resolver problemas estruturais?	103
4.5	O HC n ° 165.704: estará o STF disposto a assumir a coordenação da reestruturação do sistema carcerário brasileiro?.....	114
5	A IMPLEMENTAÇÃO DA REFORMA ESTRUTURAL PELO PODER JUDICIÁRIO	123
5.1	As duas fases do processo estrutural	124
5.2	Ativismo judicial e processo estrutural: as velhas discussões sobre (i)legitimidade democrática, capacidade institucional e separação de poderes.	127
5.3	Ativismo judicial estrutural dialógico	133
5.4	A teoria experimentalista de Charles F. Sabel e William H. Simon	138
5.4.1	<i>Public law litigation e os “direitos de desestabilização”</i>	140
5.4.2	<i>Os efeitos da desestabilização e as características do experimentalismo</i>	145
5.4.3	<i>As respostas às críticas doutrinárias</i>	152
5.4.4	<i>O experimentalismo é intrínseco ao processo estrutural?</i>	158
6	A PROMOÇÃO DE MUDANÇAS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO: A ADPF Nº 347 COMO INSTRUMENTO PARA A REFORMA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	163
6.1	“Estado de Coisas Inconstitucional”, “Direitos de desestabilização” e experimentalismo: relacionando os conceitos.....	163
6.2	É possível retirar o sistema carcerário brasileiro do atual “Estado de Coisas Inconstitucional” por meio do Poder Judiciário?	167

6.3	ADPF nº 347 – o que se já se fez e o que esperar dessa ação constitucional	172
6.4	A adequação do experimentalismo ao ordenamento jurídico brasileiro.....	179
6.5	Afinal, o experimentalismo é o modelo jurisdicional mais adequado para a busca do “estado ideal de coisas” no sistema prisional brasileiro?	183
7	CONCLUSÃO	188
	REFERÊNCIAS	190

1 INTRODUÇÃO

A epígrafe da petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) no dia 27 de maio de 2015, que passou a ser conhecida como ADPF nº 347¹, traz uma citação de Nelson Mandela em “*A Long Walk do Freedom*” que diz o seguinte: “Diz-se que ninguém conhece uma Nação até ter estado nas suas prisões. Uma Nação não deve ser julgada pela forma como lida com os seus privilegiados, mas pela maneira como trata os mais humildes.”².

Pois bem! No mês de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou medida cautelar em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347 – e reconheceu um “Estado de Coisas Inconstitucional”³ no sistema carcerário brasileiro, provocado por violações generalizadas de direitos fundamentais das pessoas em situação de encarceramento e situação de degradação extrema das prisões brasileiras.

A petição inicial da ADPF, além de relatar os mais diversos problemas que atingem o sistema prisional brasileiro, que configura um estado de inconstitucionalidade de todo o sistema, requer a determinação de diversas medidas estruturais a serem manejadas e monitoradas pelo STF, com o auxílio dos demais Poderes, órgãos e pessoas afetadas. Tais medidas têm o escopo de remediar um problema estrutural, com questões de natureza política, social e econômica, configurando-se nítida tentativa de realização de mudanças sociais por meio de formas jurídicas. Ademais, os pedidos principais da ADPF se dirigem à reestruturação do sistema prisional, em todos os níveis, cabendo ao STF a monitoração e a implementação das mudanças necessárias.

Nesse contexto, é possível observar que o pano de fundo dessa ação de natureza constitucional, qual seja, a reestruturação de todo o sistema prisional nacional, parece configurar um verdadeiro problema de natureza estrutural, cujas principais características são:

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 28 de maio de 2015. Brasília: STF, 2015b.

² MANDELA *apud ibidem*.

³ Segundo o relator da ADPF, Ministro Marco Aurélio, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade. “O quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas De Custódia [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 09 de setembro de 2015. Brasília: STF, 2015c. Nesse contexto, o ministro declara que, além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira fere igualmente normas reconhecedoras dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal.

a violação de direitos em larga escala, complexidade e multipolaridade, bem como o objetivo de se alcançar um “estado ideal de coisas”.

Ademais, uma análise preliminar da ADPF nº 347, seus contornos e peculiaridades, permite assinalar semelhanças desse processo com os chamados processos estruturais.

Com efeito, os processos estruturais, conforme explica Edilson Vitorelli, “[...] são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada.”⁴. Seu objetivo imediato é alcançar um estado ideal de coisas, a partir da existência de uma situação de desconformidade com o direito, de natureza policêntrica, estrutural e, na maioria das vezes, complexa.

Partindo de tais premissas, o que pretendo⁵ nesta pesquisa, em linhas gerais, o que pretendo na minha pesquisa é, em primeiro lugar, demonstrar se a ADPF nº 347 e seu objeto se enquadram nos conceitos de problema e processo estrutural, traçando a relação entre o “Estado de Coisas Inconstitucional” e o diagnóstico de problema estrutural, de acordo com as teorias desenvolvidas tanto no Brasil quanto no direito comparado.

Ademais, tendo em vista que a teoria dos processos estruturais é extremamente ampla e rica em detalhes, possuindo vários aspectos passíveis de aprofundamento e maior desenvolvimento teórico, o estudo da teoria de uma forma ampla e geral ultrapassaria os objetivos de uma pesquisa de mestrado, uma vez que essa se propõe a uma análise pontual e verticalizada acerca de uma matéria específica.

Além do mais, essa pesquisa não tem a pretensão de elaborar ou desenvolver uma teoria para os processos estruturais para o Brasil, o que já foi feito por vários estudiosos brasileiros, como Edilson Vitorelli⁶, Sérgio Cruz Arenhart⁷, Marco Félix Jobim⁸, dentre outros, aos quais farei referência ao longo de todo este trabalho.

⁴ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 12. p. 329-384. p. 372.

⁵ Acho necessário deixar aqui registrado que optei por utilizar, no texto deste trabalho, a primeira pessoa do singular, por entender que se trata de uma pesquisa que demarca as minhas percepções sobre o objeto escolhido, sempre, é claro, sob supervisão e iluminação do meu prestimoso orientador, Professor Doutor Leonardo Nunes.

⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, [S. l.], v. 225, p. 389-410, nov. 2013.

⁸ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na Jurisdição Constitucional: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

Dessa forma, dentre os diversos aspectos que poderiam ser discutidos em relação aos processos estruturais, optei por aprofundar na fase de implementação das medidas estruturantes, ou seja, na etapa da realização da reforma estrutural propriamente dita.

E isso porque, em primeiro lugar, essa é a etapa processual que representa, ao meu ver, o maior desafio do processo estrutural, diante da crise de efetividade das decisões judiciais estruturais, o que acaba por tornar inócuo todo o processo. De nada adianta um processo que tenha por objeto o debate e o enfrentamento de um problema estrutural se, ao final, a reforma proposta não for de fato implementada.

Além do mais, no meu entendimento, este é um dos aspectos do processo estrutural que carece de maior aprofundamento doutrinário e jurisprudencial. Ainda há muito a ser explorado nessa matéria, motivo pelo qual encontrei um terreno fértil para minha pesquisa.

Daí também a maior dificuldade de traçar o recorte que pretendia dar à pesquisa. Escolhi, então, trabalhar a teoria experimentalista de Charles Sabel e William Simon⁹, professores de Harvard, que desenvolveram um modelo para a implementação das decisões estruturais proferidas nos Estados Unidos, a partir da análise de casos emblemáticos de reformas estruturais ocorridas em solo estadunidense, o que abrange, inclusive, a reforma do sistema penitenciário daquele país.

Em linhas gerais, o experimentalismo é um modelo de intervenção jurisdicional que se diferencia daquele tradicional de processo, que é baseado em decisões judiciais rígidas, fixas e verticalizadas (“comando e controle”), típicas do processo clássico bipolar, isto é, aquele que se resume à pretensão deduzida pelo autor contra o réu, normalmente referente a direito de natureza patrimonial, e que traz o juiz na centralidade da lide.

O enfoque experimentalista estabelece um sistema de intervenção descentralizado, com ampla participação dos atores envolvidos na demanda, a adoção da investigação voltada para o aprendizado e compartilhamento de informações recolhidas, a deliberação conjunta sobre como os novos conhecimentos podem ser utilizados para o alcance de metas e a transparência. Este modelo é contra procedimentos rígidos e generalistas e possibilita a realização de adaptações em todos os momentos, de forma a buscar a melhor solução para o problema levado à arena judiciária.

Em uma análise preliminar, notei que esta teoria apresenta grande potencial para que se alcance com sucesso a concretização de medidas propostas no bojo de um processo de natureza

⁹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018.

estrutural, sobretudo por estar baseada em premissas de consensualidade, diálogo e revisão periódica das medidas adotadas, o que parece ser bastante adequado levando-se em conta a complexidade dos assuntos enfrentados nas demandas estruturais.

A escolha deste marco teórico se deu pela justificativa de esta ser uma teoria ainda pouco explorada no Brasil, embora diversos autores façam referência a ela de maneira superficial e sem maiores aprofundamentos, salientando sua pertinência e aptidão para dar concretude às medidas estruturantes.

Ademais, me pareceu, numa primeira leitura, ser a teoria mais profícua a ser utilizada pelo STF na ADPF nº 347, notadamente porque, nesse caso em especial, por todas as suas dificuldades e particularidades, se faz imprescindível a retenção da jurisdição pelo Tribunal após a prolação da sentença de mérito, sob pena de se ver fracassada a reforma que o sistema carcerário tanto necessita.

Ao final, anseio demonstrar se a teoria experimentalista seria a mais adequada para a utilização pelo STF para a construção e efetivação das decisões a serem proferidas na ADPF nº 347, na tentativa de reverter o quadro de violação massiva de direitos que acomete o sistema prisional brasileiro.

Em relação à metodologia utilizada, como o presente trabalho pretende desenvolver um modelo de análise e aplicação, foi preciso realizar alguns recortes e fixar algumas diretrizes para a pesquisa.

Em primeiro lugar, observando o atual estágio de desenvolvimento de algumas das ideias que serão tratadas na pesquisa, fez-se necessário um levantamento cuidadoso e dedicado da bibliografia existente, no Brasil e fora, acerca do modelo estrutural de processo, bem como dos modelos de jurisdição adequados à resolução deste tipo de processo, especialmente o modelo experimentalista.

Para tanto, é utilizado como método principal a revisão bibliográfica, aliado ao método de estudo de caso instrumental, isto é, em que se utiliza “[...] o exame de um caso para esclarecer uma questão ou refinar uma teoria”¹⁰. Dessa forma, a ADPF nº 347 será utilizada como pano de fundo para o estudo do processo estrutural e do experimentalismo, buscando-se ainda apontar se este método é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, se é o mais adequado à resolução do problema do sistema prisional.

Como pude perceber pelos estudos prévios feitos para a elaboração desta pesquisa, foi preciso buscar no direito comparado autores que trabalham os modelos de jurisdição aqui

¹⁰ CHIZZOTTI, Antônio. **Pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais**. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 136.

trabalhados, sendo que os principais nomes estão na tradição estadunidense, notadamente Owen Fiss¹¹, Abram Chayes¹², além dos professores Charles Sabel e William Simon¹³. Dessa maneira, do ponto de vista do método, é necessária uma maior cautela na apropriação dos conceitos e de sua forma de aplicação, para que sejam realmente consentâneos com a tradição jurídica brasileira e, mais ainda, com a maneira como o ordenamento jurídico brasileiro se configura.

A análise detida de todo o processo da ADPF 347 também é imprescindível para essa pesquisa. Isso porque, é a partir dessa ação que pretendo demonstrar os contornos do processo estrutural e do “Estado de Coisas Inconstitucional”, bem como explorar a teoria experimentalista utilizada como marco teórico deste trabalho acadêmico.

Será necessário ainda explorar o direito comparado sobre o tema, especialmente os Estados Unidos e Colômbia, tendo em vista serem os países de referência quando se trata de processos estruturais e do “Estado de Coisas Inconstitucional”. Além do mais, tais países já vivenciaram reformas em seus sistemas penitenciários, de forma que o estudo dos caminhos percorridos nesses países é importante para demonstrar o percurso a ser perseguido ou evitado pelo STF na ADPF nº 347, já que versa sobre a mesma matéria.

Em seguida, adentrarei nos estudos acerca de modelos jurisdicionais de implementação das decisões estruturais, com destaque para o experimentalismo, tendo em vista o recorte proposto.

Por fim, buscarei responder se o modelo experimentalista é o mais apto a solucionar o problema da implementação das medidas decorrentes da declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro, sendo capaz de contornar a violação de direitos desses sujeitos invisíveis e vulneráveis, buscando um cenário de conformidade com os direitos fundamentais dessas pessoas.

A pesquisa pretende apontar também as possíveis incompatibilidades do modelo experimentalista com o ordenamento jurídico brasileiro e com o arcabouço normativo do Código de Processo Civil vigente e, ainda, quais seriam os principais entraves à sua aplicação com sucesso na ADPF nº 347.

¹¹ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹² CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

¹³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018.

No capítulo 2, denominado “O Processo estrutural”, pretendo abordar o estado da arte do processo estrutural, buscando trabalhar suas origens no direito norte-americano e suas principais características.

Saliento, como dito anteriormente, que a minha intenção não foi esgotar o tema, tendo em vista que se trata de matéria complexa e cheia de minúcias, que vem sendo aprimorada a cada dia pelos estudiosos do Brasil. A minha pretensão é buscar na abalizada doutrina sobre o tema os aspectos que reputei necessários para a construção do meu objeto de pesquisa. Importante ressaltar ainda que algumas especificidades acerca da teoria dos processos estruturais serão tratadas em outros capítulos, à medida em que se fizeram necessárias para o esclarecimento de algum ponto importante ao desenvolvimento do trabalho.

No capítulo 3, denominado “A Reforma do sistema prisional pelas vias jurisdicionais”, apresentarei exemplos de reformas estruturais no direito comparado, bem como elencarei alguns dos principais precedentes no direito brasileiro relacionados ao tema da deterioração do sistema carcerário no Brasil.

Em relação ao direito comparado, optei por trabalhar as situações vivenciadas pelos Estados Unidos e pela Colômbia. O primeiro, por ser o país de origem dos processos estruturais e por ter vivenciado uma profunda reforma do sistema penitenciário por meio das “*structural reforms*”. E a Colômbia, por ser o país que desenvolveu e consagrou o instituto do “Estado de Coisas Inconstitucional”, tendo passado por uma reestruturação de seu sistema carcerário promovido pela Corte Constitucional Colombiana.

Na medida em que minha pesquisa pretende relacionar os processos estruturais com o “Estado de Coisas Inconstitucional”, entendo ser interessante buscar os precedentes destes dois países, de forma a apontar eventuais semelhanças e diferenças entre os institutos.

Por fim, a terceira seção do capítulo será dedicado a discutir alguns dos julgados brasileiros mais importante sobre os problemas do sistema prisional, com o objetivo de traçar um percurso até o ajuizamento da ADPF 347, demonstrando que as dificuldades já perduram por longas décadas e que já houve tentativas pontuais de modificar o cenário, porém nenhuma delas foi suficiente para alterar o quadro de degradação enfrentado pelas prisões no Brasil.

No capítulo 4, chamado “A ADPF nº 347”, a intenção é abordar os principais contornos da ADPF nº 347, trabalhando os principais aspectos de sua petição inicial e, especialmente, da decisão na medida cautelar deferida pelo STF em 2015, uma vez que esta é a principal decisão nesta ação desde seu ajuizamento. Também procurarei traçar a relação entre a ADPF nº 347 e os processos estruturais, fazendo o enquadramento do “Estado de Coisas Inconstitucional”

dentro do conceito de problema estrutural, além de discutir a adequação da ADPF para o enfrentamento desse tipo de problema, bem como o eventual papel do STF no equacionamento da questão.

O capítulo 5, “A implementação dos processos estruturais”, pretendo trazer algumas teorias relacionadas à implementação das reformas estruturais e o papel do Poder Judiciário nessa implementação. Nesse sentido, será trabalhado o tema do ativismo judicial, aplicado aos processos estruturais e suas principais objeções doutrinárias. Ademais, serão descritas duas teorias acerca da implementação de reformas estruturais pelo Poder Judiciário, as quais têm à pretensão de responder de forma adequada às críticas apontadas pela doutrina acerca do ativismo judicial.

Optei por trabalhar, primeiramente, a teoria denominada “ativismo judicial estrutural dialógico”, construída por Carlos Alexandre Azevedo Campos¹⁴, no contexto do “Estado de Coisas Inconstitucional” colombiano. Ademais, analisarei a teoria experimentalista de Charles Sabel e William Simon¹⁵, elaborada no contexto das *structural reforms* estadunidenses. A opção por trabalhar estas duas teorias se justifica pela razão de toda esta pesquisa permear as situações vivenciadas pelos Estados Unidos e pela Colômbia em relação às reformas prisionais promovidas nestes países. Assim, ainda que eu não desconheça a existência de diversas outras teorias acerca dos métodos de implementação de medidas estruturais, escolhi analisar as duas que reputei mais pertinentes à construção da resposta ao meu problema de pesquisa.

Como visto, é também neste capítulo que será trabalhado o principal referencial teórico desta pesquisa, que é o experimentalismo, de acordo com a teoria proposta pelos autores estadunidenses William Simon e Charles Sabel¹⁶. A intenção é descrever de forma minuciosa e aprofundada a teoria experimentalista, por dois motivos principais. O primeiro, por ser uma teoria ainda carente de maior aprofundamento no Brasil, notadamente no campo do Direito.¹⁷ Por este motivo, busquei, a partir do artigo escrito pelos criadores da teoria, Charles Sabel e

¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

¹⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Embora o tema seja ainda pouco trabalhado pelos doutrinadores e estudiosos brasileiros, no último ano algumas pesquisas acadêmicas se dedicaram ao estudo do experimentalismo, o que demonstra sua pertinência e importância para o desenvolvimento da teoria dos processos estruturais no Brasil. Dentre outros trabalhos sobre o tema, destaco a tese de doutorado de CRUZ, Clenderson Rodrigues da. **Técnicas processuais estruturais e processualismo constitucional democrático**: proposta de um modelo para a construção compartilhada da solução para os litígios de direito público. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021.

William Simon¹⁸, descrever as premissas por ele utilizadas, bem como as características e demais aspectos por eles apontados acerca do experimentalismo.

O segundo motivo escolhido para o aprofundamento desta teoria é porque pretendo, ao final da pesquisa, determinar se este é o método mais adequado para a implementação da reforma estrutural do sistema prisional brasileiro, por meio da ADPF nº 347. Para tanto, é preciso descer às minúcias acerca da teoria a ser testada, de modo que a resposta seja a mais precisa possível.

Por fim, o capítulo 6, denominado “A promoção de mudanças sociais pelo Poder Judiciário: a ADPF 347 como instrumento para a reforma do sistema carcerário brasileiro”, é o último capítulo deste trabalho, no qual pretendo colacionar os resultados alcançados com a pesquisa, retomando todas as matérias discutidas ao longo de todo o texto e fazendo à devida interligação entre elas, além de testar a hipótese proposta.

Para finalizar, é preciso deixar consignado que a proposta deste trabalho não é indicar uma solução que resolva, de uma só vez, as generalizadas violações de direitos que acometem o sistema carcerário brasileiro, já que esta seria uma tarefa extremamente difícil e complexa, que foge ao recorte proposto nesta pesquisa e ultrapassa os fins de uma pesquisa de mestrado. Busca-se, com esta pesquisa, apontar um possível caminho a ser trilhado pelo Supremo Tribunal Federal na construção de uma decisão estrutural na ADPF nº 347 e, principalmente, efetivação de medidas que possam dar abertura a uma profunda e ampla reforma no sistema prisional, de modo a reverter o grave quadro de inconstitucionalidade que se apresenta Brasil em relação à essa população que vive em situação sub-humana, ocultada, às margens da sociedade.

¹⁸ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018.

2 O PROCESSO ESTRUTURAL

“Na minha concepção, as cortes existem para dar significado aos valores públicos, não para solucionar controvérsias.”¹⁹

No primeiro capítulo, pretendo fazer uma revisão bibliográfica acerca dos processos estruturais, tendo em vista a necessidade de traçar as linhas teóricas por meio das quais pautarei o desenvolvimento do objeto desta pesquisa. Na medida em que almejo estudar a ADPF nº 347 sob as lentes desse tipo de processo, entendo ser imprescindível, inicialmente, demarcar seus contornos e principais características, de forma a delimitar o estado da arte, para em seguida fazer o devido enquadramento de acordo com o caso concreto a ser estudado.

Em primeiro lugar, pois, farei uma breve análise acerca da origem estadunidense dos processos estruturais, a partir dos trabalhos de Owen Fiss²⁰ e Abram Chayes²¹, apontando o contexto de seu surgimento e as principais propriedades por eles apontadas, em contraposição aos atributos característicos dos chamados processos civis tradicionais, de ordem individual e marcadamente patrimonial.

Em seguida, no que tange às características do processo estrutural, sem prejuízo de outros traços distintivos apontados pela doutrina, optei por aprofundar alguns aspectos que reputo mais pertinentes para a construção do objeto de pesquisa. Dessa maneira, discutirei a sua complexidade e multipolaridade, bem como a mitigação do princípio de demanda, para em seguida, adentrar na abordagem do que entendo ser o principal escopo do processo estrutural, qual seja, a busca por um “estado ideal de coisas”, ou a reforma estrutural propriamente dita.

Ao final do capítulo tratarei do ponto que reputo como principal desafio relacionado aos processos estruturais, que é sua implementação, salientando que este ponto será novamente trabalhado em outro capítulo deste trabalho, tendo em vista fazer parte do problema de pesquisa, a demandar um estudo mais aprofundado e adequado, a fim de se chegar aos objetivos e respostas almejadas²².

¹⁹ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade**. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 26.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

²² É necessário salientar que não tenho a intenção de esgotar o tema dos processos estruturais ou mesmo trazer a matéria de uma maneira extremamente aprofundada, pois não tenho a pretensão de elaborar uma teoria para os processos estruturais, tendo em vista que já há doutrina bastante profícua sobre o tema. A despeito de outros traços e características trabalhadas pela doutrina brasileira, até porque, pela novidade do tema no Brasil, ainda

2.1 Origem e contornos: do problema estrutural ao processo estrutural

O movimento dos direitos civis que despontou nos Estados Unidos da América a partir da década de 1950, e que foi, em grande parte, responsável pela expansão e consolidação da noção de acesso à Justiça, acabou também por suscitar novos conflitos que foram submetidos à apreciação do Poder Judiciário, demandando do sistema de justiça estadunidense uma atuação diferente da tradicional, dando ensejo à uma forma diferenciada de adjudicação. Em estudo publicado no final da década de 1970, Owen Fiss utilizou da expressão *structural reform* (reforma estrutural) para caracterizar essa nova forma de atuação do Poder Judiciário, na qual esse Poder tomaria parte no diálogo travado na arena política, e que se distingue pelo fato de envolver um encontro entre o Judiciário e as burocracias estatais²³.

Essa nova forma de adjudicação modificou sobremaneira a noção tradicional de resolução de disputas que vigorava até então nos Estados Unidos, cujo contorno mais marcante estava em sua índole eminentemente individualista, sendo o processo concebido para o trato linear dos litígios, marcado pela bipolaridade, pelo caráter retrospectivo das decisões, pela posição passiva e neutra do juiz e pelo encerramento do processo com a prolação da sentença condenatória. O provimento jurisdicional representava, na maioria das vezes, uma simples compensação por algum dano passado.

Abram Chayes, em importante artigo acadêmico acerca do modelo processual chamado por ele de *Public Law Litigation* (Processos de Interesse Público)²⁴, publicado no ano de 1976, nos Estados Unidos, traçou um perfil do processo civil tradicional, elencando seus principais atributos. Segundo ele, tradicionalmente, o processo civil era visto como um meio de resolução de conflitos de direito privado entre indivíduos, cujas principais características são: 1) a bipolaridade, uma vez que o litígio gira em torno de dois indivíduos com interesses opostos; 2) a disputa retrospectiva, isto é, voltada a um fato passado; 3) a interdependência entre direito e tutela judicial, ou seja, a tutela decorre logicamente da violação do direito; 4) o impacto da decisão restrito às partes litigantes e geralmente representa uma simples compensação por

há certas divergências em relação a certos atributos distintivos do processo estrutural, optei por trazer a este trabalho as características em que há maior concordância por parte da doutrina e, ainda, que servirão de base para o desenvolvimento do meu objeto de pesquisa.

²³ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 2.

²⁴ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

algum dano passado, sendo que a sentença conclui a atividade judicial; 5) início e controle do processo pelas partes, sendo o juiz um árbitro neutro que somente decide as questões que lhe forem apresentadas pelas partes²⁵.

Ocorre que este modelo tradicional de processo não era capaz de dar solução ao novo tipo de conflito que surgia naquele momento na sociedade estadunidense, decorrente da crescente consagração dos direitos sociais, que demandavam uma atuação positiva por parte do Estado e, por conseguinte, permitiam, em maior ou menor grau, que se buscasse judicialmente tutelas prestacionais para dar concretude a tais direitos. Essas novas demandas, mais do que questionar um único ato ou dano individual contra certa pessoa, almejavam a alteração de toda uma engrenagem social, com vistas à promoção de verdadeira (re)estruturação de uma determinada instituição governamental ou a implementação de política pública.

Esse novo tipo de demanda levou o Poder Judiciário ao centro da arena política notadamente em razão das dificuldades relacionadas à sua concretização por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, que, em tese, deteriam a competência constitucional para balizar as diretrizes fundamentais para o desenvolvimento e implementação de políticas públicas aptas à realização desses direitos.

Com efeito, esse novo tipo de litígio, que questionava as burocracias e desconformidades de uma instituição pública ou privada, começou a se multiplicar nos Estados Unidos entre as décadas de 1950 e 1970, tendo como episódio emblemático o julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte norte-americana deu início à tentativa de superação da doutrina do *separate but equal* (separados, mas iguais), que havia institucionalizado a segregação racial nas escolas dos Estados Unidos.²⁶

Este precedente é tido como o *leading case* da *strutural reform* (reforma estrutural) noa Estados Unidos²⁷, tendo em vista que se buscava a reconstrução de todo o sistema escolar

²⁵ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

²⁶ A decisão proferida no referido precedente não foi capaz, por si só, de promover a superação da segregação racial no país, especialmente porque se tratava de prática que já estava enraizada na sociedade estadunidense desde o período da escravidão. Outras decisões da Suprema Corte, que vieram depois de *Brown vs. Board*, como é o caso do precedente conhecido como *Brown II*, também visaram a superação da segregação racial no país. Jordão Violin, em sua tese de doutorado, trata com profundidade sobre a referida matéria, abordando os mais importantes e conhecidos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos envolvendo problemas estruturais, inclusive sobre o tema da segregação racial. VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) –Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

²⁷ Para maiores detalhes acerca deste caso emblemático, veja-se JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da Rocha. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of education*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 29. p. 853-872.

daquele país, isto é, não se questionava um único ato ou dano individual, mas a institucionalização da violação de direitos das pessoas negras, que existia em solo norte-americano até então. Almejava-se a alteração do funcionamento de toda uma engrenagem social, visando evitar a repetição dos mesmos ilícitos no futuro²⁸.

Muitos outros casos, porém, eclodiram na mesma época, tendo objetos diversos e igualmente emblemáticos, como, por exemplo, os problemas do sistema prisional, comuns em diversos estados da federação²⁹, a questão dos abusos policiais e das dificuldades relacionadas ao acolhimento de pessoas com doenças mentais³⁰, bem como diversas outras demandas que demonstravam a necessidade de reforma de toda a estrutura de determinada instituição ou órgão governamental dos Estados Unidos³¹.

Enfim, todas essas questões, cujas características se divorciam dos conflitos tradicionais, se configuram como litígios ou problemas estruturais³², em relação aos quais que se busca não a reparação por um ato isolado ocorrido no passado, mas “[...] a reforma de uma instituição de grande porte para erradicar as causas do conflito.”³³.

Em outras palavras, o problema estrutural é aquele em que a violação do direito surge como resultado “não de um ato isolado no tempo, mas do funcionamento de uma estrutura (entendida como instituição, política ou programa) pública ou privada e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura”³⁴. O problema estrutural pressupõe uma situação de desconformidade contínua e

²⁸ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

²⁹ As reformas do sistema prisional nos Estados Unidos, serão tratadas com mais profundidade no próximo capítulo, devido à sua importância para a construção deste trabalho.

³⁰ Esses casos são elencados por SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 117, n. 4, p. 1015-1101, 2004.

³¹ Para uma análise detalhada sobre a evolução da reforma estrutural estadunidense, veja-se a pesquisa de VIOLIN, *op. cit.*

³² A expressão “litígios estruturais” é utilizada por boa parte dos doutrinadores brasileiros, dentre eles, NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 22. p. 687-702 e VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. Entretanto, na esteira do entendimento de DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do Processo Estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 15. p. 423-465, bem como ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, optei por utilizar neste trabalho a expressão “problema estrutural”. Isso porque, compartilho do entendimento destes últimos autores, no sentido de que “[...] o termo ‘lide’ foi concebido para lidar com realidades absolutamente diferentes. A lógica da pretensão de um sujeito somada à resistência de outro é claramente inviável no plano dos problemas estruturais.” *Ibidem*, p. 60.

³³ VITORELLI, Edilson (org.). **Manual de Direitos Difusos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 59.

³⁴ VITORELLI, *op. cit.*, 2020. p. 81.

permanente, que gera um “estado de coisas” que não corresponde ao que seria ideal³⁵.

Tal desconformidade pode ser identificada na esfera pública, ou seja, nas instituições governamentais concernentes à educação, saúde, sistema prisional, envolvendo direitos fundamentais de determinado grupo populacional ou determinada política pública, nada impedindo que possa ser também verificada em âmbito privado³⁶.

Owen Fiss foi um dos primeiros estudiosos a tratar do tema, juntamente com seu conterrâneo Abram Chayes³⁷, sendo atribuído a ele o termo reforma estrutural (*structural reform*), que consiste em um tipo de adjudicação, que se distingue “[...] pelo fato de envolver um encontro entre o judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar significado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações.”³⁸ Busca-se, desse modo, ao enfrentar uma burocracia estatal, (re)estruturar sua organização para eliminar a ameaça imposta aos valores constitucionais pelos arranjos institucionais existentes. Exige, por parte das cortes, uma transformação radical do *status quo*, isto é, uma reconstrução da própria realidade social³⁹.

Conforme leciona Jordão Violin

[...] neste tipo de demanda, não se questiona um ato isolado, mas sua institucionalização e reprodução. Não se quer recuperar o *status quo ante*, mas alterar o funcionamento de toda uma engrenagem social para evitar ilícitos futuros. Busca-se a reforma global de uma instituição, geralmente burocrática e de grande porte, como um sistema educacional e prisional, para adequá-la a valores fundamentais.⁴⁰

Abram Chayes, no trabalho acima mencionado, após traçar suas características, analisou o declínio da estrutura tradicional de processo, que refletia a visão da sociedade liberal do final do século XIX, tendo em vista que a teoria do processo civil baseado no direito privado tornou-

³⁵ DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 427.

³⁶ Tanto Fiss quanto Chayes, nas obras de referência já mencionadas nesta pesquisa, elencam os litígios relacionados à falência de grandes empresas ou outros problemas corporativos como exemplos de conflitos de natureza estrutural. É o que Fiss chamou de “burocracias privadas”. CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017; FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade**. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

³⁷ Ambos os autores escreveram suas teorias na década de 1970 nos Estados Unidos, sendo considerados pelos estudiosos do processo estrutural como os dois maiores expoentes sobre o tema, sendo até os dias atuais as principais referências acerca da teoria do processo estrutural, ainda que se tenha aprofundado, desenvolvido e adaptado os estudos realizados por eles há mais de 40 anos para a realidade contemporânea acerca da teoria do processo e aos mais diversos ordenamentos jurídicos. Mais à frente detalharei os principais aspectos de diferenciação entre as teorias por eles propostas.

³⁸ FISS, *op. cit.*, p. 26.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 57.

se cada vez mais precário e insuficiente para regular as questões econômicas e sociais básicas que surgiam na sociedade⁴¹. O autor detalhou, então, as características desse novo tipo de processo, o chamado por ele de *public law litigation*⁴².

Segundo Chayes⁴³, houve o desaparecimento da estrutural bilateral (bipolar), sendo a estrutura de partes extensa e amorfa, sujeita a mudanças no decorrer do processo. Ademais, a relação tradicionalmente adversária e voltada à compensação de um fato passado é substituída por processo de negociação e mediação e voltada para o futuro, isto é, a adjudicação é prospectiva, sendo o juiz chamado para avaliar e procurar vias alternativas para corrigir uma determinada política pública. E para tanto, o juiz passa a ser uma figura ativa, dominante na organização e orientação do caso, contando com a ajuda tanto das partes quanto de outras pessoas que se encontram fora do delito (por exemplo, especialistas e supervisores). E por fim, a tutela jurisdicional, sempre voltada para o futuro, emana seus efeitos a muitas pessoas que sequer participaram do processo, e a intervenção judicial não se esgota com a sentença, ao contrário, se prolonga e aprofunda na fase executiva, configurando um envolvimento contínuo do tribunal⁴⁴.

Da mesma forma, Owen Fiss⁴⁵ também traçou os principais aspectos processuais que, em seu entendimento, sofreram as transformações decorrentes da nova estrutura processual. Primeiramente, o autor fez uma análise da estrutura das partes deste novo tipo de processo. Ele examinou o conceito de autor sob três perspectivas: 1) vítima; 2) representante; 3) beneficiário.

No processo estrutural, a vítima não é um indivíduo isolado, mas grupos mais ou menos organizados, com interesses próprios, que existem independente a existência de uma ação judicial (ex. pessoas em situação de privação de liberdade). Ademais, esses grupos exigem um representante, alguém que fale em favor do referido grupo, que busque e defenda adequadamente seus interesses.

Além disso, o autor afirmou que a relação entre vítimas e representante é instrumental e, às vezes, se faz necessário mais de um representante para diferentes vítimas, tendo em vista que pode haver interesses antagônicos envolvidos, não sendo, nestes casos, possível a

⁴¹ CHAYES, *op. cit.*

⁴² Parte da doutrina aponta diferenças entre a *Strutural Reform* proposta por Owen Fiss e a *Public Law Litigation*, proposta por Abram Chayes, A divergência será tratada na próxima seção.

⁴³ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

representação de todos os interesses por um mesmo representante. E por fim, para Fiss⁴⁶, o beneficiário, ainda que seja também um grupo, não necessariamente coincidirá totalmente com o grupo de vítimas, podendo ser até mais amplo que este.

Em resumo, de acordo com Fiss, no polo ativo do processo estrutural, a vítima é sempre um grupo (negros, crianças sem vagas em creche); seu representante poderá ser um membro do grupo ou uma instituição que represente os interesses do grupo, e os beneficiários da tutela podem extrapolar o próprio grupo de vítimas⁴⁷.

Quanto à figura do réu, Fiss⁴⁸ salientou que, a estrutura analisada quanto ao polo ativo, deverá ser repetida no polo passivo, ou seja, estão presentes as seguintes figuras: 1) o representante do interesse contraposto; 2) o autor do ato ilícito e; 3) o destinatário, que deverá cumprir a medida judicial. Esclarece, entretanto, que, no caso dos processos estruturais, a função do autor do ato ilícito praticamente desaparece, ou melhor, torna-se insignificante.

Isso porque, nos processos estruturais, o principal foco não é a ocorrência de um ato ilícito, mas a condição social que a dinâmica burocrática produz. Segundo ele,

[...] os custos e ônus da reforma são suportados pela organização, não pelo fato de ter “agido de forma errada” literal ou simbolicamente, pois não há uma intenção ou uma vontade de fazê-lo, mas porque a reforma é necessária para eliminar a ameaça, imposta pela organização, aos valores constitucionais.⁴⁹

Ademais, segundo o autor, a reforma estrutural coloca os tribunais na posição de emitir diretivas para os demais órgãos estatais, de forma a se erradicar a ameaça aos valores constitucionais decorrentes da conduta reiterada de determinada instituição. Ou seja, é voltada ao futuro e se dirige não a indivíduos, mas aos departamentos burocráticos. Conforme destacado por Fiss, “[...] no curso do processo de reconstrução, o juiz deve penetrar profundamente na fachada institucional, abrir a chamada ‘caixa preta’, com o propósito de localizar dentro da instituição os operadores em posições-chave par aos quais as diretivas de reconstrução devem ser emitidas.”⁵⁰

Esse papel de destaque do juiz leva ao terceiro ponto analisado por Fiss⁵¹ quanto às características do processo estrutural, que é a postura do juiz. Para ele, o juiz, nesse tipo de

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 56.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 57.

⁵¹ *Ibidem*.

processo, deve assumir uma postura mais ativa, buscando se informar da melhor maneira e proporcionando amplo diálogo processual, de modo a dar a solução mais justa ao caso, especialmente quando a reforma institucional tem potencial para atingir direitos e interesses de pessoas de classe econômica mais baixas, como é o caso das pessoas submetidas à privação de liberdade⁵².

Por fim, Fiss destaca a singularidade da fase executória no processo estrutural, destacando que, diferentemente dos processos tradicionais, em que essa fase pode nem chegar a existir, sendo esporádica, na *structural reform* essa fase, ao contrário, sempre irá existir e envolve uma relação longa e contínua entre o juiz e a instituição, e que se revela na tarefa de eliminar a condição que ameaça os valores constitucionais⁵³.

Portanto, a partir das características e distintivos apresentados por Abram Chayes⁵⁴ e Owen Fiss⁵⁵, foi possível traçar os contornos e desenvolver toda a teoria acerca do novo tipo de litígio que ganhou corpo nos Estados Unidos a partir da década de 50 e que, até os dias atuais, permeiam as cortes norte-americanas, embora não com tanto vigor quanto outrora.⁵⁶

2.2 A Constituição de 1988 e o advento do processo estrutural no Brasil

No Brasil, a Constituição da República de 1988 concebeu uma série direitos

⁵² FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 58.

⁵³ *Ibidem*, p. 63.

⁵⁴ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

⁵⁵ Parte da doutrina aponta diferenças entre a *Structural Reform* proposta por Owen Fiss e a *Public Law Litigation*, proposta por Abram Chayes. Entre os autores brasileiros, destaco GALDINO, Matheus Souza. **Processos Estruturais**: Identificação, funcionamento e finalidade. Salvador: Editora JusPodivm, 2020; VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. O próprio Fiss aponta uma diferenciação entre sua tese e o trabalho elaborado por Chayes, afirmando que este “[...] identificou um modo de adjudicação muito similar ao estrutural (embora ele atribua as características formais do referido modo de adjudicação ao caráter ‘público’ dos direitos, enquanto as considero mais atreladas ao conjunto organizacional – todos os direitos aos quais as cortes conferem eficácia são públicos). Abram enaltece esse ‘novo’ modelo, porém, enfatiza suas dimensões descritivas ou normativas, em vez de lidar diretamente com as questões concernentes à legitimidade. Ele apresenta-se como um ‘biólogo’ descrevendo a ‘evolução’ de uma ‘nova’ forma de adjudicação que, acrescenta, legitimar-se-á ao obter a aceitação da população, desde que tenha a chance de ser implementada.” FISS, *op. cit.*, p. 74. Embora se reconheça a importância desta diferenciação traçada por Fiss, para os fins deste trabalho as duas expressões serão tratadas como sinônimas, por entender que as diferenças pontuais entre os institutos não justificam que sejam tratados distintamente. Dentre os autores que tratam as expressões como sinônimos destacam-se, BAUERMANN, Desirê. *Structural Injunctions no Direito Norte-Americano*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 11, p. 275-328; VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

⁵⁶ Sobre a ascensão e decadência dos processos estruturais nos Estados Unidos, veja-se: *Ibidem*.

fundamentais sociais, que passaram a constituir a estrutura básica do Estado e da sociedade brasileira, permitindo, em maior ou menor grau, a reivindicação de um dever prestacional por parte do Estado, tendo em vista se tratarem, em regra, de direitos e garantias de aplicação imediata⁵⁷.

Ademais, após a promulgação da Constituição de 1988, diversas outras leis foram sendo editadas com o objetivo de regulamentá-la, visando dar efetividade aos direitos sociais ali consagrados, especialmente no que se refere à tutela de vulneráveis.

Dessa forma, o que se observa é que o ordenamento jurídico brasileiro passou a demonstrar uma preocupação especial na promoção dos direitos fundamentais, especialmente os relacionados às mais básicas garantias de uma vida digna à população.

Para a concretização desses direitos, porém, é necessário que o Estado proporcione condições materiais básicas a essa população, estabelecendo planos e metas a serem cumpridas e a realização de atividades para a concretização e possibilidade de fruição de tais direitos. Isso porque, para a promoção e a proteção dos direitos sociais, são necessárias prestações positivas do Estado, que se materializam por meio de políticas públicas.

As políticas públicas são programas de ação governamental que visam coordenar os meios colocados à disposição do Estado e as atividades privadas, com o escopo de realizar objetivos socialmente e politicamente relevantes. Conforme lecionam Hemily Saraiva, Rebeca Barbalho e Vladimir França, “[...] pode-se dizer que políticas públicas são medidas governamentais planejadas e executadas para a realização dos direitos sociais, buscando o bem-estar da sociedade. Quando se mencionam políticas públicas, está-se pressupondo um agir do Estado sobre e para a sociedade.”⁵⁸.

Nesse sentido, os direitos sociais devem ser efetivados, primordialmente, por meio de políticas públicas desenvolvidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, que detêm a competência para delinear as diretrizes fundamentais para a sua concretização. Por outro lado, certo é que a efetivação de tais direitos não constitui mera faculdade desses Poderes, mas se trata de imposição constitucional, e, embora haja certa discricionariedade na definição das políticas públicas, isso não significa que eles podem escolher simplesmente não os concretizar.

⁵⁷ Art. 5º, §1º da Constituição da República. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988.

⁵⁸ SARAIVA, Hemily Samila da Silva; BARBALHO, Rebeca de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Políticas públicas através de decisões estruturais: um estudo sobre a acessibilidade em barreiras urbanísticas. In: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 1., 2020, Florianópolis. **Direitos sociais e políticas públicas I**. Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Ocorre que, passadas várias décadas deste a promulgação da Constituição, o que se vê é que a inércia e a desídia dos poderes Executivo e Legislativo, que deveriam ser os principais responsáveis não só pela criação, como também pela implementação de políticas públicas sociais, geraram um grave quadro social de negligenciamento na efetivação prática destes direitos. Assim, diante da ausência ou deficiência de determinada política pública, não restou outra saída senão a busca pela intervenção judicial.

Atualmente, não mais se discute a possibilidade de se buscar judicialmente a efetivação de direitos sociais, individual ou coletivamente, por meio de ações que postulam o fornecimento de bens e serviços necessários à fruição de direitos como saúde, educação, moradia, dentre outros, em busca de uma vida mais digna. Doutrina e jurisprudência são pacíficas a respeito dessa judicialização⁵⁹, razão pela qual se tornou comum a busca da proteção judicial de direitos fundamentais sociais, especialmente através da propositura de ações individuais ou coletivas que postulam a implementação de determinada política pública.

Entretanto, conforme apontado por diversos estudiosos do processo civil⁶⁰, o modelo tradicional de resolução de conflitos é insuficiente para regular as questões econômicas e sociais básicas que surgiram na sociedade, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988. Isso porque, tais questões apresentam-se extremamente complexas e envolvem múltiplos interesses, demandando, no mais das vezes, toda a reestruturação de instituições governamentais⁶¹. E essas características se adequam, sem a menor sombra de dúvida, a tudo o que já foi apresentado acima acerca dos processos estruturais.

Ainda que seja um tema relativamente recente em território brasileiro, o estudo acerca dos processos estruturais ganhou bastante corpo na última década, já contando com profícua produção acadêmica e doutrinária, especialmente sobre sua conceituação e características mais marcantes, bem como sobre a necessidade de adequação ao ordenamento jurídico brasileiro e da realidade enfrentada pelos tribunais pátrios.

Os processos estruturais, sem dúvida, são instrumentos apropriados para fazer frente às

⁵⁹ Embora haja entendimento pacífico acerca da possibilidade de judicialização de direitos sociais, existe divergência acerca dos limites desta intervenção judicial, especialmente em razão da dimensão econômica dos direitos prestacionais, levando à discussão acerca do binômio “reserva do possível” vs. “mínimo existencial”. Por fugir ao recorte adotado neste trabalho, deixa-se de abordar esta discussão. Para aprofundamento deste tema, ver SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁶⁰ Por todos, veja-se VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do Processo Estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 15. p. 423-465. p. 429.

demandas que ganharam corpo após 1988, consistentes na busca pela concretização dos direitos sociais, sobretudo quanto o seu objeto for a implantação ou modificação de política pública ou reestruturação de um ente estatal.

Além da doutrina, já há reflexos desta teoria também no campo jurisprudencial. Nos dias atuais é possível encontrar várias ações e decisões judiciais pelos mais diversos tribunais do país em que em são empregados de forma expressa os conceitos de problema, litígios e processo estruturais.⁶²

Antes de prosseguir, porém, é preciso destacar que, embora a doutrina estadunidense tenha tratado o tema pelas expressões *strutural reform* (Fiss⁶³) ou *public law litigation* (Chayes⁶⁴), destacando o aspecto da reforma estrutural em si (*strutural injuction*), no Brasil, a doutrina diferencia as expressões “problema estrutural” e os “processo estrutural”, conceituando separadamente os dois institutos que, embora visceralmente associados, não se confundem.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. e Oliveira, conceituam o processo estrutural como “[...] aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal.”⁶⁵.

O problema estrutural é, então, a própria situação de desconformidade estruturada, permanente e contínua, verificada em determinada instituição ou organização estatal ou privada, que demanda uma reforma ou reestruturação de toda sua estrutura para que retorne ao padrão de conformidade almejado pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, constatada uma situação de anormalidade estrutural causada por reiterada conduta ilícita, desidiosa ou omissiva do Poder Público ou entidade privada, deve-se buscar meios de reverter esse “estado de coisas” em desconformidade, o que se dá, no âmbito do Poder Judiciário, por meio do processo estrutural.

⁶² Edilson Vitorelli, em sua obra inteiramente dedicada aos processos estruturais, declara ter utilizado como exemplos quase uma centena de casos práticos brasileiros. VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 60.

⁶³ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade**. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁶⁴ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do Processo Estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 15. p. 423-465. p. 429.

Nos dizeres de Edilson Vitorelli, no processo estrutural se pretende, “[...] pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural.”⁶⁶.

Para ilustrar, tomo como exemplo a situação de um detento que busca judicialmente uma indenização por danos morais, em razão de práticas abusivas e das continuadas violações de direitos a que foi submetido na prisão, devido à superlotação, deficiências na estrutura física do prédio, maus tratos sofridos, dentre outras⁶⁷. Não há dúvida de que, num caso como este, embora o indivíduo anseie, aparentemente, a compensação por dano pessoal, o problema de fundo revela uma situação de desconformidade em todo sistema penitenciário perante toda a coletividade que com ele se relaciona ou que a ele está sujeita. Trata-se, pois de um problema de natureza estrutural. Nesse caso, de nada adianta o pagamento de indenizações individuais, pois isso não resolve o problema da superlotação do sistema penitenciário, nem melhora as condições de falta de dignidade da generalidade dos presos o que somente poderia ser resolvido por meio de um processo também estrutural. Assim, “problema estrutural” e “processo estrutural” não se confundem e, nem sempre, o primeiro pressupõe o segundo, visto que problemas estruturais também podem ser demandados judicialmente por meio de processos individuais⁶⁸.

Por fim, embora exista ainda alguma divergência entre os estudiosos brasileiros acerca das características essenciais ou típicas dos problemas estruturais, ou seja, quais os traços distintivos que demarcam a natureza estruturante do conflito e, ainda, quais são os predicados de um processo estrutural⁶⁹, é possível destacar algumas características que lhes são comuns e

⁶⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 60.

⁶⁷ Em 16 de fevereiro de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário (RE) 580.252, com repercussão geral reconhecida, proferiu decisão no sentido de que o preso submetido a situação degradante e a superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos morais. O valor da indenização fixado foi de R\$ 2.000,00 para o condenado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS**. Embargos de declaração. Inexistência de vícios de fundamentação no acórdão embargado. Rejeição. Questões inauguradas nesta fase indicativas de mero inconformismo. Meio processual ilegítimo. 1. O acórdão embargado contém fundamentação apta e suficiente a resolver todos os pontos do recurso que lhe foi submetido. [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 18 de dezembro de 2017. Brasília: STF, 2017c.

⁶⁸ É preciso ressaltar que este não é um entendimento pacífico da doutrina. Há quem sustente que os processos estruturais somente podem ter natureza coletiva. Voltarei a esse ponto mais adiante, ao tratar da ADPF 347 como processo estrutural.

⁶⁹ Ademais, alguns doutrinadores tratam certas características como sendo inerente ao problema estrutural enquanto outros entendem ser tais atributos referentes ao processo estrutural. Enfim, ainda não há um fechamento conceitual por parte dos estudiosos do tema, especialmente no Brasil, onde o tema tem sido desenvolvido com mais profundidade somente ao longo da última década.

que são aceitas de maneira pacífica pela doutrina⁷⁰.

É o que passo a expor a seguir.

2.3 A violação de direitos em larga escala - complexidade e a multipolaridade

Tratarei, primeiramente, de duas características atribuídas ao problema estrutural, deixando claro, desde já, que boa parte da doutrina entende que, ainda que presentes na maioria dos casos, tais características são eventuais, ou seja, não são imprescindíveis à caracterização da estruturalidade do problema⁷¹. São elas, a complexidade (ou policentria) e a multipolaridade.

Estas duas características estão relacionadas entre si de maneira estreita, mas não se confundem. Enquanto a complexidade abarca a existência de uma variedade de centros distintos de interesse, interrelacionados entre si e cuja solução de cada um interfere na solução dos demais, a multipolaridade se compreende pela existência de múltiplos grupos de pessoas, com interesses, posições e opiniões diversas sobre o tema levado ao debate. Explico.

A noção de complexidade perpassa pelo fato de o problema estrutural não abarcar uma solução simples, como ordinariamente ocorre nas tradicionais lides que chegam ao Poder Judiciário, ou seja, não é possível apurar, *ab initio*, qual seria a melhor (ou a única) solução jurídica para o problema levado à jurisdição. Não há uma resposta linear ou previsível como ocorre, por exemplo, em uma ação judicial em que se discute uma violação contratual ou a exigência do pagamento de um título exequível e vencido.

Nos problemas estruturais, ao contrário, não há uma solução previsível e comprovada, há uma série de possíveis caminhos a se seguir e as consequências de determinadas ações somente serão conhecidas ao longo da marcha processual, estando o processo sujeito a constantes adaptações, na medida em que as variáveis vão se apresentando no decorrer da instrução e execução. De acordo com Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim, “[...] qualquer resposta ou solução a ser dada deve passar, necessariamente, por interações constantes, e ainda assim, com resultados em ampla medida imponderáveis e

⁷⁰ Acerca da falta de consenso doutrinário acerca das características dos problemas estruturais, veja-se NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 22. p. 687-702.

⁷¹ Por todos, destaco DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do Processo Estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 15. p. 423-465. p. 429.

permeados por circunstâncias que tendem a se alterar.”⁷².

Em resumo, não há um caminho único, mas várias formas de se buscar a solução para o problema estrutural, cabendo ao magistrado, juntamente com as partes e os interessados, construir o melhor percurso, fazendo as modificações e adaptações que se fizerem necessárias ao longo da trajetória, até que se chegue o mais próximo possível do estado de conformidade. Afinal, reestruturar toda uma instituição ou organismo estatal não é uma questão fácil, pois, no mais das vezes, envolve diversos interesses muitas vezes divergentes e abrange muitas variantes, que devem ser levadas em consideração de acordo com a meta a ser alcançada.

A complexidade do problema é também designada pela doutrina como policentrismo. A ideia de problema policêntrico advém de fora do mundo jurídico, sendo originada, conforme ensina Jordão Violin, do conceito de sistemas policêntricos adotado pelos estudiosos das ciências exatas e da economia, notadamente da obra de Michael Polanyi⁷³.

Segundo Violin, Polanyi, em seus estudos, chegou a sugerir que o direito seria um sistema policêntrico e esta ideia foi encampada e desenvolvida por Lon Fuller⁷⁴, o qual direcionou sua pesquisa à busca da definição das fronteiras para a atuação do Poder Judiciário, isto é, quais seriam os limites da função jurisdicional, partindo da noção de policentria (ou complexidade) das questões jurídicas⁷⁵.

É de Fuller a famosa alegoria da teia de aranha, utilizada pela maioria dos estudiosos do processo estrutural, na qual, um puxão dos filamentos da teia distribui a tensão e afeta todos os demais filamentos, criando diversos padrões de tensão, de acordo com a intensidade e o modo como se desloca o fio. Essa alegoria representa a essência do problema policêntrico, caracterizado por possuir múltiplos núcleos ou centros de decisão, sendo que cada “puxão” em um desses núcleos acaba por distribuir de modo diverso as tensões ali existentes.

Levando em conta esta definição, não resta dúvida de que o problema estrutural é um problema policêntrico. Isso porque, conforme afirmado por Violin, “[...] adequar uma

⁷² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 64.

⁷³ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 46.

⁷⁴ Violin trata mais especificamente da obra de Lon Fuller denominada “The forms and limits of adjudication” que foi escrita na década de 1950 nos Estados Unidos, mas somente publicada no ano de 1978, após sua morte, pela *Havard Law Review*. Esta obra serviu de base também para os estudos de Owen Fiss, tendo este se contraposto às ideias apresentadas por Fuller na criação e desenvolvimento sua tese sobre a *strutural reform*. VIOLIN, *op. cit.*

⁷⁵ De acordo com Violin, Fuller concluiu que os problemas policêntricos seriam inadequados à solução jurisdicional, porque a complexidade da demanda tornaria a decisão mais propensa ao erro. Violin, porém, em sua tese, apresenta os contrapontos para a teoria de Fuller e entende que os problemas policêntricos são aptos à solução pela via jurisdicional. VIOLIN, *op. cit.*, p. 52.

instituição de grande porte ao direito para eliminar as causas do conflito envolve a consideração de muitas variáveis interdependentes, cuja relação de mutualidade torna difícil, senão impossível, antever todas as consequências da alteração.”⁷⁶.

Por fim, é importante deixar explicitado que a complexidade que caracteriza o problema estrutural não é no sentido de questão de difícil solução jurídica, de colisão de normas ou de difícil compreensão, mas complexidade no sentido de que a demanda comporta uma diversidade de critérios ou caminhos para a solução do conflito, igualmente válidos, o que torna extremamente difícil a implementação da meta a ser atingida, notadamente por envolver múltiplos interesses interdependentes.

Nesse sentido, Violin salienta que o que configura o problema estrutural não é o policentrismo jurídico (o que deve ser feito), mas o policentrismo extrajurídico (como deve ser feito)⁷⁷. Tomando como exemplo o caso *Brown vs. Board of Education* e os casos que dele decorreram, Violin concluiu que, nestas demandas, o policentrismo não era jurídico. “Não havia normas em colisão. Tampouco havia normas com muitas possibilidades semânticas sob análise. O problema não estava na definição do conteúdo jurídico de um direito. A complexidade estava na forma de implementação.”⁷⁸.

De fato, nos casos envolvendo a dessegregação racial no sistema educacional estadunidense, as grandes dificuldades enfrentadas pelos magistrados foram relacionadas a quais seriam as medidas concretas mais eficazes para tornar efetivas as decisões que determinaram o fim das práticas segregacionistas, de modo a enfrentar as resistências sociais e econômicas e visando a superação da situação de desconformidade que vigorava em boa parte do país até então.

Essas dificuldades encontradas na implementação das demandas envolvendo o sistema escolar dos Estados Unidos se repetem em todos os conflitos de natureza estrutural, ou pelo menos na maior parte deles, e não comportam meios tradicionais de intervenção judicial, nos moldes adotados para os processos de natureza individual e patrimonial. São necessários, então, novos instrumentos e novos espectros de debate.

Segundo Arenhart, Osna e Jobim, esse tipo de problema, como questões que abarcam várias pessoas e múltiplos interesses, “[...] exigem soluções que vão além de pronunciamentos

⁷⁶ *Ibidem*, p. 70.

⁷⁷ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 74.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 76.

simples a respeito de relações lineares entre as partes.”⁷⁹. E concluem os autores que, na medida em que entram em jogo valores amplos da sociedade, com capacidade para atingir vários interesses concorrentes, tais problemas exigem “[...] respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se afirmem gradativamente.”⁸⁰. E é exatamente isso que o processo estrutural visa a alcançar.

A noção de complexidade dialoga com a ideia de multipolaridade, que é a outra característica dos problemas estruturais que desejo analisar nesta seção.

Conforme apontado por Abram Chayes⁸¹, uma das particularidades do litígio de interesse público é a sua estrutura não bipolar, ou seja, o processo não mais se configura como uma disputa entre dois indivíduos, com interesses diametralmente opostos, a serem resolvidos com base em um ganhador e um perdedor. Ao contrário, há uma flexibilização da estrutura de partes, que passa a ser expansiva e sem forma determinada (amorfa), permitindo a proteção não somente do interesse das partes diretamente envolvidas no processo, mas também outros interesses (p. exemplos, de grupos da sociedade civil organizada)⁸².

Nesse mesmo sentido, Leonardo Nunes, Samuel Paiva Cota e Ana Maria Damasceno de Carvalho acentuam que

Os conflitos de interesse público são aqueles em que, para além da multipolaridade característica, isto é, da existência de um largo plexo de interesses igualmente legítimos, por vezes convergentes, às vezes antagônicos, tem por objeto situações que extrapolam a esfera de individualidade das partes, para atingir direitos da sociedade, ou, ao menos, de um grupo de pessoas, de uma coletividade. Quando submetidos ao Poder Judiciário, dão lugar a processos em que se buscam tutelar direitos difusos ou coletivos, de modo que uma das partes (ou ambas) é sempre composta por uma multiplicidade de sujeitos, dotados de interesses diversos e igualmente legítimos.⁸³

Considera-se, pois, que esse tipo de processo envolve um litígio de natureza multipolar, isto é, abrange uma multiplicidade de interesses que se interrelacionam sobre o objeto do processo. Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart, o “[...] problema a ser enfrentado é multifacetado e envolve interesses múltiplos”⁸⁴.

⁷⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 66.

⁸⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 66.

⁸¹ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. **RJLB**, [S. l.], ano 5, n. 5, p. 1051-1076, 2019. p. 4.

⁸⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 1071-1096. p. 1074.

Da mesma forma, Jordão Violin afirma que o objeto de um processo estrutural “[...] não são os fatos, mas estados de coisas”⁸⁵. Ele explica que, “[...] como a causa de pedir é fluida e amorfa, também os polos do processo são amorfos e estão em constante mutação. A rígida estrutura bipolar expande-se para acomodar regras mais flexíveis sobre litisconsórcio, intervenção de terceiros e legitimidade”⁸⁶.

É preciso salientar, contudo, que não é o simples fato de uma demanda conter vários autores ou vários réus, em litisconsórcio ou cumulação subjetiva, não é suficiente para caracterizar um problema como estrutural. Isso porque, há ações com múltiplas partes, como o inventário ou ação judicial coletiva visando a reparação por danos de natureza consumeirista ou ambiental, com várias vítimas, que não se configuram como processo de natureza estrutural. Conforme explicitam Arenhart, Osna e Jobim, o que caracteriza a multipolaridade inerente aos processos estruturais é que “[...] o campo fático inerente a esse tipo de litígio costuma ser caracterizado por uma gama de expectativas e de interesses que não apenas não podem ser adstritos a dois polos – mas, além disso, podem ainda apresentar um considerável grau de fluidez ao longo do debate.”⁸⁷.

É previsível ainda que o processo estrutural atinja pessoas que nem mesmo fizeram parte do pleito, conforme advertido por Owen Fiss⁸⁸, sendo que, além das partes do processo, o autor elenca as figuras das vítimas, dos beneficiários e dos destinatários da medida, salientando que, em todos esses os casos, não há imprescindibilidade de participação direta destas figuras no processo, embora seja desejável que participem, ainda que por meio de representantes ou da sociedade civil organizada, da construção do provimento final.

Os beneficiários da medida judicial, de acordo com Fiss, não precisam ser coincidentes com as vítimas que constam no processo e, embora seja necessariamente um grupo, “[...] esse pode ter uma participação e uma postura diferentes com relação ao grupo vitimado”⁸⁹. Do mesmo modo, o destinatário da medida, ou seja, aquele que deve cumprir a medida judicial,

⁸⁵ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 63.

⁸⁶ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 63.

⁸⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 78.

⁸⁸ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Sobre a configuração de partes proposta por Fiss, tratei na primeira parte deste capítulo.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 54.

não necessariamente será o autor do ato ilícito. Aliás, nesse tipo de processo, pouco importa quem seja o responsável pela conduta ilícita. De acordo com Fiss,

[...] os custos e ônus da reforma são suportados pela organização, não pelo fato de ter ‘agido de forma errada’ literal ou simbolicamente, pois não há uma intenção ou uma vontade de fazê-lo, mas porque a reforma é necessária para eliminar a ameaça, imposta pela operação da organização, aos valores constitucionais.⁹⁰

Ante o exposto, resta patente que a configuração do processo estrutural não se adere àquele modelo bipolar das demandas tradicionalmente levadas às vias jurisdicionais. Aqui, são diversas as partes envolvidas e variados os interesses. E é por isso se evidencia a interrelação entre complexidade e multipolaridade. Uma é o pressuposto da outra.

Por fim, conforme alertado no início desta seção, é possível se pensar em um problema estrutural sem a presença destas duas características, ou pelo menos de uma delas,⁹¹ mas a regra geral é que ambas estarão presentes e serão a marca distintiva da existência de um problema de natureza estrutural.

2.4 A mitigação do princípio da demanda

Em conformidade com o que foi tratado na primeira parte deste capítulo, no processo judicial tradicional, individualista e de caráter patrimonial, o delineamento do processo é definido por suas partes, a quem incumbe demonstrar os fatos e juntar as provas que embasam sua pretensão, ficando o juiz adstrito ao que é levado até ele pelos sujeitos processuais, não podendo ir além do que foi pedido e devendo fundamentar sua decisão nas provas produzidas pelos demandantes.

Essa atuação autocontida do juiz é o que configura o princípio da demanda, também chamado de princípio da estabilidade objetiva da demanda, segundo o qual o juiz deve atuar somente a partir da iniciativa da parte e nos exatos limites do que fora pedido. O princípio da

⁹⁰ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade**. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 56.

⁹¹ Matheus Souza Galdino e Edilson Vitorelli, por exemplo, sustentam que estas não são características essenciais do problema estrutural, podendo-se pensar um caso em que não estejam presentes e, ainda assim se tratar de um problema dessa natureza. GALDINO, Matheus Souza. **Processos Estruturais: Identificação, funcionamento e finalidade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020; VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. Apenas para ilustrar, trago o exemplo trabalhado por Galdino que demonstraria a existência de processo individual estrutural sem multipolaridade. Para o autor, se enquadram nessa espécie as ações individuais que aplicam medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na medida em que tais medidas não constituíram “[...]puro efeito do ato infracional praticado, mas meio para o alcance de um estado de coisas em que o menor não esteja mais propenso a praticá-los. GALDINO, *op. cit.*, p. 246.

demanda decorre da natureza dos direitos que normalmente são submetidos à arena judicial, qual sejam, direitos disponíveis e interesses privados, os quais estão submetidos, antes de tudo, à autonomia da vontade⁹².

Abram Chayes, ao traçar o perfil do processo tradicional, afirmou que, nesse tipo de processo, o papel do juiz é mais restrito, passivo, na medida em que o processo é iniciado e controlado pelas partes. Em suas palavras

O caso é organizado e as questões são definidas com base no intercâmbio entre as partes. A responsabilidade pelo desenvolvimento dos fatos é deles. O juiz é um árbitro neutro dessas interações, que decide questões legais somente se elas forem devidamente levantadas por uma das partes. (tradução nossa)⁹³.

De acordo com Arenhart, Osna e Jobim, o princípio da demanda no processo individual seria visto como uma forma de “[...] potencial proteção à (também clássica) ideia de que o magistrado, na condução do feito, deve agir de modo absolutamente *isonômico e imparcial*.”⁹⁴ A observância desse princípio, então, garantiria ao juiz uma atuação equidistante das partes, sem nenhum tipo de envolvimento psicológico ou tendente a privilegiar um dos lados demandantes.

Esse princípio se relaciona de forma estreita com dois outros postulados que regem o processo civil tradicional, quais sejam, a inércia da jurisdição e o princípio da congruência.

O primeiro deles, inércia da jurisdição, garante que não haja intervenção jurisdicional indevida na vontade do particular, na medida em que proíbe, como regra geral, que o juiz inicie de ofício uma lide envolvendo disputas entre direitos privados disponíveis, cabendo tão somente às partes o ingresso no Poder Judiciário, restando ao juiz aguardar a iniciativa da parte interessada.

Por sua vez, o princípio da congruência ou correlação impõe uma necessária pertinência entre o que foi requerido pelas partes e o que será decidido pelo juiz. Cabe ao magistrado decidir nos limites do que foi levado ao processo durante a instrução pelos demandantes, não podendo

⁹² Não desconheço, por óbvio, a existência de ações judiciais em que se discutem direitos referentes ao estado das pessoas, bem como direitos indisponíveis, que sempre permearam os tribunais pátrios. O que quero evidenciar aqui é que no processo civil tradicional sempre prevaleceram as demandas entre duas partes que disputam em torno de um bem patrimonial.

⁹³ El caso se organiza y las cuestiones se definen a partir de los intercambios entre las partes. La responsabilidad sobre el desarrollo de los hechos es suya. El juez es un árbitro neutral de dichas interacciones, que decide cuestiones jurídicas solo si éstas son apropiadamente planteadas por algunos de las partes. CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

⁹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 131.

ir além do que consta nos autos do processo e nem podendo deixar de examinar algum dos pedidos formulados. Ou seja, o juiz não poderá decidir quem ou além do pedido, nem decidir de forma diferente do que foi reivindicado. São as conhecidas decisões *citra, ultra e extra petita*. No processo tradicional individual, tais decisões são causas de nulidade processual.

Se no processo tradicional individual a estrutura processual leva à preponderância destes princípios, para a garantia da autonomia da vontade das partes e segurança de seus interesses privados, quando estão em jogo interesses e direitos indisponíveis, difusos e coletivos, a lógica deve ser outra.

Não há como manter o mesmo olhar quando se analisa demandas em que estão envolvidas questões relacionadas a direitos indisponíveis como a vida, a saúde e outros direitos fundamentais de que o Estado e os indivíduos não podem dispor. Há que haver um novo olhar também em relação aos direitos sociais, especialmente os de natureza transindividual, de que sejam titulares pessoas indeterminadas ou grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade, como é o caso do meio ambiente, das relações de consumo e os relacionados às pessoas com deficiência e pessoas submetidas à privação de liberdade.

Nesses casos, a proteção desses direitos requer uma flexibilização na rigidez dos princípios regentes do processo civil tradicional, notadamente nos princípios da demanda e da congruência. E isso se justifica, notadamente, pela natureza desses direitos. Há aí uma fluidez entre o público e o privado.

Em verdade, conforme alertado pelo professor Alexandre Bahia, com a crise do Estado de Bem-Estar Social, que prevaleceu ao longo do século XX, e o advento do Estado Democrático de Direito, ao longo da segunda metade do mesmo século, “[...] o Direito assumiu a função de gerar (democraticamente) integração social, do que resultaram a reconstrução dos princípios de soberania popular e direitos humanos, que co-originalmente, sob a linguagem do Direito, dão existência ao Estado de Direito.”⁹⁵.

Nesse paradigma, a relação entre o público e o privado sofre alterações e a grande separação que havia entre conceitos de “público” e “privado precisou” ser repensada, de modo que “[...] a definição do que é público não pode ser [dada] por negação àquilo que seja privado e vice versa.”⁹⁶.

Alexandre Bahia consigna ainda que “[...] público e privado têm de ser redefinidos numa relação de tensão e complementariedade. Delineia-a, pois, um novo paradigma, onde o cidadão

⁹⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos Extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesse público e privado**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 241.

⁹⁶ RODRIGUES, 2003, p. 48 *apud ibidem*, p. 262.

deverá ter a oportunidade de influir nos centros decisórios e onde o público não se resume ao estatal.”⁹⁷.

No Brasil, essa dicotomia entre público e privado vem sendo questionada desde a promulgação da Constituição de 1988. Gregório Assagra⁹⁸, por exemplo, entende que a Constituição inaugurou uma nova *summa divisio* em relação aos direitos fundamentais. Para o autor, não mais se justifica a divisão entre direito público ou privado, devendo a classificação dos direitos fundamentais ser feita entre direitos individuais e direitos coletivos, conforme estatuído de forma expressa no capítulo I do título II da carta constitucional⁹⁹.

Com efeito, em se tratando de direitos fundamentais, existe uma fluidez entre o público e o privado, porque por mais que afetem direta ou indiretamente a vida privada dos indivíduos, são questões ora de natureza indisponível, ora que atingem o interesse de múltiplas pessoas e de grupos vulneráveis, ou seja, que não têm condições de buscar por contra própria a tutela jurisdicional mais adequada à proteção de seus direitos.

O processo estrutural, na medida em que lida, regra geral, com direitos que transcendem a órbita individual, ou seja, questões relacionadas a um grande número de pessoas e múltiplos interesses, precisa ser enxergado com esse novo olhar. Não mais se justifica a rigidez do princípio da demanda, é preciso que o juiz seja mais ativo, mais atuante, de modo a se chegar a um provimento jurisdicional que garanta, na maior medida possível, a efetivação desses direitos.

Owen Fiss¹⁰⁰ e Abram Chayes¹⁰¹ já falavam do papel do juiz nos processos estruturais. Aliás, seus estudos se voltaram precipuamente a definir esse novo papel do Poder Judiciário nos processos envolvendo reformas estruturais nos Estados Unidos, destacando o fato de o Judiciário ter sido colocado no centro da arena jurídica diante da inércia e incapacidade dos demais Poderes para lidar com questões complexas que demandavam a reestruturação do funcionamento de grandes instituições governamentais.

Para Owen Fiss, uma vez que o processo estrutural tem como interessados, de forma predominante, pessoas e grupos de classe econômica mais baixa, cabe ao juiz um papel mais

⁹⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos Extraordinários no STF e STJ**: conflito entre interesse público e privado. Curitiba: Juruá, 2012. p. 263.

⁹⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito material coletivo**: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁰¹ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

ativo no processo, “[...] para ter certeza de que está totalmente informado e de que um resultado justo será alcançado, evitando, dessa forma, uma solução nos moldes da distribuição de recursos em uma loteria natural e pelo mercado.”¹⁰².

Chayes, ao delinear a morfologia do litígio de interesse público, afirmou que

[...] o juiz não tem um papel passivo e sua função não se limita à análise e declaração das regras legais aplicáveis. Ele é ativo, com a responsabilidade não apenas de fazer uma avaliação verdadeira dos fatos, mas também com o propósito de organizar e moldar o processo para garantir um resultado justo e viável. (tradução nossa)¹⁰³.

Para além da natureza do direito envolvido nos processos estruturais, que exige uma participação mais ativa por parte do juiz e, conseqüentemente, uma mitigação do princípio da demanda, as próprias características do objeto e do pedido estrutural justificam essa flexibilização em relação à rigidez do processo individual tradicional.

Isso porque, no processo estrutural, embora os fatos sejam certos, o pedido é amplo. O que se pede, normalmente, é a reforma de uma determinada instituição ou organismo governamental, isto é, o pedido é feito de forma mais ampla, genérica, sem maiores detalhamentos. E, ainda que haja um certo grau de detalhamento no pedido, é impossível, *ab initio*, prever de forma minuciosa quais serão os caminhos até a decisão final.

Conforme destacam Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira, “[...] é absolutamente inviável estipular previamente os circuitos procedimentais adequados ao desenvolvimento do processo estrutural, tendo em vista a extrema variância dos tipos de litígios estruturais.”¹⁰⁴

Dessa forma, não há como interpretar de forma restritiva o pedido. Este deve ser analisado extensivamente, devendo ser moldado à medida em que forem sendo colacionadas informações aos autos pelas partes e interessados. E, ainda, à medida em que a reestruturação vai sendo implementada, torna-se necessária a formulação de novos pedidos ou a readequação

¹⁰² FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 58.

¹⁰³ El juez no tiene un rol passivo y su función no se limita al análisis y declaración de las reglas jurídicas aplicables. Es activo, con responsabilidad no sólo para efectuar una evaluación verosívil de los hechos sino también a los fines de organizar y dar forma al proceso para asegurar un resultado justo e viable. CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017. p. 24.

¹⁰⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do Processo Estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 15. p. 423-465. p. 438.

dos que haviam sido formulados, de forma a ajustar o processo às necessidades fáticas exigidas pelo caso concreto. Trata-se, pois de um pedido dinâmico¹⁰⁵.

Nota-se, então, que, nos processos estruturais não há como sustentar que “[...] o julgador esteja rigorosamente limitado pelos contornos inicialmente ditados pelo pedido. Em suma, é diante das circunstâncias materiais que alicerçam o problema, e não do pedido textualmente formulado, que a resposta mais adequada deve ser obtida.”¹⁰⁶.

Assim como o pedido, objeto do processo estrutural também é naturalmente dinâmico. Com isso, se quer dizer que o objeto do processo estrutural pode e deve sofrer alterações e adaptações ao longo do desenvolvimento da instrução processual. Na esteira do pensamento de Arenhart, Osna e Jobim, esse objeto está em “[...] permanente em construção e reconstrução. Tudo isso é absolutamente normal, de modo que não pode o processo – sob a equivocada invocação do princípio da estabilidade da demanda – pretender desconsiderar essa evolução.”¹⁰⁷.

Diante de todas essas peculiaridades do processo estrutural, que se iniciam pela natureza do direito discutido, passando pelo papel mais ativo do juiz e das características do pedido de do objeto nesse tipo de processo, é possível concluir que não há como interpretar os princípios da demanda e da congruência da mesma maneira como se faz em relação aos processos civis tradicionais, de natureza individual.

É preciso flexibilizar a estabilização da demanda e da congruência, de modo que se leia o pedido de forma ampla e não restrita, bem como que se possa fazer as adaptações necessárias à medida em que se forem sendo delineados os caminhos para a efetivação da reforma estrutural, desde que se respeite o devido processo legal e seus consectários¹⁰⁸.

¹⁰⁵ COTA, Samuel Paiva. **Do Pedido e da Participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos Processos Estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019. p. 74.

¹⁰⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 145.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 146.

¹⁰⁸ De acordo com Arenhart, Osna e Jobim, a atuação do postulado da correlação “[...] se prestaria essencialmente à preservação da garantia do contraditório (*rechtliches Gehör*). Isso porque esta garantia deve ser vista como a oportunidade de participação efetiva na formação da decisão judicial de todos os envolvidos. De fato, a preservação do direito de colaboração das partes – e a efetiva consideração pelo juiz dos atos praticados pelos interessados – na decisão estatal é fundamental para legitimação da decisão.”. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 142-143.

2.5 A busca pelo estado de conformidade ou “estado ideal de coisas” – a reforma estrutural.

Vistas as principais características do problema e do processo estrutural, pretendo agora passar à análise do que entendo ser o principal escopo desse processo, qual seja, a promoção de uma reforma estrutural, isto é, de uma reestruturação da instituição ou organização que se encontra em situação de desconformidade em razão de sua reiterada conduta.

A ideia de reforma estrutural se confunde com a própria origem do processo estrutural nos Estados Unidos. Owen Fiss, em sua obra, utiliza-se do termo *structural reform* (reforma estrutural), deixando claro a todo momento que o objetivo desse novo tipo de processo por ele apresentado é a promoção de uma reforma estrutural, ou seja, a promoção de reestruturação de determinada instituição, órgão ou entidade governamental, de modo a fazer com que ela promova os valores constitucionais¹⁰⁹.

Segundo o autor, “[...] como um tipo de adjudicação, a reforma estrutural é em grande parte distinta pelo esforço de dar significado aos valores constitucionais no que tange ao funcionamento de organizações de grande porte.”¹¹⁰.

Como visto nas seções anteriores, o que gera um problema estrutural é a reiterada conduta negligente, ilegal ou omissa de determinada instituição ou órgão governamental (ou privado), que gera uma situação de violação ou de desconformidade com o direito, exigindo uma correção de rota e a adoção de medidas no sentido de eliminar essa situação de deterioração, buscando-se o retorno a um estado de conformidade com o direito ou com a finalidade da instituição, ou seja, um “estado de ideal de coisas”.

Antes de adentrar propriamente na conceituação desse “estado de coisas”, é preciso destacar dois pontos. O primeiro é que esta reforma estrutural será determinada e promovida pelo Poder Judiciário. E isso porque, conforme visto acima, o processo estrutural tem lugar quando os outros Poderes não conseguiram, por si só, dar conta de promover os direitos sociais a contento, seja por inércia, por desídia, por falta de capacidade de implementar as políticas públicas adequadas, ou por qualquer outro motivo que leve à necessidade de intervenção jurisdicional para fazer cessar o estado de ilegalidade e de promover os direitos fundamentais e sociais estabelecidos pela Constituição. Dessa forma, nessa reforma, o Poder Judiciário está

¹⁰⁹ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 31.

no centro do debate e terá o papel de coordenar os demais órgãos na busca de soluções concretas para o problema levado à sua apreciação.

Além do mais, é preciso deixar evidenciado que, o que se busca com a reforma estrutural não é o retorno ao *status quo*. E isso porque, como já ficou óbvio, foi justamente a conduta institucional anterior que levou ao estado de degradação, exigindo a reforma de toda a sua estrutura.

Ou seja, de nada adianta a adoção de medidas ressarcitórias ou reparatórias, próprias dos processos tradicionais de reparação de danos, porque tais medidas não resolveriam o problema estrutural, mas apenas fariam retornar à situação que desencadeou a necessidade de intervenção pelo Judiciário.

Conforme explica Felipe Barreto Marçal

Afinal, se reparar um dano é retornar, sempre que possível, ao *status quo ante* (e, quando isso não for possível, conceder da forma mais próxima o equivalente à situação anterior), não faz muito sentido buscar este fim quando, com o processo estruturante, pretende-se justamente modificar o cenário existente (*status quo*) que viola direitos. Em outras palavras, a finalidade é modificar o *status quo*, e não o manter, preservá-lo ou restaurá-lo, pois isso prolongaria a violação de direitos que se pretende ver cessada.¹¹¹

Partindo dessa ideia, chego aos outros dois aspectos do processo estrutural relacionados à reforma estrutural propriamente ditam. O primeiro, é que ele é voltado para frente, melhor dizendo, é um juízo de prognose, um processo prospectivo. E o segundo é que este processo “não acaba quando termina”, ou seja, a sentença judicial não põe fim ao processo, mas apenas inicia uma nova fase, mais complexa, de implementação da reforma propriamente dita.

Falando do primeiro aspecto, é preciso observar que, de uma forma geral, em um processo judicial estrutural, a tutela pretendida não se destina a reparar um dano passado, tendo seu principal escopo voltado à transformação estrutural de um ente, organização ou instituição pública ou privada, ou mesmo a implementação de políticas públicas visando a concretização de direitos fundamentais. O cenário que se apresenta é de um modelo processual capaz de fornecer soluções de caráter prospectivo.

Nas palavras de Fiss, se referindo à *structural reform* norte-americana,

[...] o processo judicial estrutural procura erradicar a ameaça continuada aos valores constitucionais norte-americanos e, nesse contexto, a *injunction* pode servir como o

¹¹¹ MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 152-153.

mecanismo formal por meio do qual a corte emite diretivas acerca de como esse objetivo deve ser alcançado. Isso tem um sentido futuro.¹¹²

Assim, nesse tipo de demanda, pouco importa quem levou a instituição ou ente ao estado em que se encontra e nem se cogita o que foi feito até então para que se chegasse ao atual cenário de degradação, mas o que será feito daí em diante, ou seja, qual o caminho para a eliminação das ameaças aos valores legais e/ou constitucionais. Em outras palavras, a adjudicação é sempre voltada para o futuro, mirando o retorno à situação de conformidade ou ao “estado ideal de coisas”.

A expressão “estado de coisas” é trabalhada no Brasil por Matheus Souza Galdino, em dissertação dedicada a identificar entender o funcionamento e a finalidade dos processos estruturais¹¹³. Para o autor, “[...] um *estado de coisas* é algo que tem ínsita uma continuidade “estática”, e é analisado em determinado momento, por exemplo nas afirmações de que a população de um país é maior que a de outro ou de que determinado objeto se encontra sobre uma mesa.”¹¹⁴.

De acordo com Galdino, o processo estrutural se caracteriza pela existência de um “estado de coisas” que ameaça ou viola direitos e se busca um “estado de coisas” futuro, decorrente de ações que quebrem a estabilidade e revelem mudanças necessárias no cenário inicial.

Ademais, para o autor é a ação que “[...] causa a transformação entre estado de coisas.”¹¹⁵ E conclui no sentido que, com a tutela emanada do processo estrutural, o estado de coisas inicial é alterado e a causa da violação de direitos deixa de existir, “[...] seja a dinâmica de uma burocracia estatal (Owen Fiss), seja a deficiência de uma política pública (Abram Chayes), seja um estado de coisas qualquer que implique violações ou ameaças de direito.”¹¹⁶.

O que se busca, afinal, é atingir um “estado ideal de coisas”, que varia de acordo com os fins almejados e conforme a natureza da demanda, de modo que não pode ser definido em abstrato ou *a priori*. Pode-se afirmar, então, que a tutela estrutural será variável no tempo, modo e grau de acordo com a casuística e os interesses envolvidos no caso concreto em análise.

Esse “estado ideal de coisas” é chamado também de parâmetro de conformidade. Este é

¹¹² FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 56-57.

¹¹³ GALDINO, Matheus Souza. **Processos Estruturais**: Identificação, funcionamento e finalidade. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 114-115.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 17.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 122.

o termo utilizado, por exemplo, por Jordão Violin, o qual também se utiliza da noção de *standard*, isto é, a definição de “[...] um parâmetro mínimo de adequação, abaixo do qual a instituição permanecerá sob interferência judicial”¹¹⁷.

Independentemente da expressão ou termo que se prefira utilizar, certo é que o que se busca com o processo estrutural é a reforma de toda a ordenação e arranjo de um determinado ente público ou privado, com o objetivo de retirá-lo de um estado de violação de direito, buscando (re)colocá-lo gradativamente dentro das margens legais ou do cenário mais próximo de seu ideal de funcionamento.

Tomando-se como exemplo a situação do sistema educacional estadunidense, a reforma estrutural, nesse caso, teve a finalidade, para além de declarar a inconstitucionalidade da legislação que legitimava a segregação entre pessoas brancas e negras, reformular toda a estrutura escolar e educacional do país, de forma a garantir que os estudantes pudessem estudar na escola por eles escolhida, mais próxima de sua casa, sem a necessidade de se aferir sua cor ou qualquer outro fator discriminatório ¹¹⁸.

Com esse exemplo já é possível detectar a dificuldade e complexidade de uma reforma desse porte. Não é simples promover a reestruturação de todo um sistema que vigora em um certo local, por um longo tempo e, muitas vezes, com respaldo até mesmo político e social.

Modificar o *status quo*, ainda que eivado de ilegalidade, não é tarefa fácil. O que ocorre é que, em várias das situações em que se vislumbra um problema estrutural, essa conjuntura irregular ou ilegal está arraigada na sociedade, faz parte do padrão social e cultural em que as pessoas estão acostumadas a conviver e contam até mesmo de certa aceitabilidade. A modificação desse cenário, se for brusca e repentina, pode acabar por gerar mais reações negativas do que positivas entre os membros e grupos envolvidos.

A segregação por raça, por exemplo, estava ainda enraizada socialmente na população dos Estados Unidos na primeira metade do século XIX. Modificar esse pensamento no seio da comunidade estadunidense demandou muito mais do que medidas formais direcionadas à

¹¹⁷ De acordo com Violin, para a definição do *standard* de conformidade, “[...] é preciso estabelecer um conjunto de indicadores, que auxiliarão a monitorar o funcionamento da instituição.”. VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 167-168. É necessário que o *standard* escolhido pelo magistrado seja devidamente fundamentado, sob pena de esvaziar a legitimidade da reforma estrutural, em razão da falta de racionalidade e objetividade que devem amparar as decisões judiciais.

¹¹⁸ Para maiores detalhes acerca da reforma estrutural no sistema educacional dos Estados Unidos, remeto à BAUERMANN, Desirê. *Strutural Injunctions no Direito Norte-Americano*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 11, p. 275-328; VIOLIN, *op. cit.*

direção das escolas e aos pais dos estudantes. Foi preciso todo um trabalho de conscientização e modificação dos costumes até então adotados, para que as medidas formais adotadas fossem de fato eficazes ¹¹⁹.

O mesmo se pode dizer em relação aos mais diversos temas envolvendo problemas estruturais. Uma reforma no sistema penitenciário, que é o objeto desta pesquisa, exige, para que haja o mínimo sucesso, uma série de medidas das mais variadas naturezas. Não basta que se determine a construção de novos presídios ou outras medidas tendentes a minimizar a superlotação carcerária, por exemplo. Além de medidas formais, é preciso haver uma mudança na consciência da maioria da população, que vê na pessoa em situação de privação de liberdade, um ser que deve ser alijado da sociedade e que merece sofrer todos os tipos de violência possíveis, como consequência de sua conduta criminosa. Se, essa transformação, as medidas apenas formais podem acabar se tornando inócuas.

Nesse sentido é que, conforme entendem Arenhart, Osna e Jobim,

[...] em inúmeras oportunidades a recomposição necessária para a concretização de garantias relevantes não pode se limitar a alterações de estruturas visíveis. Nessas ocasiões, é necessário dar um passo além, investigando as causas materiais do problema e procurando criar alternativas idôneas para combater sua origem. E esse realinhamento passará por uma constante análise da realidade material, exigindo articulação de atores e podendo ocorrer em diferentes ritmos e velocidades.¹²⁰

Assim, além de voltada para o futuro, a tutela relacionada ao processo estrutural perpassa pela necessidade de promoção de uma série de rearranjos sociais e culturais que, se não forem bem trabalhados, podem acabar não gerando o efeito esperado e, pior, ocasionando uma reação social contrária, por atingir pontos extremamente sensíveis da sociedade.

Por fim, voltando à segunda característica mencionada no início desta seção, qual seja, que o processo não acaba com a prolação da sentença, é necessário mencionar que, esta é uma das propriedades destacadas por Abram Chayes, quando traça a morfologia do *public law litigation* ¹²¹.

Segundo Chayes, um dos traços distintivos desse tipo de processo é que “[...] a sentença não conclui a intervenção judicial sobre o assunto, uma vez que sua administração requer uma

¹¹⁹ Todas essas dificuldades foram tratadas com detalhes por Jordão Violin, em sua tese de doutorado, para a qual remeto o leitor. VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norteamericana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

¹²⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 85.

¹²¹ Que como visto anteriormente, é tratado neste trabalho como sinônimo de processo estrutural.

contínua participação do tribunal.” (tradução nossa)¹²².

Por causa desse aspecto é que uma parcela dos doutrinadores afirma que processo estrutural comporta duas fases, sendo uma de cognição, que se estende até a prolação da sentença de mérito; e a segunda fase compreendendo a etapa de implementação da reforma estrutural propriamente dita, mais complexa e longa do que a primeira, e que irá determinar o sucesso ou o fracasso da solução proposta. Sobre esse tema, iniciarei a análise na seção seguinte, voltando ao tema em capítulo posterior.

2.6 A decisão estrutural e o desafio da implementação

Boa parte da doutrina brasileira, a exemplo de Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira¹²³, sustentam que os processos estruturais são constituídos de duas fases bem demarcadas, sendo a primeira a fase de cognição, e a segunda, pós-decisão, a fase de implementação.

A primeira fase deve ser dedicada à constatação da existência do problema estrutural, ou seja, é necessário, a partir dos fatos e circunstâncias levados ao Poder Judiciário, fazer um diagnóstico se a situação se configura como um problema de natureza estrutural, a reclamar a realização de uma reforma estrutural.

Ademais, o seu propósito é, uma vez constatado o problema, estabelecer a meta a ser atingida – “o estado ideal de coisas”¹²⁴. Tudo isso será construído no decorrer da instrução processual e revelado por meio do provimento jurisdicional.

A decisão estrutural, portanto, é aquela que vai apontar o diagnóstico de problema estrutural e definir qual a meta ou *standard* de conformidade a ser atingido de modo a reverter do estado atual de desconformidade. Essa decisão, é portanto, complexa.

De acordo com Abram Chayes, a decisão no processo estrutural é bastante distinta daquela proferida nos processos tradicionais. Para ele,

[...] a sentença busca adequar comportamento futuro, não compensar faltas do passado. É deliberadamente projetada, mais do que uma dedução lógica decorrente da natureza do dano sofrido. Estabelece um regime de ação complexo e contínuo, ao invés de uma simples transferência efetuada em um determinado momento e de uma

¹²² La sentencia no concluye la injerencia judicial en el asunto: su administración requiere una continua participación del tribunal. CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017. p. 24.

¹²³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do Processo Estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 15. p. 423-465. p. 439.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 430.

determinada forma. Finalmente, prolonga e aprofunda o envolvimento do tribunal na disputa, ao invés de concluir sua intervenção. (tradução nossa)¹²⁵.

Partindo do pensamento de Chayes¹²⁶, pode-se constatar que essa é uma decisão que se prolonga no tempo, ou seja, que não extingue o processo, mas apenas inaugura uma nova fase.

Além disso, é certo afirmar ainda que, na maioria das vezes, uma única decisão será incapaz de definir e delimitar de forma pormenorizada todas as medidas necessárias para sanar o problema, até porque, por envolver violação de direitos em larga escala, muitas vezes somente será possível determinar os passos seguintes a partir das primeiras providências tomadas. Serão necessárias adequações e revisões ao longo da execução, para melhor adequar as medidas e providências à promoção dos fins almejados.

É por isso que se fala em decisões ou provimentos em cascata, conforme nomenclatura concebida por Sérgio Cruz Arenhart¹²⁷. Trago a explicação do próprio autor, por sintetizar de maneira excepcional a forma e o conteúdo das decisões estruturais, dispensando maiores elucidaciones.

É muito frequente no emprego de medidas estruturais a necessidade de se recorrer a *provimentos em cascata*, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam. Assim, por exemplo, é típico de medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase “principiológica”, no sentido de que terá como principal função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida.¹²⁸

Além disso, voltando à questão do prolongamento no tempo da decisão judicial, ousou dizer que talvez seja o traço que mais determine a diferença entre o processo tradicional e o

¹²⁵ La sentencia busca adecuar comportamiento futuro, no compensar por faltas del pasado. Es deliberadamente diseñada, más que una deducción lógica que surge de la naturaleza dela daño sufrido. Establece un régimen de actuación complejo y continuo, más que una simple transferencia que efectúa en un momento y de un modo concreto. Finalmente, prolonga y profundiza el involucramiento del tribunal en la disputa, en lugar de concluir sua intervención. CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017. p. 18.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, [S. l.], v. 225, p. 389-410, nov. 2013.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 394.

processo estrutural. Isso porque, na esteira do que entendem Owen Fiss¹²⁹ e Abram Chayes¹³⁰, conforme já discutido neste capítulo, enquanto a prolação da sentença no processo tradicional, em regra, encerra a atividade judicial, no processo estrutural a atuação jurisdicional não termina com a decisão e mérito.

Ocorre aqui a chamada “retenção da jurisdição”, ou seja, o magistrado ou tribunal deve, mesmo após a sentença, permanecer supervisionando o cumprimento de suas determinações bem como fazer os ajustes e adaptações necessários ao longo da fase de implementação. Esta, aliás, é, a meu ver, uma das características mais importantes do processo estrutural e responsável por definir o sucesso ou o fracasso da (re)estruturação proposta, conforme se verá ao longo desta pesquisa.

Dessa maneira, a segunda fase do processo, que se inicia após o diagnóstico do problema e a definição de metas, se identifica por ser momento de implementação das medidas necessárias para se alcançar o escopo estabelecido na decisão estrutural.

Em contraposição à primeira fase, de certificação do resultado a ser alcançado, nessa segunda fase se inicia a execução das medidas necessárias ao alcance desse resultado projetado. Isso, “[...] porém, não significa dizer que não haja cognição nessa segunda etapa: tão ou mais importante do que identificar a meta a ser atingida (fim) é identificar e implementar os mecanismos (meios) adequados ao seu alcance.”¹³¹.

Em uma demanda de natureza estrutural, a resolução do mérito não costuma ser juridicamente o ponto mais complexo, tendo em vista que se trata, no mais das vezes, de situações de flagrante violação de direitos, cuja inércia ou negligência por parte das autoridades responsáveis e a necessidade de reformas e ajustamentos são bastante evidentes tanto para a comunidade jurídica quanto para a sociedade¹³². É o que acontece, por exemplo, com o sistema carcerário brasileiro desde muito tempo. Não há quem questione a desídia e omissão por parte

¹²⁹ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade**. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹³⁰ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

¹³¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do Processo Estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 15. p. 423-465. p. 441.

¹³² Ainda que, em alguns casos, possa haver certa objeção ou rejeição às mudanças sugeridas, em razão da situação já estar culturalmente arraigada na consciência social, como foi visto na seção anterior.

das autoridades, seja Poder Judiciário, Legislativo ou Executivo, seja em âmbito nacional ou estadual, nem quem duvide da calamidade da situação carcerária.¹³³

Assim, nos processos estruturais, a detecção do cerne do problema, na maioria das vezes, não é difícil, visto que o direito material violado é de simples constatação. Por outro lado, nesse tipo de demanda, a complexidade e multipolaridade do problema, dificultam sobremaneira a implementação das medidas mais eficazes à sua solução.

E as normas de direito material violadas, normalmente não são aptas a fornecer, por si só, orientações suficientes quanto à forma de tutela. É que muitas vezes se tratam de normas e princípios constitucionais, com conteúdo aberto, carecendo de interpretação e, muitas vezes, impondo juízos de ponderação para sua concretização.

Conforme leciona Jordão Violin,

[...] por veicularem litígios policêntricos, tanto as consequências da violação quanto as medidas necessárias para remediá-la estão sujeitas a variáveis que, embora irrelevantes para julgamento do mérito, são determinantes para o desenvolvimento de uma tutela capaz de eliminar a violação.¹³⁴

A elaboração da fase de implementação levanta questões de fato e normativas que não foram objeto de discussão na primeira fase do processo. Isso faz com que essa segunda fase seja de extrema complexidade e difícil execução. É necessário voltar a todo momento à análise da matéria fática e a constante busca pela formulação da tutela adequada, a qual, como visto, é voltada para o futuro e caracterizada pela própria reforma estrutural. Segundo Violin,

A fase de implementação de medidas estruturais falseia a tese de que o cumprimento comporta cognição reduzida. Ao contrário. Em litígios estruturais, a fase de cumprimento exige a constante apreciação e reapreciação de matéria fática, a consideração de prognoses, a produção de provas e até a intervenção de terceiros. Cumprimento e cognição ocorrem simultaneamente.¹³⁵

¹³³ Embora seja possível afirmar que boa parte dessas autoridades considerem que a situação deve permanecer exatamente como está, ou que o sistema não precisa de reformas, por entenderem que as pessoas encarceradas merecem se submeter à uma “rigorosa” punição (consistente mesmo em violações de seus direitos fundamentais básicos) por terem praticado crimes. E justamente esse entendimento é que caracteriza o bloqueio político e institucional, configurador do “Estado de Coisas Inconstitucional”. Tratarei com mais detalhes sobre esse aspeto no capítulo 4.

¹³⁴ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 163.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 211.

Diante dos desafios apresentados e, com o objetivo de dar concretude à reforma estrutural, a doutrina, principalmente estadunidense, desenvolveu variados modelos de jurisdição visando a implementação das decisões estruturais.

A maioria desses modelos perpassam técnicas consensuais de resolução de conflitos, sob perspectivas dialógicas e negociais. Sem prejuízo da importância de cada um deles para a construção e evolução da teoria dos processos estruturais, pretendo destacar neste trabalho a teoria experimentalista, elaborada pelos professores da Universidade de Harvard, Charles F. Sabel e William H. Simon¹³⁶.

Estes professores publicaram, em 2004, um estudo chamado “*Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*”¹³⁷, no qual constataram que a litigância de interesse público no sistema legal norte-americano se transformou de uma ótica burocrática de “comando e controle”¹³⁸, para uma nova concepção experimentalista de jurisdição, com medidas baseadas no critério de “tentativa e erro”.

Tal método parece ser eficaz para dar as respostas adequadas aos problemas estruturais, na medida em que os problemas policêntricos exigem medidas que possam ser revistas e reajustadas continuamente, até que se chegue ao padrão de conformidade almejado com a decisão estrutural.

Devido à grande importância desse tema dentro do estudo dos processos estruturais e, ainda, na medida que o estudo da teoria experimentalista e sua aplicação para a reforma do sistema penitenciário brasileiro, por meio da ADPF nº 347, compõem o objeto desta pesquisa, dedicarei um capítulo para tratar de forma mais aprofundada sobre o tema introduzido nesta seção¹³⁹.

¹³⁶ No capítulo 5 serão abordadas duas teorias que se propõem a caracterizar e justificar o papel do Poder Judiciário na implementação de reformas estruturais. Porém, pelo recorte proposto nesta pesquisa, o aprofundamento será dedicado à teoria experimentalista.

¹³⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018.

¹³⁸ De acordo com Sabel e Simon, o modelo de comando e controle tem três características: 1) tenta antecipar e expressar todas as diretrizes básicas para o cumprimento de uma ordem única e abrangente, que é difícil de modificar; 2) propõe uma avaliação do cumprimento de acordo com a conformidade do réu com as prescrições constantes daquela decisão, sendo que estas prescrições tendem a ser normas de processo que ordenam condutas como meios para alcançar objetivos e não normas de desempenho que fixam o objetivo e medem seu cumprimento; 3) o forte papel diretivo do tribunal (ou de um *master*) na formulação das normas de remediação. *Ibidem*, p. 5.

¹³⁹ O tema será retomado e aprofundado no capítulo 5 deste trabalho.

3 A REFORMA DO SISTEMA PRISIONAL PELAS VIAS JURISDICIONAIS

“[...]um daqueles temas diante do qual nós, em geral, nos capitulamos, porque gerações e gerações sobrevivem sem que o tema seja adequadamente encaminhado.”¹⁴⁰

Em razão do recorte escolhido para esta pesquisa, qual seja, o estudo de caso da ADPF nº 347, e sua relação com o processo estrutural, especialmente no que toca à sua implementação, e, tendo em vista que esta ação constitucional tem como objeto a necessidade de realização de uma reforma ampla e profunda no sistema carcerário brasileiro, reputo necessário, neste capítulo, trazer um breve histórico das reformas prisionais promovidas pelo Poder Judiciário no direito comparado.

Com efeito, outros países já tiveram experiências no sentido de buscar, pelas vias jurisdicionais, a reformulação de seus sistemas prisionais, em decorrência da conjuntura de massivas e reiteradas violações de direitos fundamentais das pessoas em situação de encarceramento, resultantes do superencarceramento, falta de infraestrutura, práticas de tortura e abuso contra os presos, dentre outras formas de violência.

Nessa perspectiva, entendo ser importante para a construção desta pesquisa a análise da situação de dois países especificamente, quais sejam, Estados Unidos e Colômbia. Esta escolha metodológica ocorreu em razão de serem precedentes que possuem relação direta com o objeto desta pesquisa. Explico.

Em primeiro lugar, a reforma prisional nos Estados Unidos ocorreu no contexto das reformas estruturais (*strutural reforms*), que se disseminaram naquele país nas últimas décadas do século XX, como visto no capítulo anterior. Ao lado de reformas em outras áreas de relevância, como sistema educacional e instituições de saúde mental, etc., a reforma do sistema carcerário estadunidense teve grande abrangência na jurisdição daquele país, ocupando bastante espaço nos tribunais, especialmente nas décadas de 1970 e 1990.

Dessa maneira, uma vez que esta pesquisa tem o objetivo justamente de relacionar a reforma prisional brasileira, que se busca promover por meio da ADPF nº 347, com a teoria dos processos estruturais, é importante abordar esse exemplo do direito comparado, a fim de contextualizar e fazer a eventual correlação entre os casos estadunidense e brasileiro.

Em seguida, à análise da situação vivida pela Colômbia referente à tentativa de reforma de seu sistema penitenciário por meio do Poder Judiciário, mais especificamente pela Corte

¹⁴⁰ Gilmar Mendes, em seu voto na MC da ADPF nº 347.

Constitucional Colombiana. No caso desse país, a reforma prisional ocorreu no contexto das ações judiciais em que o tribunal colombiano declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional”. Essa ferramenta processual, que será mais detalhada a seguir, foi adotada em diversas decisões da mais alta corte da Colômbia, especialmente entre os anos de 1997 até o início dos anos 2000. Foram diversas as áreas em que se declarou este estado de inconstitucionalidade, justificado pela grave violação de direitos fundamentais de minorias e grupos mais vulneráveis, com destaque para o caso conhecido como *desplazados* (deslocamentos forçados), que abordou a grave conjuntura de deslocamentos forçados no país em razão das guerras dos cartéis e do narcotráfico, além, é óbvio, do caso da reforma prisional.

A situação vivida pela Colômbia em relação à reforma do sistema prisional em muito se assemelha com a momento atual que se observa no Brasil em relação à demanda pela reforma do sistema carcerário pela via jurisdicional, especialmente após o ajuizamento da ADPF nº 347. Conforme se verá no próximo capítulo, aqui também foi declarado um “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema prisional. Em verdade, o Brasil está seguindo os passos da Colômbia nessa questão, sendo a teoria originada na Colômbia importada pelo Brasil, mirando nos precedentes colombianos, de forma a aproveitar o que funcionou naquele país em relação às reformas lá realizadas, bem como aprimorar as falhas e dificuldades enfrentadas por aquele país.

Dessa maneira, não resta dúvida da importância da abordagem do caso colombiano nesta pesquisa, especialmente tendo em vista a importação pelo Brasil do “Estado de Coisas Inconstitucional”, engendrado naquele país pela Corte Constitucional Colombiana.

Ao final do capítulo, elenco alguns precedentes brasileiros em que os tribunais superiores já tiveram que lidar com o tema das prisões brasileiras. Através destes precedentes é possível verificar que o problema prisional brasileiro não é recente e nem novidade no Poder Judiciário brasileiro. É, verdadeiramente, problema de longo prazo e que permeia todos os tribunais brasileiros desde muitas décadas, não sendo a ADPF nº 347 dotada de ineditismo em relação à matéria. Pode-se dizer que houve um longo caminho que culminou com o ajuizamento desta ação de natureza constitucional. Embora não trate de assunto novo, a ADPF leva ao Poder Judiciário, ou melhor, à mais alta Corte do país, uma nova forma de abordar o problema, abrangente e com pedidos audaciosos, provocando um novo olhar sobre o tema, bem como a necessidade de uma nova forma de atuação por parte do STF.

3.1 A experiência dos Estados Unidos da América – “Prision Reform Litigation”

Conforme mencionado acima, a reforma prisional estadunidense ocorreu no contexto das reformas estruturais que ocorriam em diversas áreas sensíveis no país, especialmente na última metade do século XX. Essas reformas fizeram parte do movimento de direitos civis deflagrado a partir da década de 1950, já mencionado no capítulo anterior.

Para além do emblemático caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, no qual se buscou a dessegregação racial nas escolas estadunidenses, houve diversos outros processos judiciais que tratavam da reforma do sistema educacional naquele país, assim como também enfrentavam diversos outros temas em que fazia presente a necessidade de promoção de reformas substanciais na estruturais sociais e governamentais até então vigentes.

Charles F. Sabel e William H. Simon listaram as cinco principais áreas em que as reformas estruturais se relacionaram com estruturas públicas norte-americanas, sendo elas a educação, saúde mental, prisões, abusos policiais e habitação¹⁴¹. Se é certo que estas não foram as únicas áreas em que o Poder Judiciário atuou para a promoção de reformas estruturais nos Estados Unidos¹⁴², não resta dúvida de estes precedentes se tornaram os mais simbólicos para demonstrar a acessão e disseminação das *strutural reforms* no país.

Nesse contexto, a partir do ano de 1969, o sistema prisional estadunidense foi objeto de inúmeras ações judiciais, em praticamente todos os estados na nação, sendo questionados os mais diversos aspectos relacionados a execução da pena, desde superlotação, maus tratos e tortura, falta de infraestrutura adequada dos prédios e falta de atendimento de saúde adequado, chegando até mesmo a minuciosas questões, como o tipo de alimentação dos presos, iluminação das celas e adequação das bibliotecas para uso interno. De acordo com o que afirmaram Simon e Sabel,

Os questionamentos ao sistema penitenciário do Arkansas em 1969 e do Texas em 1972 deram início a um período de intervenção judicial enorme nas prisões e cárceres do país. As condições das prisões em quarenta e um estados foram declaradas inconstitucionais, como o foram também as condições de centenas de cárceres em todo o território. Em dez estados, de acordo com o que informam Malcolm Feely e

¹⁴¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018.

¹⁴² Jordão Violin, em sua tese, elenca outras matérias em que se buscou a promoção de mudanças sociais nos Estados Unidos por meio dos tribunais como, por exemplo, ações relacionadas aos direitos trabalhistas. No entanto, seja pela resistência dos tribunais, seja pela pouca importância dentro do contexto geral, as áreas mencionadas aqui se tornaram as mais relevantes para o estudo do tema. VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

Edward Rubin, a intervenção judicial se “dirigiu virtualmente a cada aspecto de todas as instituições”. (tradução nossa)¹⁴³.

Com efeito, o mais simbólico caso de atuação jurisdicional no que diz respeito à promoção de reforma prisional nos Estados ocorreu no estado do Arkansas, gerando o precedente que ficou conhecido como *Holt v. Sarver*.

Em artigo denominado “*Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas”¹⁴⁴, Jordão Violin promoveu uma análise bem minuciosa e aprofundada acerca desse precedente estadunidense, tendo asseverado que

Num dos casos mais interessantes da era Warren, *Holt v. Sarver*, pôs-se em xeque a constitucionalidade do sistema prisional do Estado do Arkansas em sua integralidade. Ao contrário do que pode parecer, *Holt v. Sarver* não é um litígio, mas um conjunto formado por pelo menos seis causas, entre ações e recursos, que tramitaram entre 1969 e 1982: *Holt v. Sarver I*; *Holt v. Sarver II*; *Holt v. Hutto*; *Finney v. Arkansas Board of Corrections*; *Finney v. Hutto*; *Finney v. Mabry*.”¹⁴⁵

Jordão Violin destaca ainda que este precedente não representou matéria inédita para os tribunais estadunidenses¹⁴⁶. O autor salienta que desde os anos de 1960 os tribunais já vinham enfrentado casos em que se buscava o reconhecimento de direitos das pessoas presas. Destacam-se dois casos: no primeiro, mulçumanos ajuizaram ações em que questionavam a constitucionalidade de normas estaduais que impediam o exercício de algumas religiões e literatura islâmica e impediam ou dificultavam a liberdade de cultos islâmicos nos estabelecimentos penais. Tal ação foi julgada procedente. O segundo caso se refere à inúmeras ações judiciais que se visava estender os efeitos da dessegregação racial às mais diversas áreas sociais, o que incluía as cadeias, local onde os negros se submetiam a maiores discriminações e situações mais degradantes que as pessoas brancas¹⁴⁷.

¹⁴³ Los cuestionamientos al sistema penitenciario de Arkansas eh 1969 y de Texas en 1972 dieron inicio a un periodo de intervención judicial enorme en las prisiones y cárceles del país. Las condiciones de las prisiones en cuarenta y uno estados fueron declaradas inconstitucionales, como lo fueron también las condiciones de cientos de cárceles en todo el territorio. En diez estados, de acuerdo con lo que informan Malcolm Feely y Edward Rubin, la intervención judicial estuvo “dirigida virtualmente a cada aspecto de todas las instituciones”. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 28.

¹⁴⁴ VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 21. p. 637-686.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 639.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 639.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 640.

Estes dois precedentes foram o estopim para que inúmeras outras ações judiciais fossem propostas nos diversos estados da nação, buscando o reconhecimento dos mais diversos direitos em relação à execução da pena e condições das pessoas em situação de encarceramento.

Entretanto, conforme afirmado por Violin¹⁴⁸, foi em *Holt v. Sarver* que se questionou pela primeira vez toda a estrutura prisional de um Estado, ou seja, alegou-se a inconstitucionalidade de todo o sistema prisional do Arkansas, buscando-se a reforma geral do sistema.

A extensão que este precedente tomou, bem como o grau de profundidade a que chegou a reforma prisional no Arkansas fez desse um caso um dos mais simbólicos acerca dos processos estruturais nos Estados Unidos, servindo de modelo para diversas outras ações judiciais sobre o tema. Isso porque a situação vivenciada naquele estado não era exceção, mas similar a outros contextos vivenciados na maioria dos Estados norte-americanos naquela época.

Em linhas gerais, na década de 60, o sistema carcerário do Arkansas, composto por duas fazendas (*Cummins e Tucker*), padecia de uma série de irregularidades, que passavam pela deficiência em relação à estrutura física dos estabelecimentos, superlotação, bem como reiteradas violações dos direitos fundamentais dos detentos, como, por exemplo, falta de alimentação e atendimento médico adequado aos presos, além de práticas recorrentes de tortura e abusos por parte dos administradores das prisões e de outros detentos (chamados de *trusties*). No ano de 1967, após a divulgação pela imprensa de notícia acerca da prática de tortura na fazenda *Tucker*, a situação prisional naquele estado se tornou pública, dando origem à reforma estrutural para a correção das distorções apontadas. Ao longo de mais de uma década várias foram as ações ajuizadas, com os mais diversos objetos atinentes aos problemas vivenciados nas prisões daquele Estado, sendo implementadas diversas medidas no intuito de promover melhorias no sistema. As providências adotadas foram de diversas naturezas, das mais gerais, como a diminuição da superlotação, com transferência de presos; extinção das práticas de tortura contra os presos; contratação de novos funcionários, acabando com as atividades irregulares praticadas pelos *trusties* (detentos de confiança da administração); até a determinação de medidas mais específicas e detalhadas, como cuidados com preparação da alimentação dos presos, liberdade de culto religioso, dentre outras. O caso foi encerrado no ano

¹⁴⁸ VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 21. p. 637-686.

de 1982, quando o Poder Judiciário declarou que o sistema prisional do Arkansas estava de acordo com a Constituição.¹⁴⁹

A partir desse precedente, outros Estados passaram por reformas semelhantes em seus sistemas penitenciários. Segundo Violin, no ano de 1993, “40 Estados norte-americanos enfrentavam ações similares”¹⁵⁰. E continua o autor:

Mais importante do que os resultados específicos alcançados no Arkansas foi a repercussão nacional do caso. Além de inaugurar uma onda que levou ao ajuizamento de ações semelhantes em quase todos os Estados norte-americanos, *Holt* demonstrou que o acesso à justiça era garantido também à população carcerária. E fez aportar ao Judiciário uma série de litígios até então reprimidos. Em 1984, apenas dois anos após a conclusão do caso, 24% das 903 prisões então existentes nos Estados Unidos estava sob supervisão judicial. Essas unidades abrigavam quase metade dos presos norte-americanos: 42%.¹⁵¹

Por fim, relata Violin que, em 1995, aproximadamente 20% de todas as ações em trâmite nos tribunais federais estadunidenses tinham como objeto violações de direitos fundamentais nas prisões do país¹⁵².

O nível de detalhamento dessas ações também foi crescendo. À medida em que os problemas mais graves iam sendo sanados e os direitos mais básicos eram reconhecidos e garantidos pelos tribunais, os presos passaram a pleitear direitos mais específicos e pontuais. Se no início, buscava-se reprimir as práticas de tortura e abusos e a garantia de atendimento médico, alimentação adequada e estruturas físicas mais adequadas, ou seja, buscava-se garantir os mais básicos direitos fundamentais dos presos, as ações passaram a ter como objeto os mais diversificados aspectos relacionados à execução e cumprimento da pena. Sabel e Simon, citando Malcom Feely e Edward Rubin, fazem o seguinte apontamento:

Os tribunais federais acabaram promulgando um código abrangente de administração penitenciária, abrangendo assuntos tão variados como áreas de vida, sistemas sanitários, alimentação, vestuário, assistência médica, disciplina, pessoal, bibliotecas, trabalho e educação. As próprias decisões, e muitas vezes o conjunto de regras resultantes, determinaram exigências que podem ser descritas, dependendo do ponto de vista de cada um, como detalhes meticulosos ou excruciantes. A potência das lâmpadas incandescentes, a frequência dos chuveiros, o conteúdo calórico das refeições, faziam parte das decisões proferidas pelos tribunais federais. (tradução livre)¹⁵³.

¹⁴⁹ Para análise detalhada de todo o caso e dos diversos processos judiciais que fizeram parte do precedente *Holt v. Sarver*, remeto o leitor ao artigo elaborado por Jordão Violin sobre o tema, mencionado anteriormente.

¹⁵⁰ VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 21. p. 637-686. p. 641.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 668-669.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ Los tribunales federales terminaron promulgando un código omnicompreensivo de administración de las prisiones, cubriendo asuntos tan variados como áreas de residencia, sistemas sanitarios, comida, vestimenta,

Sem dúvidas, o elevado número de ações propostas bem como a variedade dos pleitos são fatores suficientes para demonstrar a importância do Poder Judiciário na tentativa de reestruturação do sistema carcerário dos Estados Unidos. Cabe, então, questionar se essas reformas foram capazes de promover uma real melhora do sistema prisional daquele país.

Sabel e Simon asseveram que, de uma forma geral, as reformas geraram melhoras significativas no sistema prisional estadunidense, especialmente nos casos mais graves no sul do país¹⁵⁴. Houve, de maneira geral, eliminação do uso autorizado de tortura e os abusos relacionados ao uso de presos para a aplicação de castigos em outros detentos. Verificou-se também a modificação, capacitação e profissionalização do pessoal responsável pelos estabelecimentos e cuidados dos presos. Além disso, houve melhora moderada em relação à estrutura das prisões. Não obstante, as prisões continuam sendo locais perigosos e superlotados, não havendo melhoras significativas quanto a estes aspectos¹⁵⁵.

Em alguns casos, a implementação das reformas perdurou por mais de uma década, como foi no Arkansas. Ademais, as decisões estruturais nestas ações algumas vezes não se restringiram a ordens judiciais verticalizadas, mas também foram utilizadas técnicas negociais e a criação de grupos administrativos para o monitoramento e auditorias em relação às medidas implementadas¹⁵⁶.

A título de exemplo, Sabel e Simon¹⁵⁷ abordam um precedente em que se fez uso de ferramentas de negociação, ocorrido na cidade de Nova Iorque no ano de 1998. Trata-se do caso *Sheppard v. Phoenix*. Nesse caso, em que se questionava as práticas de abuso da força nas unidades de segurança máxima situadas naquela cidade, foi realizado um acordo com o Departamento Correccional para a implantação e desenvolvimento de novas políticas no local. Tal acordo contava com 104 parágrafos e foi elaborado sob a orientação de especialistas com larga experiência em reforma carcerária. Além dessas cláusulas escritas, o tribunal determinou que fosse implementado um processo de revisão, capacitação e monitoramento contínuo. Por

cuidado médico, disciplina, contratación de personal, bibliotecas, trabajo y educación, Las decisiones en sí mismas, y muchas veces el cuerpo de normas que resultaba de ellas, determinaban requisitos en lo que puede ser descripto, dependiendo del punto de vista de cada uno, como un detalle meticuloso o insoportable. El voltaje de las bombillas de luz de las celdas, la frecuencia de las duchas, el contenido calórico de las comidas, todo eso era parte de los códigos que promulgaban los tribunales federales.” SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público*. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 28.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 28.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 28.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 33.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

outro lado, não houve a determinação pelo tribunal de políticas específicas, sendo respeitado o acordo realizado com o Departamento responsável. Conforme as medidas iam sendo implementadas e surgiam as dificuldades, estas eram revisadas e o Departamento promovia novos treinamentos e capacitações de seu pessoal. Nesse caso, o tribunal encerrou sua jurisdição quando constatou melhoras no sistema, de acordo com a avaliação realizada pelo próprio tribunal. Houve melhoras em vários aspectos, embora outros permanecessem aquém do desejado. Entretanto, o que houve de mais relevante nesse caso foi a implementação do sistema de monitoramento constante, o que permitiu aos advogados dos detentos analisar e documentar os problemas encontrados para guiar novas reformas futuras¹⁵⁸.

Esse exemplo é importante para demonstrar também que, assim como em outras áreas em que ocorreram reformas estruturais nos Estados Unidos, as instituições demandadas muitas vezes não apresentaram fortes resistências aos pleitos e às decisões estruturais, chegando mesmo a colaborar de forma efetiva na construção e implementação da solução. A disposição das partes e do tribunal para a efetivação das medidas necessárias ao saneamento do problema, bem como o monitoramento constante da fase de execução da decisão estrutural, que se dá muitas vezes ao longo de um extenso período de tempo, e, ainda, a definição de medidas mais flexíveis e suscetíveis de revisões e reavaliações constantes, certamente são fatores determinantes para o sucesso ou fracasso de uma reforma estrutural. Os inúmeros casos de reformas do sistema prisional estadunidense demonstraram isso.

Não obstante o relativo sucesso alcançado pelo Poder Judiciário no tocante à implementação de reformas nas prisões estadunidenses, certo é que alguns obstáculos foram encontrados no percurso, o que acabou impedido que se chegasse a um “estado ideal”. Dentre esses obstáculos, destaco três: o primeiro relacionado à atuação dos tribunais, o segundo referente à reação dos outros Poderes, especialmente ao Poder Legislativo e, o último, de caráter político, associado à implantação de políticas públicas de enfrentamento da criminalidade.

O primeiro desses obstáculos consiste na atuação dos tribunais norte-americanos em relação aos processos estruturais de maneira geral, não se restringindo aos casos das prisões. A partir dos anos 1980, os juízes e tribunais do país, especialmente a Suprema Corte, iniciaram um movimento de autocontenção e passaram a restringir sua atuação em questões referentes à

¹⁵⁸ Sabel e Simon consignam, porém, que as decisões e medidas aplicadas aos casos envolvendo prisões são menos ambiciosos que em outras áreas, como saúde mental e educação. Não se tornou comum a implantação de sistemas de monitoramento e nem a possibilidade de acesso da população em geral aos dados referentes à implantação das reformas. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 32.

implantação de medidas de cunho social e administrativo, as quais, teoricamente, caberiam aos Poderes Legislativo e Executivo a tarefa de regulamentar e efetivar. Ademais, o nível de detalhamento das decisões proferidas nas ações judiciais, notadamente nos casos das prisões, levou a Suprema Corte várias vezes a reverter decisões dos tribunais inferiores, sob o argumento de que o provimento jurisdicional estava além da competência do Poder Judiciário, cabendo deferência aos demais Poderes.

Com efeito, os tribunais de apelação e a Suprema Corte se tornaram cada vez mais intolerantes em relação às ordens dos tribunais inferiores que impunham medidas com grande nível de detalhamento, como por exemplo a determinação de espaço mínimo nas celas, necessidade de requisitos mínimos para a capacitação e contratação de pessoal para o trabalho nas prisões¹⁵⁹.

Para exemplificar, trago exemplo mencionado por Sabel e Simon, em que a Suprema Corte deixou sem efeito a decisão de um tribunal inferior que determinava, de forma bastante detalhada, a estrutura e funcionamento de uma biblioteca localizada no interior de um estabelecimento prisional¹⁶⁰. Nas palavras dos autores,

A ordem especificava em detalhes as horas de abertura das bibliotecas, o número de horas de uso da biblioteca a que cada preso tinha direito (10 por semana), os requisitos mínimos de educação para bibliotecários prisionais (diploma em biblioteconomia, direito ou estudos paralegais), o conteúdo de um curso de pesquisa jurídica gravada para os presos, e assuntos similares. Todos os juízes concordaram que esta ordem tinha ido longe demais. (tradução nossa)¹⁶¹.

¹⁵⁹ Como dito, essas restrições e limitações impostas pelos Tribunais não se restringiram ao campo das ações relacionadas ao sistema prisional, sendo um fenômeno observado em todas as áreas em que se buscava reformas estruturais pelo Poder Judiciário estadunidense. Jordão Violin aborda esse “declínio” das *strutural reforms* observado nos Estados Unidos a partir dos anos 1980, especialmente pela nova postura adotada pela Suprema Corte. Violin atribuiu esse declínio a diversos fatores determinantes, como as origens do direito norte-americano na *common law*, e suas características; as dificuldades referentes aos processos coletivos, devido ao raciocínio e técnicas processuais essencialmente individualistas que permeavam a atuação das cortes, o que levou à decadência do processo coletivo de uma forma geral no país e a tendência geral de restrição ao acesso à justiça nos Estados Unidos. Para um maior detalhamento sobre o assunto, remeto o leitor à obra de Jordão Violin, que apresenta um alto nível de detalhamento acerca dos processos estruturais nos Estados Unidos, abordando sua ascensão e declínio: VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

¹⁶⁰ Caso *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343, 347 (1996).

¹⁶¹ La orden especificaba con pormenores los horarios en que las bibliotecas tenían que permanecer abiertas, el número de horas de uso de la biblioteca a las que cada preso tenía derecho (10 por semana), los requisitos mínimos de educación de los bibliotecarios de las prisiones (un título en biblioteconomía, derecho, o paralegal), el contenido de un curso de investigación legal grabado para los presos, y asuntos similares⁷⁶. Todos los jueces estuvieron de acuerdo en que esta orden había ido muy lejos. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 30.

Essa autocontenção das Cortes acabou por limitar o alcance das ações já propostas bem como desestimular o ajuizamento de novas ações semelhantes, impedindo a solução de diversos problemas que ocorriam no interior do cárcere e que não eram sanados diretamente pela administração dos estabelecimentos.

O segundo obstáculo às ações judiciais decorreu da intervenção do Poder Legislativo, reagindo à atuação ativista do Poder Judiciário (efeito *backlash*). No ano de 1996, o Congresso norte-americano promulgou a lei denominada *Prison Litigation Reform act*, que impôs uma série de restrições processuais aos processos estruturais nos tribunais federais. A lei estabeleceu uma série de requisitos para o ajuizamento e trâmite dos processos judiciais cujo objeto fosse uma *structural reform* contra a administração pública. Nesse sentido,

A lei exige, entre outras coisas, que as decisões (injunctions) contra administradores prisionais sejam "os meios menos intrusivos necessários para corrigir a violação"; que após dois anos os tribunais deixem sem efeito as decisões (injunctions) com base nos pedidos dos réus, a menos que os autores provem violações contínuas; que os prisioneiros esgotem os recursos administrativos; que os prisioneiros sejam sancionados por petições "frívolas"; que as ações de indenização sejam arquivadas a menos que sejam alegados danos físicos; e que os honorários advocatícios concedidos por um tribunal estejam sujeitos a limites que não se aplicam à maioria das ações civis. (tradução nossa)¹⁶².

Dois dos requisitos mais controversos da *Prison Litigation Reform act*, são: 1) a necessidade de esgotamento das vias administrativas e; 2) o fim do efeito das decisões após o prazo de 2 anos, a menos que sejam demonstradas pelos autores novas e atuais violações de direito. Sem dúvida, essas duas condições restringiram de maneira grave o acesso à justiça em relação aos processos de natureza estrutural. A primeira delas por abrir brecha para a prática de abusos por parte da Administração Pública, seja com o prolongamento de procedimentos internos ou mesmo pela imposição de excessivos pré-requisitos técnicos e instrumentais para que os presos busquem administrativamente seus direitos.

A segunda condição, qual seja, o prazo de 2 anos para o encerramento da execução da decisão, é talvez a providência mais prejudicial à implementação das reformas estruturais, uma vez que, por sua complexidade, tais reformas exigem o diferimento temporal para sua

¹⁶² La ley requiere, entre otras cosas, que las injuncions contra los administradores de las prisiones sean "el medio menos intrusivo necesario para corregir la violación"; que luego de dos años los tribunales dejen sin efecto las injuncions en base a las solicitudes de los demandados, a menos que los actores prueben violaciones continuadas; que los presos agoten la vías administrativas; que los presos sean sancionados por peticiones "frívolas"; que las acciones de daños sean rechazadas a menos que se alegue una lesión física; y que los honorarios de abogados que otorga un tribunal estén sujetos a límites que no se aplican a la mayoría de las acciones civiles. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 30.

efetivação a contento. O prolongamento da execução e o monitoramento do cumprimento das medidas são essenciais para o sucesso de uma reforma estrutural. E, na maioria dos casos, a fase de implementação demora muitos anos, até mesmo décadas. Conforme explicam Sabel e Simon,

Leva mais de dois anos para se fazer melhorias significativas nas prisões onde são registradas violações graves. Além disso, o procedimento de descoberta (*discovery*) e os julgamentos associados à determinação inicial de violações de direitos são custosos e demorados. Se esses processos tivessem que ser repetidos a cada dois anos, os custos seriam proibitivos. (tradução nossa)¹⁶³.

Exigir que, após dois anos do ajuizamento da ação, se demonstre a existência de violações atuais para que a decisão estrutural continue tendo validade vai contra a essência das *structural reforms*. Esta imposição legal representa, certamente, um impedimento substancial aos processos estruturais nos Estados Unidos.

Por fim, o último obstáculo à reforma penitenciária estadunidense não tem a ver com as ações judiciais propriamente ditas e nem mesmo com a atuação do Poder Judiciário, mas, ainda assim, interferem diretamente no sucesso (ou fracasso) das reformas. Trata-se, na verdade, da política criminal de encarceramento em massa adotada pelos governos federal e estaduais a partir da década de 1970 nos Estados Unidos¹⁶⁴.

Esse plano político de “guerra ao crime” teve seu marco inicial no ano de 1970, com a campanha *Law and Order*, implementada pelo presidente Richard Nixon, em meio às manifestações e protestos do movimento civil pela igualdade, liderado por Martin Luther King Jr.. Esta política visava a criminalização das manifestações populares, acusando-as de

¹⁶³ Toma más de dos años hacer mejoras significativas en prisiones donde se registran violaciones graves. Además, el procedimiento de descubrimiento de pruebas (*discovery*)⁹⁴ y los juicios asociados con la determinación inicial de violaciones de derechos son costosos y llevan mucho tiempo. Si estos procesos se tuvieran que repetir cada dos años, los costos serían prohibitivos. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público*. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 35.

¹⁶⁴ O documentário denominado “*A 13ª Emenda*”: *A Perpetuação da Escravidão na “Terra da Liberdade”* (disponível na plataforma *Netflix*) narra o processo de construção da imagem da população negra nos Estados Unidos desde o período da escravidão e da Guerra Civil, enfatizando as questões relacionadas ao sistema prisional estadunidense, notadamente a super-representação de pessoas negras e aos maus tratos a que estão submetidas. O documentário faz uma narrativa cronológica acerca das práticas de discriminação das pessoas negras, que culminou na política de encarceramento em massa dessa população, no final do século XX, sendo este ainda um problema social e político grave nos Estados Unidos até o presente. A intenção do documentário é demonstrar que “[...] a política criminal nos EUA é um movimento consciente e voluntário para que o trabalho escravo abolido em 1863 possa continuar existindo, mascarado de ‘punição ao crime’, uma vez que a 13ª Emenda permite até hoje o trabalho forçado dentro dos presídios estadunidenses.”. SANTOS, Eneida Maria dos; MUNIZ, Natália Soprani Valente. Resenha do documentário “*A 13ª Emenda*”: *A Perpetuação da Escravidão na “Terra da Liberdade”*. In: CARELLI, Rodrigo; GRILLO, Sayonara (coord.). **Trab21**. Rio de Janeiro, RJ, 12 jan. 2021.

“perturbação da ordem” e “descumprimento da lei”¹⁶⁵.

A ideia era de que a lei deveria ser fortificada e fortemente fiscalizada para que a ordem no país fosse mantida, justificando uma abordagem policial violenta frente às manifestações do povo negro. Nessa época, houve o primeiro grande encarceramento das minorias raciais nos Estados Unidos.¹⁶⁶

Além disso, o presidente Nixon foi responsável por implantar diversas políticas de superencarceramento no país, sendo o criador pelo termo “guerra às drogas”, altamente difundido nos Estados Unidos a partir do final do século XX. A política de encarceramento em massa foi mantida e ampliadas pelos presidentes que vieram após Nixon, a exemplo do presidente Reagan, responsável pela criminalização do crack, em 1982, criando as figuras dos inimigos internos do Estado norte-americano, quais sejam, o usuário de droga e o narcotraficante.

Na década de 1990 foram ainda implantadas as medidas legislativas denominadas *Minimum Mandatory* e *Three Strikes and you're out*, as quais geraram um aumento cada vez maior da população carcerária nos Estados Unidos¹⁶⁷.

Essas políticas criminais foram amplamente difundidas pelos governos, sendo aclamadas por parte da população estadunidense, que enxergava nessas medidas simbólicas uma suposta “garantia de segurança” contra a criminalidade, ou melhor, contra o inimigo do Estado. Até mesmo os governos mais recentes, como o do presidente Donald Trump Jr. (2016-2020) continuaram implementando políticas simbólicas de “combate à criminalidade”.

Entretanto, o que se viu de fato foi um progressivo aumento da população carcerária nos Estados Unidos, o que agravou ainda mais os problemas vivenciados pelas prisões locais. Se o sistema penitenciário estadunidense já se apresentava precário desde a primeira metade do século XX, gerando a massiva busca ao Poder Judiciário para sanar as violações de direitos vivenciadas pelas pessoas encarceradas, as políticas criminais implantadas pelos governos não só não contribuíram para a melhoria do problema prisional, mas ainda propiciaram um agravamento ainda maior das adversidades. Essa conjuntura permanece ainda atual.

¹⁶⁵ SANTOS, Eneida Maria dos; MUNIZ, Natália Soprani Valente. Resenha do documentário “A 13ª Emenda”: A Perpetuação da Escravidão na “Terra da Liberdade”. In: CARELLI, Rodrigo; GRILLO, Sayonara (coord.). **Trab21**. Rio de Janeiro, RJ, 12 jan. 2021.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ “A primeira era uma sentença que os juízes eram obrigados a aplicar caso fossem constatadas certas condições do crime. Dessa forma, não era permitido ao juiz analisar as condições materiais em que o suposto ato ocorreu, mas sim aplicar diretamente essa ‘sentença mínima’. Já o *Three strikes and you're out* era uma rigorosa medida penal da Califórnia que determinava que, independentemente da ilegalidade praticada, na terceira ocorrência o indivíduo deveria receber uma pena rigorosíssima, variando entre 25 anos de prisão à prisão perpétua.” *Ibidem*.

Dados recentes demonstram que os Estados Unidos continuam a ter a maior taxa de encarceramento do mundo, com mais de 2,2 milhões de pessoas em situação de prisão e outras 4,5 milhões em liberdade condicional¹⁶⁸.

Para finalizar, deixo registradas duas iniciativas adotadas nos últimos anos nos Estados Unidos, referentes à situação penitenciária, que se propõem a reverter o quadro de superencarceramento no país. A primeira delas foi a lei federal denominada *First Step Act* (Lei do Primeiro Passo), promulgada no ano de 2018, cujo objetivo primordial é a redução do número de pessoas encarceradas no país, mais especificamente no sistema penal federal¹⁶⁹.

Além disso, no ano de 2021, o atual presidente dos Estados Unidos, Joe Biden, deu início a uma reforma do sistema penitenciário federal do país¹⁷⁰. Dentre as medidas já adotadas pelo presidente, por meio de decreto, está a desativação de prisões privadas federais no país. Ademais, Biden anunciou que irá acabar com as penas de morte e o confinamento em solitárias nas prisões federais, além de outras medidas, visando a reduzir a população carcerária no país¹⁷¹.

Em conclusão, o panorama que se observa em relação às reformas prisionais nos Estados Unidos é que, os processos estruturais, que ocupavam grande espaço no Poder Judiciário norte-americano nas últimas décadas do século XX foram perdendo espaço e importância a partir especialmente a partir do final dos anos 1990 e início dos anos 2000¹⁷². Além do mais, as políticas criminais em vigor durante estes anos apontavam em sentido diametralmente oposto às medidas de diminuição da superlotação carcerária e garantia dos direitos fundamentais dos detentos. Nos últimos cinco anos, tenta-se reverter o quadro de superencarceramento e revisão das

¹⁶⁸ O número de pessoas em situação prisional nos Estados Unidos era de aproximadamente 500 mil pessoas no início da década de 1980. Ou seja, houve naquele país, nas últimas décadas, um aumento vertiginoso do encarceramento. Dados da World Prison Brief, em levantamento mundial sobre dados prisionais realizado pela ICPR (Institute for Crime & Justice Research) e pela Birkbeck University of London. CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo**. Dados do infopen publicados nesta sexta (14) computam 773 mil pessoas presas; 8,6% a mais que em 2018. São Paulo, 18 fev. 2020.

¹⁶⁹ A Lei, ainda que de modo tímido, estabeleceu algumas modificações na política criminal do país, sendo a principal delas a extinção da prisão perpétua decorrente da política do *Three strikes and out*. MONGE, Yolanda. Senado dos EUA aprova reforma do sistema de Justiça para reduzir número de presos. A maior conquista bipartidária da era Trump busca reduzir uma população carcerária de mais de 2,2 milhões de presidiários. **El País**, Washington, 19 dez. 2018. Internacional.

¹⁷⁰ Nos Estados Unidos, tanto a União quanto os Estados tem competência em matéria penal. Assim sendo, as medidas federais adotadas não valem para os Estados da federação, com legislação própria, que devem implantar suas próprias reformas.

¹⁷¹ MELO, João Ozorio. Biden começa a reforma do sistema penitenciário dos EUA. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 30 jan. 2021.

¹⁷² Fenômeno verificado não somente na área das prisões, mas em todas as principais áreas em que as *structural reforms* se fizeram relevantes, conforme apontado por VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

duras políticas adotadas nas últimas décadas no país. Porém, como se observa, quem está à frente dessa nova tentativa de reforma não é mais o Poder Judiciário, mas o Legislativo e Executivo, por meio de leis e decretos ainda tímidos, cujo objetivo primordial, mais do que melhorar a situação estrutural das prisões, é simplesmente diminuir o número de pessoas no interior das prisões, o que não resolve o problema como um todo.

3.2 A experiência colombiana – o “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Assim como os Estados Unidos, a Colômbia também passou pela experiência jurisdicional de reforma de seu sistema prisional, ainda que um pouco mais tardia, deflagrada no ano de 1998.

Conforme mencionai na introdução deste capítulo, a reforma prisional colombiana ocorreu no contexto do “Estado de Coisas Inconstitucional”, técnica processual utilizada pela Corte Constitucional colombiana em variadas situações de violação de direitos fundamentais na Colômbia, sobretudo para o enfrentamento de conjunturas em que se verifica um “bloqueio institucional” para a garantia de direitos, decorrente de inércia ou ineficiência do Estado, importando uma atuação mais proativa da Corte, com adoção de medidas que levem à superação dessas violações graves e massivas de direitos fundamentais, bem como supervisão de sua efetiva implementação.

De início, vale a pena trazer um conceito doutrinário do “Estado de Coisas Inconstitucional. Me valho do conceito elaborado por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, cuja obra é uma das mais importantes sobre a matéria no Brasil:

Defino o ECI como a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contrariedade entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridade a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.¹⁷³

Campos afirma ter construído este conceito a partir da análise da aplicação desta técnica pela Corte Constitucional Colombiana, observando ainda os contextos social e jurídico do país, que justificavam a atuação da Corte nessa linha.

¹⁷³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 193-194.

Nesse sentido, Campos assevera que, em países marcados por profunda desigualdade social, como a Colômbia (e também do Brasil), cabe ao Tribunal Constitucional procurar “aproximar a realidade social concreta das promessas de direitos “no papel” e acaba atuando como agente de transformação social.”¹⁷⁴. O tribunal não pode permanecer inerte diante das violações de direitos humanos e fundamentais, por problemas estruturais decorrentes da omissão ou desídia dos poderes públicos. O juiz constitucional é, então, “chamado a cumprir o papel de “[...] garantidor da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática e pluralista”¹⁷⁵. Em outras palavras, observada a configuração de situação de violação massiva de direitos fundamentais, não é papel da Corte defender direitos individuais ou particulares, cabendo-lhe uma atuação ativa no sentido de buscar uma ação coordenada visando a superação desse quadro de desconformidade e/ou transgressão de direitos.

É importante destacar ainda, conforme revelado por Campos, que a Corte Constitucional Colombiana exerce um histórico papel ativista, sendo considerada um dos tribunais mais ativistas do mundo. Segundo Campos,

O avanço dos trabalhos da Corte insere-se no movimento iniciado no fim dos anos 80 e começo dos 90, quando vários países da América Latina experimentaram profundas reformas constitucionais dirigidas a restabelecer ou fortalecer a democracia, institucionalizando, em novas Cartas, extensa lista de direitos fundamentais e sociais, além das cortes constitucionais ou, simplesmente, novos e amplos poderes para as cortes supremas já existentes (como foi o caso do Brasil).¹⁷⁶

É farta a jurisprudência ativista da Corte Colombiana, mesmo antes da primeira declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional”, tendo o tribunal enfrentado diversos temas sensíveis, como o reconhecimento dos direitos dos homossexuais, adentrando até mesmo matérias de natureza estritamente políticas, como a possibilidade de reeleição presidencial e de declaração de “estado de exceção” pelo Presidente¹⁷⁷. De um modo geral, a atuação da Corte se dirigia especialmente a dois campos: “[...] o de controle dos atos e de decisões políticas relevantes do Executivo e do Legislativo, e o de promoção dos direitos fundamentais.”¹⁷⁸.

Dentro dessa linha de atuação ativista, a partir do fim da década de 1990, a Corte Constitucional Colombiana foi ainda mais longe e passou a reconhecer o “Estado de Coisas

¹⁷⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 104.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 102.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 107.

¹⁷⁷ Esses e outros casos emblemáticos de atuação ativista da Corte Constitucional Colombiana foram analisados de forma detalhada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, na obra já mencionada. Para um maior aprofundamento sobre o tema, remeto o leitor à referida obra.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 126.

Inconstitucional” nos casos mais graves de violação massiva de direitos fundamentais, com o intuito de contornar essas situações e garantir a efetivação desses direitos. Segundo Campos, “[...] essa postura é apenas um estágio, evidentemente avançado, de sua contínua postura ativista em defesa dos direitos fundamentais daqueles mais necessitados e marginalizados dentro da sociedade.”¹⁷⁹.

A primeira decisão em que a Corte Constitucional Colombiana declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional” foi proferida no ano 1997 (SU 559/97). Tratava-se de demanda de professores que questionaram judicialmente a perda de alguns benefícios sociais. Em concreto, vários professores foram excluídos do *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*, apesar de continuarem pagando a respectiva contribuição. Diante disso, a Corte, ao reconhecer o direito dos autores, identificou que aquela situação constituiria um “*Estado de cosas que pugna con la Constitución Política*”, ou seja, que lesava o exercício de direitos fundamentais de um número amplo e indeterminado de pessoas, inclusive de pessoas que não fizeram parte da demanda. Ademais, foi determinada a adoção de medidas administrativas aos municípios e a comunicação da decisão às outras esferas governamentais para adoção de providências, com fundamento no dever de colaboração entre os Poderes. A decisão, para além de objetivar solucionar o problema, teve ainda a função de evitar que o tribunal recebesse uma avalanche de ações idênticas ou semelhantes sobre a matéria, o que comprometeria a estrutura e funcionamento da Corte¹⁸⁰.

Depois desse precedente, o Tribunal Constitucional Colombiano declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional” em ao menos 9 (nove) decisões sobre os mais variados temas relacionados a situações de violação massiva de direitos fundamentais, especialmente contra grupos e minorias vulneráveis¹⁸¹. Tais decisões ocorreram notadamente entre os anos de 1997 e 2004.

Como já mencionado, o sistema carcerário colombiano também foi objeto de declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” pela Corte Constitucional Colombiana no ano de 1998. Na Sentencias T-153/98 e T- 606/98, o Tribunal enfrentou a situação de crise dos presídios colombianos, cujos problemas de fundo eram notadamente superlotação e privação de direitos

¹⁷⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 127.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 127.

¹⁸¹ Carlos Alexandre de Azevedo Campos faz um apanhado dos casos colombianos em que foi reconhecido o ECI, citando, dentre outros, caso envolvendo aposentados e a Caixa Nacional de Previdência (*Sentencia T – 068*, de 1998); caso da não convocação de concurso público para notários (*Sentencia SU – 250*, de 1998), além dos emblemáticos casos do sistema penitenciário colombiano e dos deslocamentos forçados, analisados nesta pesquisa. *Ibidem*.

das pessoas encarceradas. Partindo de ações individuais interpostas por detentos que denunciavam violações de seus direitos mais básicos e tratamento desumano dentro das prisões, a Corte ampliou o escopo original das demandas e chegou à conclusão de que o problema não se restringia a determinados estabelecimentos prisionais, mas abrangia todo o sistema penitenciário colombiano. De acordo com o que ressalta Néstor Osuna,

Em ambas as sentenças, a Corte constatou que as situações que narravam os demandantes não eram isoladas, mas que era dessa forma que funcionavam todos os estabelecimentos carcerários colombianos, e as provas colhidas em ambos os casos lhes permitiram concluir que não existia nenhuma previsão nem programa das autoridades responsáveis para remediar esse problema “estrutural” do sistema penitenciário colombiano. A partir dessas coordenadas, então, se desenhou a declaração do estado de coisas inconstitucional. (tradução nossa)¹⁸².

O Tribunal reconheceu que a transgressão massiva de direitos fundamentais que assolava as prisões colombianas impedia que se concretizasse o principal escopo da pena, qual seja, a ressocialização, configurando-se um grave problema social, que violava a Constituição como um todo. Na decisão T-153/98, a Corte colombiana concluiu que,

As condições de superlotação tornam impossível fornecer a todos os prisioneiros os meios para o projeto de ressocialização (estudo, trabalho, etc.). Dada a imprevisão e desleixo que têm reinado em matéria de infraestrutura carcerária, a superlotação levou a uma situação em que os detentos nem sequer podem desfrutar até mesmo das mínimas condições para uma vida digna na prisão, como ter uma cabine, água suficiente, instalações sanitárias, cuidados de saúde, assistência médica, visitas familiares em condições decentes, etc. De modo geral, se pode concluir que a superlotação mina completamente os propósitos do tratamento prisional. (tradução nossa)¹⁸³.

Amparado em dados e estudos empíricos, o Tribunal Colombiano diagnosticou que a superlotação dos presídios era causada por uma série de falhas estruturais, como o aumento da

¹⁸² En ambas sentencias, la Corte constató que la situación que narraban los demandantes no era aislada, sino que así funcionaban todos los establecimientos carcelarios colombianos, y las pruebas que recaudó en ambos casos le permitieron concluir que no existía ninguna previsión ni programa de las autoridades responsables para remediar ese problema “estructural” del sistema penitenciario colombiano. A partir de esas coordenadas, entonces, diseño la declaratoria del estado de cosas inconstitucional. OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Victor (ed.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Bogotá: [s. n.], 2015. p. 91-116. (Colección Konrad Adenauer, 5).

¹⁸³ Las condiciones de hacinamiento impiden brindarles a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Dada la imprevisión y el desgreño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc. De manera general se puede concluir que el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario. (Sentencia T-153/98, de 28 de abril de 1998). COLOMBIA. Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión). **Sentencia T-153/98**. Santa Fe de Bogotá: Corte Constitucional, 1998a.

rigidez das sanções por meio de novas leis penais, a adoção de medidas jurisdicionais que impunham exclusivamente a prisão privativa de liberdade, afastando outros tipos de sanção penal, a falta de infraestrutura prisional adequada e irregularidades no órgão administrativo responsável (INPEC- Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário)¹⁸⁴.

Além dessas falhas, o que mais preocupava os magistrados da Corte era a total ausência de políticas públicas voltadas à solução do problema. Segundo Campos,

[...] destacando a insensibilidade dos gestores públicos no tocante à população carcerária, os juízes concluíram estar o tema totalmente fora da agenda política, o que revelou o estado permanente de inércia legislativa, administrativa e orçamentária em face dos graves problemas sociais.¹⁸⁵

Essa inércia por parte dos entes governamentais foi atribuída à falta de representação política das pessoas em situação de encarceramento, grupo que se configura como minoria marginalizada e invisível, não despertando interesse governamental. O Ministro da Corte colombiana Eduardo Cifuentes Muñoz, relator da *Sentencia* T-153/98, asseverou que,

A atitude dos gestores de políticas públicas em relação ao problema das prisões segue a lógica do princípio das maiorias, que rege os regimes democráticos. Os prisioneiros são pessoas marginalizadas pela sociedade. O próprio fato de estarem confinados em estabelecimentos especiais, de difícil acesso, torna nítida a condição de alienação dos prisioneiros. Nestas condições, os prisioneiros não constituem um grupo de pressão que possa fazer ouvir sua voz. Como resultado, suas exigências e sofrimentos se perdem entre as muitas necessidades que sobrecarregam as sociedades subdesenvolvidas, como a Colômbia. (tradução nossa)¹⁸⁶.

Na *Sentencia* T-606/98, a Corte Constitucional Colombiana enfrentou a situação referente à saúde dos presos, consignando a responsabilidade do Estado pelo cuidado, prevenção, conservação e recuperação da saúde das pessoas encarceradas. A decisão asseverou que,

¹⁸⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 136.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 136.

¹⁸⁶ La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los regímenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. El mismo hecho de que sean confinados en establecimientos especiales, difícilmente accesibles, hace gráfica la condición de extrañamiento de los presos. En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana. (*Sentencia* T-153/98, de 28 de abril de 1998). desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario. (*Sentencia* T-153/98, de 28 de abril de 1998). COLOMBIA. Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión). **Sentencia T-153/98**. Santa Fe de Bogotá: Corte Constitucional, 1998a.

É evidente, como o Tribunal já declarou (Cfr. Sentenças T-535 de 28 de setembro e T-583 de 19 de outubro de 1998), que a grande maioria daqueles que ocupam, como detentos ou condenados, as prisões existentes no território da República, são pessoas de recursos muito limitados, que carecem de qualquer fonte de renda e que, precisamente devido às condições de superlotação e às deficiências na prestação de serviços de higiene dentro das prisões, são propensas como poucas outras a adquirir e transmitir doenças de origem muito diferente e de gravidade variável, sem que o Estado tenha até agora planejado com seriedade suficiente o conjunto de ações e medidas que devem ser adotadas e implementadas para garantir a manutenção de condições mínimas de saúde em tais locais. (tradução nossa)¹⁸⁷.

É importante lembrar, conforme afirmei acima, que ambos os casos se originaram de demandas individuais de pessoas detentas, tendo a Corte dado caráter geral às decisões, por verificar que as situações não eram isoladas em nem atingiam tão somente aos postulantes, mas que se configurava a regra nas prisões colombianas, caracterizando falha de natureza estrutural e geral, que violava de forma flagrante toda a Constituição. A Corte, então, assumiu o papel de coordenador das mudanças voltadas a corrigir as distorções apontadas.

Dessa forma, após assinalar que o papel do juiz constitucional é assumir as vozes das minorias esquecidas, isto é, dos grupos minoritários que dificilmente têm acesso aos organismos políticos, a Corte reconheceu que os mecanismos de proteção jurídica mais tradicionais não eram eficazes para sanar o problema, já que, mesmo com a propositura de inúmeras ações judiciais denunciando a gravidade da situação, as autoridades continuavam omissas no seu papel de garantir o respeito aos direitos dos presos.

Na prática, a Corte determinou uma série de medidas voltadas a contornar o estado de inconstitucionalidade do sistema penitenciário colombiano, dirigidas a entes governamentais das mais diversas esferas (nacional, estadual e municipal), dos três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como órgãos administrativos responsáveis pela manutenção da infraestrutura e funcionamento das prisões (INPEC e Departamento Nacional de Planejamento). Além disso, foi determinado à Defensoria do Povo e à Procuradoria-Geral da Nação o acompanhamento da implementação dessas medidas. Quanto ao teor das ordens, passavam por determinação de criação de políticas públicas e dotações orçamentárias para a redução da crise, além de medidas administrativas de separação de presos condenados dos presos provisórios,

¹⁸⁷ Es evidente, como la Corte ya lo ha dicho (Cfr. sentencias T-535 del 28 de septiembre y T-583 del 19 de octubre de 1998), que la inmensa mayoría de quienes ocupan, en calidad de detenidos o de condenados, las cárceles existentes en el territorio de la República, son personas de muy escasos recursos, que carecen de toda fuente de ingresos y que, justamente por las condiciones de hacinamiento y por las deficiencias en la prestación de los servicios de higiene dentro de las cárceles, están propensas como pocas a adquirir y a transmitir enfermedades de muy distinto origen y de diversa gravedad, sin que hasta ahora el Estado haya planificado con suficiente seriedad el conjunto de acciones y medidas que deberían adoptarse y ponerse en ejecución para asegurar el mantenimiento de unas condiciones mínimas de salubridad en tales sitios. (*Sentencia T-606/98*). COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-606/98**. Santa Fe de Bogotá: Corte Constitucional, 1998b.

contratação e capacitação de pessoal, dentre outras. Para a execução das medidas, foi concedido pela Corte o prazo geral de 4(quatro) anos. Na *Sentencia* T- 606/98, o Tribunal determinou que se iniciasse, no prazo de 48 horas, os trâmites administrativos para a implantação de um sistema de seguridade social em saúde para todos os detentos, que abarcasse a totalidade dos centros de reclusão do país¹⁸⁸.

As decisões da Corte demarcaram o ponto de partida para o estabelecimento de um diálogo institucional entre todas as entidades vinculadas à solução do problema. Por isso, houve a comunicação aos órgãos relevantes sobre o teor das decisões, a fim de que tomassem conhecimento da existência do “Estado de Coisas Inconstitucional” em matéria penitenciária, e se conclamou que referidos órgãos tomassem todas as providências necessárias para pôr fim à situação inconstitucional.

Entretanto, as decisões da Corte não conseguiram atingir os fins esperados. Isso porque, conforme afirmado por Campos,

[...] sem prescrever detalhes, a Corte deixou aos poderes políticos e aos órgãos administrativos a tarefa de dar conteúdo às políticas públicas necessárias. Não obstante a qualidade das ordens determinadas, na prática, a decisão não se revelou útil para remediar o problema do sistema carcerário.¹⁸⁹

Campos sustenta ainda que o erro do Tribunal no enfrentamento do “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema penitenciário colombiano,

foi proferir ordens estruturais sem estabelecer procedimentos adequados de monitoramento durante a fase de implementação. As ordens foram flexíveis, possibilitando que os outros poderes manifestassem suas capacidades institucionais, mas faltou uma “jurisdição supervisória” sobre essa efetiva manifestação. A Corte pecou em acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente as medidas ordenadas¹⁹⁰.

Dessa forma, ainda que simbólicas as decisões da Corte Constitucional Colombiana em relação ao sistema penitenciário, a efetivação das medidas foi aquém do esperado, não se constatando melhoras efetivas e nem afastando a inconstitucionalidade do sistema. O caso se tornou um verdadeiro fracasso.

¹⁸⁸ O inteiro teor das *Sentencias* T-153/98 e T-606/98 podem ser encontradas no sítio da Corte Constitucional Colombiana, cujas referências estão mencionadas ao final do trabalho.

¹⁸⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 139.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 141.

Com a evolução da jurisprudência da Corte Constitucional e, partindo das experiências anteriores, especialmente das falhas constadas nos casos anteriores, no ano de 2004 deu-se início a uma nova fase em relação à atuação do Tribunal em relação ao “Estado de Coisas Inconstitucional”. Tal virada se deu com a prolação da decisão no mais emblemático e bem-sucedido caso em que a Corte reconheceu o “Estado de Coisas Inconstitucional” no país: o caso dos *desplazados* (deslocamentos forçados).

Um dos maiores problemas sociais e humanitários enfrentados na Colômbia deriva dos conflitos armados internos e ações violentas de grupos como as FARC, que obrigou milhões de pessoas a abandonarem suas casas, famílias e lugares de origem em busca de refúgio em outras localidades menos violentas dentro do país ou mesmo no exterior. O grave contexto de violação de direitos perdurou por muitas décadas no país, sendo ignorado pelos governantes, que não tomavam nenhum tipo de medida para solucionar o problema e nem mesmo se interessavam pelo destino e situação das pessoas que eram obrigadas a se fixar em locais precários em busca de sobrevivência. “Esta dramática situação gerou ondas de ações judiciais, permitindo aos juízes detectar as principais reivindicações não atendidas desta população.”¹⁹¹.

Nesse contexto, a Corte Constitucional Colombiana, no ano de 2004, proferiu a *Sentencia* T-025, na qual analisou pedidos de tutela formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados, a maioria composto por grupos vulneráveis, com mulheres como chefe de família, crianças e minorias étnicas¹⁹². A decisão proferida pela Corte neste caso foi a mais importante e ambiciosa de sua história, além de ser “[...] a mais completa do gênero por envolver o mais amplo espectro de motivos que conduziram à declaração do ECI, bem como o mais complexo conjunto de ordens dirigidos à superação desse estado.”¹⁹³. Para além disso, conforme ressaltado por Campos,

[...] a principal marca dessa sentença talvez não seja o seu conteúdo propriamente dito, e sim a forma como a Corte cuidou de sua implementação. Preocupada com a eficácia da decisão e tendo em conta as falhas passadas de efetividade, principalmente, no caso sistema carcerário, a Corte monitorou as providências adotadas pelo Governo: em dez anos (até abril de 2014), realizou vinte audiências públicas com a presença das autoridades envolvidas e dos setores interessados da sociedade civil, nas quais deliberou sobre a adequação, o andamento e o aperfeiçoamento das políticas públicas

¹⁹¹ Esa dramática situación ha generado oleadas de demandas de tutela, que les han permitido a los jueces detectar los principales reclamos desatendidos de esta población. OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Víctor (ed.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Bogotá: [s. n.], 2015. p. 91-116. (Colección Konrad Adenauer, 5). p. 88.

¹⁹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 150.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 158.

formuladas. Para além da justificação e formulação das ordens estruturais, a Corte preocupou-se com a “sentença em movimento”.¹⁹⁴

Como visto, o sucesso deste precedente ocorreu essencialmente por conta da retenção da jurisdição pela Corte. Houve o acompanhamento contínuo e prolongado da execução das medidas ordenadas, o que foi fundamental para que se garantisse que os demais órgãos tornassem concretas as providências voltadas à solução dos problemas. Ademais, a prolação de novas decisões pelo tribunal (chamadas de decisões de sequência) e correções de rota ao longo de todo o processo de implementação foram decisivas para o sucesso do caso.

Além do mais, foi nesse paradigmático caso que a Corte construiu o que se pode chamar de “Doutrina do ECI”, ou seja, a Corte definiu quais seriam os fatores determinantes para a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” em determinada matéria. Os seis fatores assentados pela Corte são os seguintes: a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, capaz de afetar um número significativo de pessoas;

- a) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos;
- b) a adoção de práticas inconstitucionais que exigem, por exemplo, a necessidade de sempre ter que se buscar a tutela judicial para a obtenção do direito;
- c) a não adoção de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos;
- d) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis;
- e) a possibilidade de um congestionamento do sistema judicial, caso ocorra uma procura
- f) massiva pela proteção jurídica por parte das pessoas afetadas.¹⁹⁵

O caso dos *desplazados*, não apenas pelo sucesso alcançado, mas também pelo nível de evolução e sistematização que atingiu, tornou-se, então, o “caso modelo” em matéria de “Estado de Coisas Inconstitucional”, não só no ordenamento jurídico colombiano, mas até mesmo em outros países, como o Brasil¹⁹⁶.

¹⁹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 159.

¹⁹⁵ *Sentencia* T-025/04. COLOMBIA. Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión). **Sentencia T-025/04**. Bogotá: Corte Constitucional, 2004.

¹⁹⁶ Conforme explanarei no próximo capítulo, esse modelo foi utilizado, com poucas variações, pelos Ministros do STF para a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, na ADPF nº 347.

Para finalizar, retornando ao sistema penitenciário colombiano, a Corte Constitucional voltou a enfrentar o tema mais recentemente, afirmando ainda estar vigente o “Estado de Coisas Inconstitucional” nessa área. No ano de 2013, a Corte proferiu a *Setencia* T-388/13, na qual identificou que um “[...] novo e diferente ECI havia entrado em vigor, marcado, principalmente, pela questão da superlotação carcerária.”¹⁹⁷. Ademais, outra decisão do tribunal, a *Sentencia* T-762/15, de 2015, diagnosticou que

[...] apesar das nuances que pudessem diferenciar as questões enfrentadas nas *Sentencias* T-153 e T-388, importava mesmo reconhecer que o quadro de violação massiva decorrente de falhas estruturais no sistema carcerário persistia e que, por isso, políticas públicas mais atentas a esses direitos deveriam ser formuladas.¹⁹⁸

Diferentemente do que ocorreu nas primeiras decisões sobre o sistema prisional, nestes dois casos mais recentes, a Corte colombiana determinou a criação de um grupo de monitoramento, a cargo da Defensoria do Povo, exigindo que se informasse periodicamente a evolução da execução, apontando eventuais dificuldades, a fim de que fossem corrigidos a tempo os erros verificados. Com isso, a Corte não repetiu os mesmos erros de antes, esperando que dessa vez as melhorias na situação das pessoas encarceradas fossem concretas e visíveis.

A situação do sistema carcerário colombiano em muito se aproxima do contexto existente no Brasil, daí tamanha importância de se abordar esse caso e seus desdobramentos. Ao tratar da ADPF nº 347 retomarei, no próximo capítulo, alguns pontos trabalhados nesta seção, apontando especialmente as semelhanças e pontos divergentes do caso brasileiro em comparação ao precedente colombiano.

3.3 Precedentes brasileiros: o caminho até a ADPF nº 347

Após a análise das mais relevantes reformas em sistemas penitenciários promovidos pelo Poder Judiciário no direito comparado, pretendo, nesta seção, fazer um apanhado das principais ações judiciais em que o tema da reforma prisional foi enfrentado pelos tribunais superiores brasileiros na década anterior à da propositura da ADPF 347, ocorrida no dia 27 de maio de 2015¹⁹⁹.

¹⁹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 139-140.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 140.

¹⁹⁹ Não desconheço que a judicialização do problema do sistema penitenciário advém longas décadas e, ainda, que não se restringe aos tribunais superiores. Entretanto, optei por este recorte em razão da necessidade de delimitar o tema da pesquisa, e para que não fique tão maçante para o leitor.

Nestas ações, o tema foi analisado algumas vezes de forma mais ampla e geral e outras de forma específica, isto é, relacionado a um Estado da federação ou a um estabelecimento prisional, ou de um grupo de pessoas em situação de encarceramento. Além disso, algumas são ações de natureza individual, que chegaram aos tribunais superiores pela via recursal (RE e RESP), e outras ajuizadas diretamente no STF, no espectro do controle de constitucionalidade. Quanto aos pedidos, são os mais variados, passando por pleitos indenizatórios, obrigações de fazer, nulidade de normas e atos jurídicos, dentre outros, conforme demonstrarei em seguida. Todos estes pedidos, entretanto, tem em comum o pano de fundo, qual seja, as falhas estruturais existentes nos estabelecimentos penais brasileiros, bem como a violação dos direitos fundamentais das pessoas em situação de encarceramento, sejam em razão das péssimas condições físicas dos presídios, insalubridade, superlotação, abusos policiais, torturas, falta de alimentação e produtos de higiene adequados, falta de tratamento médico aos presos. Enfim, ações judiciais que demonstram que há muito já se busca, pelas vias jurisdicionais, a melhorias das condições das prisões no Brasil²⁰⁰.

Algumas dessas ações foram citadas pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto na medida cautelar deferida na ADPF 347, sendo por ele listadas em razão da relação com o objeto da ADPF. Ademais, representam uma progressão de ações sobre o mesmo assunto, demonstrando as fragilidades e mazelas do sistema prisional e a necessidade de se lançar um olhar mais acurado e ampliado sobre o tema, o que acabou por culminar no ajuizamento da ADPF 347, que trata da matéria da forma mais abrangente possível, questionando o sistema prisional como um todo. Nas palavras do Ministro, “[...] o tema das condições inconstitucionais dos presídios brasileiros está na ordem do dia do Tribunal”²⁰¹.

Conquanto tais palavras tenham sido ditas ainda no ano de 2015, ainda hoje, mais de seis anos depois, certo é que o tema permanece sob o olhar dos tribunais brasileiros, sendo incontáveis as ações judiciais que têm como objeto algum aspecto relacionado aos problemas nas prisões brasileiras.

²⁰⁰ Saliento, porém, que não pretendo tratar aqui de todas as ações julgadas pelos tribunais superiores, cujo objeto perpassa o tema do sistema prisional brasileiro, o que seria inviável e até mesmo contraproducente para os fins desta pesquisa.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas De Custódia [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 09 de setembro de 2015. Brasília: STF, 2015c.

Dentre os processos mencionados pelo Ministro Marco Aurélio, relator originário da ADPF 347, têm destaque, primeiramente o Recurso Extraordinário nº 580.252/MS²⁰², que aportou no STF no dia 05 de março de 2008, e a ADI nº 5.170/DF²⁰³, protocolada no dia 20 de outubro de 2014, Ambas as ações versam sobre a obrigação do Estado de indenizar, por meio de prestação pecuniária decorrente de responsabilidade civil objetiva, os presos que sofrerem danos morais em razão das condições degradantes e sub-humanas a que são submetidos nos presídios brasileiros.

No primeiro caso (RE 580.252/MS), a ação foi movida por um detento que cumpria pena de 20 anos de reclusão no estabelecimento prisional situado no município de Corumbá/MS. Foi pleiteada indenização por dano moral contra o Estado do Mato Grosso do Sul, sob o argumento do autor de que, em suma, era submetido recorrentemente a tratamento desumano e degradante no interior do cárcere, que lhe causou anormal sofrimento configurador de dano moral indenização. Asseverou que houve ofensa aos artigos 5º, III, X, XLIX; e art. 37§6º, da Constituição, e também ao art. 5º do Pacto de São José da Costa Rica e ponderou acerca do dever do Estado de atender minimamente as condições carcerárias previstas na lei, sob pena de responsabilidade objetiva. O STF reconheceu a repercussão geral da matéria no ano de 2011, submetendo o processo a julgamento pelo plenário da Corte²⁰⁴.

A ADI 5.170/DF foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e tem como pedido que seja dada interpretação conforme à Constituição aos artigos 43, 186 e 927 do Código Civil, para que seja declarada a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados às pessoas presas submetidas a condições sub-humanas, insalubres,

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 580.252/MS**. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 16 de fevereiro de 2017. Brasília: STF, 2017d.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.170/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 20 de outubro de 2014. Brasília: STF, 2014.

²⁰⁴ O RE 580.252/MS teve o julgamento encerrado em 16 de fevereiro de 2017, ou seja, após o deferimento da medida cautelar na ADPF 347, tendo o STF reconhecido a responsabilidade civil do Estado e o dever de ressarcir os danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos prestados. Em linhas gerais, restou assentado no acórdão do referido RE, que o Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, sendo seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, devendo ressarcir os danos que daí decorrem, uma vez que as violações a direitos fundamentais que causam danos pessoais a pessoas em situação de encarceramento não podem ser simplesmente relevadas. *Idem*, 2017d.

degradantes ou de superlotação carcerária. A Ministra Rosa Weber, relatora do caso, submeteu o processo ao rito do artigo 12 da Lei 9.868/99²⁰⁵, e segue pendente de julgamento.

Além dessas ações, soblevam-se ainda os Recursos Extraordinários nº 641.320/RS²⁰⁶ e nº 592.581/RS²⁰⁷. Essas duas ações são provenientes do Estado do Rio Grande do Sul, onde se encontra um dos estabelecimentos penitenciários brasileiros com maiores problemas de infraestrutura e massivas violações dos direitos dos presos. Trata-se do presídio Central de Porto Alegre, que já foi alvo inclusive de representação na Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁰⁸.

O RE 592. 581/RS foi protocolado no STF dia 25 de agosto de 2008 e questiona a possibilidade do Poder Judiciário obrigar a União e os Estados a realizarem obras em estabelecimentos prisionais para garantir a integridade física dos detentos, independentemente de dotação orçamentária. A ação foi julgada no dia 13 de agosto de 2015 e, com repercussão geral, restou consignada a viabilidade do Judiciário impor à Administração Pública obrigação de promover medidas e obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, uma vez constatada a violação da dignidade da pessoa humana e inobservância do mínimo existencial dos presos²⁰⁹.

²⁰⁵ Lei 9868/99. Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação. BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 nov. 1999a.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 641.320/RS**. Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016. Brasília: STF, 2016b.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**. Repercussão geral. Recurso do MPE contra acórdão do TJRS. Reforma de sentença que determinava a execução de obras na casa do albergado de Uruguaiana. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes e desbordamento dos limites da reserva do possível. Inocorrência. Decisão que considerou direitos constitucionais ementa: repercussão geral. Recurso do MPE contra acórdão do TJRS. Reforma de sentença que determinava a execução de obras na casa do albergado de Uruguaiana. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes e desbordamento dos limites da reserva do possível. Inocorrência. Decisão que considerou direitos constitucionais de presos meras normas programáticas. Inadmissibilidade. Preceitos que têm eficácia plena e aplicabilidade imediata. [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Brasília: STF, 2015d.

²⁰⁸ Na mencionada representação, a Comissão Interamericana, no ano de 2014, solicitou a adoção de uma série de medidas visando garantir a vida e a integridade pessoal dos detentos, dentre elas assegurar as condições de higiene e tratamento médico adequado dos presos, medidas visando recuperar o controle de segurança e reduzir a superlotação no Presídio Central de Porto Alegre. OEA RECONHECE condições precárias de presídio gaúcho. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 03 jan. 2014.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**. Constitucional. Integridade física e moral dos presos. Determinação ao poder executivo de realização de obras em presídio. Limites de atuação do poder judiciário. Relevância jurídica, econômica e social da questão constitucional. Existência de repercussão geral. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 22 de outubro de 2009. Brasília: STF, 2009.

Por sua vez, o RE 641.320/RS, distribuído no STF em 13 de maio de 2011, trata sobre a possibilidade do condenado cumprir a pena em regime mais brando na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Ainda no ano de 2011 foi reconhecida a repercussão geral da matéria. No decorrer do trâmite desse processo, foi realizada audiência pública para a discussão da matéria, devido à sua relevância para a garantia dos direitos das pessoas encarceradas²¹⁰.

Além destas ações judiciais enfrentadas pelo STF, que demonstram a amplitude, complexidade e dificuldade do tema, trago ainda um caso que aportou no Superior Tribunal de Justiça – STJ, cujo objeto demonstra da forma mais nítida possível a profundidade e dimensão do problema experimentado pelo sistema carcerário brasileiro. Trata-se do REsp. 1.537.530/SP²¹¹, recebido no STJ no dia 28 de novembro de 2014. Este recurso tem origem em ação civil pública manejada pela Defensoria Pública de São Paulo contra o Estado de São Paulo, no qual se requer que o Estado seja obrigado a disponibilizar, em suas unidades prisionais, equipamento para banho dos presos em temperatura adequada, ou seja, “banho quente”. Neste processo, a Defensoria Pública, demonstrou que, à época do ajuizamento da ação, apenas 5 dos 99 estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo dispunham de instalações adequadas de aquecimento de água para presos, sendo que, nas demais, somente uma parcela dos detentos (os que faziam limpeza) podiam usufruir do banho quente. Para embasar seu pedido, a Defensoria Pública apresentou estudos que demonstravam que o banho frio pode gerar ou agravar doenças, como tuberculose, especialmente nas estações mais frias do ano, configurando-se em tratamento cruel e degradante às pessoas presas²¹².

²¹⁰ O julgamento do RE 641.320/RS foi iniciado no final de 2015 e encerrado no mês de maio de 2016, sendo reconhecido pelo Tribunal, em linhas gerais, que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso e que os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 641.320/RS**. Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016. Brasília: STF, 2016b. Importante destacar que este julgado deu origem à súmula vinculante nº 56/STF, publicada no mês de agosto de 2016.

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 1.537.530/SP**. Processual civil. Ação civil pública. Garantia de banho aquecido aos presos. Direitos humanos fundamentais. Arts. 12 e 39, IX, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). Tutela provisória de urgência. Art. 273, I, do Código de Processo Civil de 1973 (art. 300 do Código de Processo Civil de 2015). Tutela da Evidência (art. 311 do Código de Processo Civil de 2015). [...]. Relator: Min. Herman Benjamin, 27 de abril de 2017. Brasília: STJ, 2017a.

²¹² O processo foi julgado definitivamente em 27 de abril de 2017, sendo o Estado de São Paulo condenado a disponibilizar, no prazo máximo de seis meses, banhos aquecidos em todas as unidades penitenciárias do estado. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Estado de São Paulo deverá fornecer banho quente a presidiários**. Brasília: STJ, 2017b.

O objeto deste Recurso Especial é emblemático para demonstrar que as cadeias brasileiras não possuem o mínimo necessário para que o preso cumpra sua pena com dignidade. Não há sequer um “banho quente”. E isso não é exclusividade do Estado de São Paulo, comum em todo o país. A inicial da ADPF 347, que será analisada de forma mais detida no próximo capítulo, elenca os inúmeros problemas no interior do sistema, narrando exemplos chocantes de violações de direitos nos mais diversos aspectos, seja saúde, educação, trabalho, direitos LGBTQIA+ que ocorrem em todo país. A violação de direitos a regra, e se tratam de casos isolados e pontuais. O problema é estrutural, isto é, afeta o sistema como um todo, em maior ou menor grau a depender da região.

O enfrentamento isolado, por meio de ações judiciais casuísticas, pode servir para sanar problemas aqui e ali, especialmente os mais graves e urgentes, mas não vai na raiz da questão e não serve para gerar uma melhora geral do sistema, que está todo corrompido. O máximo que se espera dessas ações esparsas que chegam aos tribunais superiores vindas de todos os cantos do país, é melhorias pontuais em relação ao objeto específico ali discutido, ainda que ampliado para além do indivíduo autor do processo, em razão das técnicas processuais adotadas pelas Cortes, como a extensão dos efeitos de suas decisões *erga omnes*. Mas, o cerne do problema permanece, e o quadro piora a cada ano, especialmente com o aumento da superlotação e a falta de investimentos e interesse político na área relacionada às prisões.

Entretanto, tais ações sempre têm o efeito simbólico de lançar luzes aos Ministros das Cortes, para que estes consigam visualizar o que acontece no “chão da fábrica”, longe de seus olhares e de seus territórios. Graças a essas emblemáticas ações judiciais, além de tantas outras defrontadas pelos Tribunais sobre o tema das prisões, este tornou-se, nas palavras do Ministro Marco Aurélio, “a ordem do dia no Tribunal”.

Faltava, porém, uma ação judicial que enfrentasse o problema de uma forma mais ampla e geral, na qual o Poder Judiciário pudesse analisar o tema de uma maneira global, discutindo os problemas e as possíveis soluções, atuando de forma a promover uma reforma geral no sistema, retirando-o da situação de desconformidade e de violação de direitos em que se encontra. Em outras, palavras, faltava a existência de um processo estrutural sobre o tema²¹³.

²¹³ O tema já foi enfrentado de uma forma bastante ampla pelo Poder Legislativo, por meio de duas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) que tramitaram no Congresso Nacional nos anos de 2009 e 2015. Os relatórios dessas comissões apontaram as mais diversas violações de direitos e mazelas enfrentadas pelo sistema prisional brasileiro, sendo apresentadas diversas propostas para equacionamento do problema, as quais ainda não foram tornadas realidade, permanecendo, até então, apenas no papel. O Poder Judiciário, entretanto, não havido sido provocado por uma ação ampla e geral que tratasse da necessidade de reestruturação de todo sistema.

Tal hiato foi finalmente suprido em 2015, com a propositura da ADPF nº 347 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), cuja petição inicial foi subscrita pelo professor e advogado Daniel Sarmiento, e embasada em estudo realizado pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Esta ação constitucional é, sem dúvida, a mais ousada em relação ao enfrentamento do tema. É, ainda hoje, a mais importante e simbólica ação judicial sobre o tema das prisões ajuizadas no país. O processo trouxe inovação não somente em relação à provocação da Corte à discussão da matéria sob um enfoque geral e aprofundado, mas trouxe teorias até então inéditas nos tribunais brasileiros, como é o caso do “Estado de Coisas Inconstitucional”. Além de instrumental, no sentido de buscar propor soluções concretas para a reforma do sistema prisional, a ADPF é, acima de tudo, simbólica, por levar ao conhecimento, não só do Poder Judiciário, mas de toda a sociedade, os graves problemas enfrentados no país em relação às pessoas presas, gerando a possibilidade de novos debates e maiores estudos sobre o tema. Uma vez provocado o Poder Judiciário, se faz obrigatório o enfrentamento do tema, pois não é possível ao juiz se eximir de julgar uma causa que lhe é atribuída.

No próximo capítulo tratarei de forma mais aprofundada sobre a ADPF nº 347, destacando seu objeto e pedidos, bem como sua natureza, peculiaridades e relação com o processo estrutural.

4 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF Nº 347

*“As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos[...]”*²¹⁴

Neste capítulo será trabalhada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347, ação de natureza constitucional, em trâmite no STF desde o ano de 2015, que tem como objeto a necessidade de reforma do sistema prisional brasileiro²¹⁵, em razão de suas mazelas e da inércia dos Poderes Públicos.

Além de trazer os contornos da ação, de forma mais verticalizada, destacando os pedidos formulados pelos autores e os dados mais relevantes referentes aos votos dos ministros do Supremo na medida cautelar deferida em 2015, bem como a situação atual em que se encontra o processo, pretendo analisar a relação entre o “Estado de Coisas Inconstitucional” os problemas estruturais, bem como se esta ação tem a natureza estrutural. Questiono, ainda, se o STF seria o órgão jurisdicional mais adequado à resolução de problemas estruturais e, mais, se os ministros estariam dispostos a assumir o ônus de encabeçar a reestruturação de todo o sistema penitenciário brasileiro.

4.1 A ADPF nº 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema prisional brasileiro.

No dia 09 de setembro de 2015²¹⁶, no julgamento da medida cautelar em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 – o Supremo Tribunal reconheceu, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, um “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro, provocado por violações generalizadas de direitos fundamentais e continuada inércia estatal.

²¹⁴ Trecho da petição inicial da ADPF nº 347. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 28 de maio de 2015. Brasília: STF, 2015b.

²¹⁵ Em relação à questão terminológica utilizada pela parte autora e pelos ministros do STF na ADPF, observei que foram empregadas indistintamente as expressões “sistema prisional”, “sistema carcerário” e “sistema penitenciário”. Não obstante possa existir diferenças técnicas entre as expressões, optei por utilizá-las como equivalentes, seguindo a linha adotada na ação judicial, por entender que todas elas se referem ao mesmo fenômeno jurídico, qual seja, o sistema destinado ao cumprimento de medidas privativas de liberdade decorrentes de aplicação de sanção penal.

²¹⁶ Data que encerrou o julgamento da medida cautelar.

Como já discorrido no capítulo anterior, o “Estado de Coisas Inconstitucional” é uma técnica decisória que teve seu desenvolvimento embrionário na Corte Constitucional da Colômbia²¹⁷, e se volta para “[...] o enfrentamento de violações graves de sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais.”²¹⁸.

Na petição inicial da ADPF 347, ajuizada no dia 27 de maio de 2015, a parte autora (Partido Socialismo e Liberdade) enumerou múltiplos e variados problemas estruturais do sistema prisional brasileiro, sustentando ainda que, em nenhum outro setor público existe uma diferença tão absurda entre o que consta na Constituição Federal e nas leis de regência e o que se vê na realidade do país²¹⁹. Argumentou ainda que as unidades prisionais brasileiras representam a maior violação de direitos humanos da história do Brasil desde o fim da escravidão, e que há flagrante e grave violação dos direitos fundamentais mais básicos das pessoas em situação de encarceramento.

Na representação apresentada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos, que instruiu a petição inicial da ação constitucional, consignou-se que

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.²²⁰

²¹⁷ Na Colômbia, como visto, o “Estado de Coisas Inconstitucional” é tratado como uma técnica processual. No Brasil, tanto o STF quanto a doutrina não utilizam a palavra ‘técnica’, sendo utilizado ‘termo’ ou ‘instituto’ para se referirem ao “Estado de Coisas Inconstitucional”. Neste trabalho, optei por utilizar todas essas palavras como equivalentes, ora me referindo como instituto, ora como termo, sem distinção de significado.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas De Custódia [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 09 de setembro de 2015. Brasília: STF, 2015c.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 28 de maio de 2015. Brasília: STF, 2015b.

Salientou-se, ademais, que o sistema funciona de forma altamente seletiva e que é de conhecimento geral que, embora faltem dados e estatísticas concretas sobre a classe social dos detentos, prendem-se no Brasil quase que exclusivamente as pessoas pobres. Dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) relativos ao ano de 2013 acerca no nível educacional das pessoas em situação de encarceramento apontavam que somente 0,47 % dos presos tinham curso superior completo, 5,1% eram analfabetos, 12,1% eram apenas alfabetizados e 44% possuíam somente o ensino fundamental incompleto²²¹.

A inicial trouxe diversos exemplos de atrocidades que acontecem pelos presídios no Brasil, especialmente no tocante à superlotação e condições degradantes do sistema prisional, citando, só para ilustrar, situações de insalubridade das celas, com proliferação de doenças infectocontagiosas, comida ruim e estragada, falta de água potável e produtos básicos de higiene, reiteradas práticas de crimes no interior dos cárceres, como homicídios, torturas, espancamento e violência sexual, além da dominação por facções e organizações criminosas e da falta de assistência médica, jurídica, educacional e a condições laborais dignas²²².

Sinalizou-se ainda na petição inicial, que parte destes problemas advém do contingenciamento sistemático dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) pelo Poder Executivo, sendo que tais recursos deveriam ser destinados para a melhoria do sistema carcerário, de modo a reduzir o grave quadro de desconformidade enfrentado.

Foi feito pedido de medida cautelar, justificada pela verossimilhança das alegações abordadas na petição inicial e pela urgência na adoção de medidas voltadas à modificação da grave situação de violações de direitos das pessoas presas. As medidas cautelares requeridas eram quase todas voltadas ao próprio Poder Judiciário. Foi requerido que os juízes passassem a realizar audiências de custódia, no prazo de 90 dias, bem como outras medidas direcionadas aos juízes criminais e de execução penal, por exemplo, para que os magistrados sejam cautelosos na análise de processos que tenham como objeto a decretação de prisão provisória e incidentes na execução penal, devendo ser levadas em conta, ao decidir, questões referentes à

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 28 de maio de 2015. Brasília: STF, 2015b.

²²² A petição inicial expõe variadas situações concretas e episódios impactantes e revoltantes ocorridos em diversos presídios pelo Brasil. O sistema prisional brasileiro, sem sombra de dúvida, configura um aparelho necropolítico do Estado Brasileiro em relação a essa parcela da população vulnerável, invisível e “descartável”. Sobre esse aspecto, já tive a oportunidade de escrever, em coautoria com André de Abreu Costa, um capítulo do livro “Escritos Penais II”, no qual trabalhamos esta relação entre Necropolítica e o “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro. COSTA, André de Abreu; LANZA, Karina Ferreira, Necropolítica: o “Estado de Coisas Inconstitucional” e a gestão da morte nos sistemas carcerários brasileiros. In: COSTA, André de Abreu (org.). **Escritos de Ciências Penais**. Belo Horizonte, Conhecimento, 2021. 2 v. p. 119-148.

superlotação e falta de estrutura nas prisões. Em relação ao Poder Executivo, requereu-se que fosse imposto à União o descontingenciamento das verbas existentes no FUNPEN, bem como a proibição de realização de novos contingenciamentos.²²³

Ademais, no mérito, foram feitos diversos pedidos objetivando o equacionamento do problema das prisões brasileiras, passando pela elaboração de um “Plano Nacional” pelo Governo Federal visando à superação do “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro no prazo de 3 anos, e todos os desdobramentos desse plano²²⁴.

Na primeira seção de julgamento, designada pelo STF para a análise da medida cautelar, o Advogado-geral da União à época afirmou que a impossibilidade da execução dos projetos de melhoria do sistema não seria decorrente do contingenciamento de verbas, mas devido à ausência de projetos visando à melhoria das unidades prisionais, projetos esses que seriam de responsabilidade dos estados. Declarou também que seria necessário um diálogo entre os três Poderes para que houvesse a possibilidade de uma melhora efetiva do atual quadro do sistema penitenciário brasileiro.

Na mesma ocasião, o Ministério Público da União, por meio de sua então vice-procuradora-geral da República, Ela Wiecko, pontuou que a ausência de projetos visando a melhoria das unidades prisionais seria o verdadeiro entrave à melhora do sistema, aliada a não observância das regras editadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária.

Daniel Sarmiento, na qualidade de subscritor da ação e representando o partido político autor da ADPF, promoveu sustentação oral e retomou tudo o que já havia sido afirmado na petição inicial, reforçando que

Não há dúvida que aqui nós temos a violação aos mais fundamentais preceitos da nossa Constituição. Não há dúvida, por outro lado, que essa situação dramática, que é de fazer corar, que é vergonha nacional, mas que também é de fazer chorar, que essa situação dramática se deve a atos dos poderes públicos: da União quando contingencia as verbas do Funpen; dos estados quando não constroem as vagas indispensáveis para minorar esse cenário dramático, ou quando não propiciam acesso à saúde, à educação; do poder judiciário quando adota interpretações equivocadas, negando, por exemplo, a aplicabilidade imediata a tratados internacionais de Direitos Humanos.²²⁵

²²³ Decidi por não elencar uma a uma as medidas cautelares requeridas pela parte autora, para não tornar cansativa a leitura e tendo em vista ser dispensável, a meu ver, para a análise do objeto de pesquisa. Porém os pedidos finais na ação serão analisados com mais detalhamento no momento oportuno, por sua importância e contribuição direta para os resultados esperados deste trabalho.

²²⁴ Em relação aos pedidos definitivos, tratarei com maior detalhamento mais adiante, neste capítulo.

²²⁵ O inteiro teor da sustentação oral do Daniel Sarmiento pode ser acessada em GRILLO, Brenno. Veja sustentação oral de Daniel Sarmiento sobre sistema carcerário no Supremo. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 15 set. 2015.

Ante todos estes argumentos, o STF reconheceu, em sede de medida cautelar, que no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à sua dignidade. Segundo o ministro Marco Aurélio, que era o relator da ação até o mês de julho de 2021²²⁶, “[...] o quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”²²⁷. O ministro declarou ainda que, além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira fere igualmente normas reconhecedoras dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal.

Para o reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” o ministro considerou a existência de três pressupostos, quais sejam: 1- situação de violação generalizada de direitos fundamentais; 2 - inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; 3 - a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades²²⁸.

O ministro adotou para essa classificação, a tese apresentada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, autor brasileiro, que foi uma das pessoas que primeiro escreveu sobre o “Estado de Coisas Inconstitucional” no Brasil, em tese de doutorado publicada em primeira edição ano de 2016, obra dedicada inteiramente ao estudo deste instituto²²⁹.

Campos, ao importar a doutrina colombiana para o Brasil, resumiu as premissas adotadas pela Corte Colombiana em quatro pressupostos fáticos que reputou imprescindíveis para a declaração de um estado de inconstitucionalidade envolvendo direitos fundamentais e sociais²³⁰. Os pressupostos apresentados pelo autor são: 1- constatação de um quadro de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais indiscriminados, afetando um grande grupo indeterminável de pessoas; 2- omissão reiterada e prolongada e a falta de coordenação das autoridades públicas, atribuível a mais de um ente, que gera e agrava as violações massivas

²²⁶ No dia 12 de julho de 2021 o Ministro Marco Aurélio se aposentou do STF e ainda não foi designado um novo ministro relator para a ADPF 347.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas De Custódia [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 09 de setembro de 2015. Brasília: STF, 2015c.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

²³⁰ De acordo com o autor, “(...) a fim de tornar mais clara e objetiva a tarefa de identificação e afirmação do ECI, penso ser melhor falar-se na presença de quatro pressupostos em vez dos seis elencados na Sentença T-25 de 2004. Não se trata de ignorar dois dos fatores apontados pela Corte, e sim diluí-los, para melhor compreensão do fenômeno.” *Ibidem*, p. 179.

de direitos fundamentais (a chamada “falha estrutural”); 3- necessidade de mudanças estruturais e expedição de remédios e ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos, visando a superação desta violação de direitos; 4- necessidade de evitar o congestionamento da Corte em razão da potencialidade de ajuizamento de um número elevado de demandas judiciais individuais semelhantes em razão da violação massiva de direitos, passando o Poder Judiciário a receber uma verdadeira “enxurrada” de processos sobre a mesma matéria²³¹.

Além do mais, o voto do ministro relator evidenciou que o uso desse instituto no caso da ADPF 347 se justificou notadamente pela presença de dois “bloqueios institucionais” em relação a situação prisional no Brasil, consistentes na sub-representação parlamentar dos presos, uma vez que estes não podem votar ou serem votados, e, ainda, na impopularidade dos indivíduos submetidos ao cárcere, salientando que não há no país vontade política de priorizar os gastos públicos nessa área, que se constitui de uma minoria socialmente esquecida e desprezada²³².

Em relação ao FUNPEN, o ministro Marco Aurélio destacou que a União contingenciava sistematicamente os recursos, de maneira que estava não só impedindo a elaboração de novas políticas públicas, como também inviabilizando a promoção de projetos já existentes, fato este que contribuiu sobremaneira para o agravamento das mazelas do sistema. Além do mais, ressaltou que as constantes afrontas aos direitos fundamentais das pessoas presas colaboravam ainda mais para o aumento da violência tanto dentro como fora dos presídios.

Enfim, neste julgamento restou claro que o atual quadro das unidades penitenciárias brasileiras, além de não terem a menor condição de proporcionar a ressocialização das pessoas encarceradas, estimulam ainda mais a criminalidade, de forma que os presídios atualmente são verdadeiras escolas do crime.

Não há políticas públicas eficientes na área, não há projetos efetivos de melhoria, não há interesse político na reforma estrutural do sistema prisional, não há interesse nas vidas que ali habitam. Ao contrário, o que se vê são as constantes e recorrentes políticas de

²³¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. Neste ponto, é necessário esclarecer que, embora Campos apresente em sua tese quatro pressupostos para a configuração do ECI, em artigos publicados anteriormente sobre o tema, o autor fazia referência somente a três requisitos, tendo incluído o quarto requisito somente no trabalho final de doutorado. Assim, boa parte da doutrina brasileira trabalha somente com os três primeiros pressupostos. No caso da ADPF nº 347, o ministro Marco Aurélio utilizou como referência bibliográfica um texto publicado por Campos na revista eletrônica “Jota” (jota.info), no dia 04 de maio de 2015, denominado “Estado de Coisas Inconstitucional: uma alternativa para a atuação do STF ante situações de violação massiva de direitos”, no qual o autor listou somente os três primeiros pressupostos. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Uma alternativa para a atuação do STF ante situações de violação massiva e contínua de direitos. **Jota**, [S. l.], 04 maio 2015.

²³² Voltarei a este ponto mais adiante, na próxima seção deste capítulo.

superencarceramento, de viés extremamente populista, que geram votos e elegem candidatos, além de servir para “popularizar” a imagem do Poder Judiciário.

Ao final das discussões entre os ministros do STF, chegou-se ao consenso de que somente seriam concedidas, em sede de medida cautelar, dois dos requerimentos formulados na petição inicial, qual sejam, a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e a determinação para que os juízes e tribunais realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão. Além disso, de ofício, acatando proposta do ministro Roberto Barroso, o tribunal determinou que a União e os Estados encaminhassem informações sobre a situação prisional local, visando a instrução processual.

Os votos demais ministros da Corte, de uma forma geral, foram no mesmo sentido do voto do então ministro relator e as divergências entre eles em relação à concessão das medidas cautelares tiveram muito mais justificativas de natureza processual e consequencialistas²³³ do que relacionadas ao pano de fundo da ação. Isto é, todos os ministros reconheceram a grave situação enfrentada pelo sistema penitenciário brasileiro, a complexidade do problema, a inércia generalizada dos Poderes em relação a adoção de medidas visando modificar o quadro existente, inclusive do Poder Judiciário, e a necessidade que seja promovida a completa reestruturação do sistema, a partir de medidas coordenadas e sistematizadas entre três os Poderes, seja da esfera federal, seja da estadual.

Destaco trecho da decisão da ministra Carmem Lúcia, em que fica clara a preocupação desta e dos demais ministros não só com a situação das prisões brasileiras, mas também com o papel do Supremo Tribunal para a equalização do problema:

Então, acho que é preciso realmente que a gente repense esse modelo e a forma de se cumprir a Constituição. E nessa arguição de descumprimento de preceitos fundamentais, claro, nós estamos julgando o que é pedido para tentar superar de imediato uma situação de urgência. Isso, a meu ver, precisa ser devidamente repensado para que a gente tenha uma grande transformação e dê cumprimento à lei. E há modelos novos para se dar cumprimento à lei, não faltam leis.

(...)

Por tudo, Presidente, essa arguição de preceito fundamental cumpre - como diz o Ministro Fux - um papel fundamentalíssimo que compete ao Supremo discutir. O Ministro Gilmar Mendes tem repetido, algumas dezenas de vezes, que este é um problema nosso, porque o Judiciário manda prender, o Judiciário manda soltar, o Judiciário tem a obrigação de fiscalizar, e o Judiciário é o responsável, representa o Estado que tem essa pessoa sob a sua guarda. Portanto, é preciso haver uma grande transformação. Não sei como isso se faz, sei apenas que não há milagre a ser feito

²³³ Os argumentos utilizados pelos ministros para denegar as outras medidas cautelares pleiteadas na inicial se relacionaram, em geral, ao receio de que a decisão ocasionasse uma “explosão” de reclamações constitucionais no STF, em razão do descumprimento das medidas por parte dos tribunais e juízes de piso.

nessa área - e eu não faço milagre, faço Direito.²³⁴

Enfim, a decisão do Supremo Tribunal não deixou dúvida quanto à existência de uma grave situação de violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro, configurando um estado de inconstitucionalidade por desrespeito a diversas normas e princípios constitucionais²³⁵ e, especialmente, o postulado da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, III, da Constituição de 1988, como fundamento da República.

Por fim, a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo STF legitima o tribunal, em tese, para a execução de uma tutela jurisdicional de caráter excepcional, na qual o Poder Judiciário passa a interferir na atuação dos demais Poderes, que se encontram inertes, coordenando e supervisionando medidas concretas necessárias para a superação desse estado de inconstitucionalidade, podendo até mesmo intervir na implementação e reformulação de políticas públicas e alocação de recursos orçamentários dos demais Poderes.

Cabe, pois, ao STF, mediante o diálogo com os Poderes Legislativo e Executivo, e com a sociedade, “[...] formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e concretizadas pelos demais Poderes, cabendo-lhe reter a jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos.”²³⁶ Em síntese, o tribunal teria o papel de desobstruir os “bloqueios políticos e institucionais” que impedem o bom funcionamento da estrutura estatal, de modo a buscar um “estado ideal de coisas” no sistema prisional brasileiro.

4.2 O “Estado de Coisas Inconstitucional” como diagnóstico de problema estrutural.

Tendo em vista que o objeto deste estudo tem como premissa a análise da ADPF sob as lentes do processo de natureza estrutural, é imperioso traçar a correlação entre o “Estado de Coisas Inconstitucional” e os problemas estruturais.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas De Custódia [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 09 de setembro de 2015. Brasília: STF, 2015c.

²³⁵ Os direitos apontados como ofendidos e que consubstanciam preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, assistência judiciária e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

²³⁶ MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM**, [Santa Maria], v. 14, n. 3, e32760, 2019a. p. 9.

As características dos dois institutos, já delineadas neste trabalho, permitem afirmar a existência de muitas semelhanças entre eles, sendo ambos tratados por boa parte da doutrina até mesmo como termos equivalentes ou sinônimos.

Apenas a título de recordação do que já foi tratado com mais detalhes no segundo capítulo, cabe lembrar que o que configura um problema estrutural é o estado de desconformidade ou ilegalidade permanente e contínuo ocasionado pela conduta de determinada organização ou instituição, pública ou privada. Suas principais características são a violação de direitos em larga escala (complexidade), a multipolaridade e prospectividade (ou a busca pelo “estado ideal de coisas”).

Por sua vez, o que configura o ECI, de acordo com a doutrina importada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos²³⁷ para o Brasil e adotada pelo STF na ADPF nº 347, é a união de três pressupostos, consistentes, em síntese, na situação de violação generalizada de direitos fundamentais, na inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação, e na exigência da atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades, para a superação das transgressões constatadas.

As semelhanças entre as características de ambos os institutos não deixam dúvidas acerca da proximidade entre eles. É indiscutível que a ADPF veicula uma demanda complexa, multipolar e que postula um “estado ideal de coisas”. Porém, apesar dessas notórias semelhanças, é possível afirmar que são termos equivalentes? Ou melhor, pode-se afirmar que são diferentes formas de se falar de uma mesma coisa?

Eduardo Sousa Dantas, em obra denominada “*Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*”, traçou a relação entre os dois institutos e afirmou que “[...] na Colômbia, as demandas estruturais envolvendo a violação de direitos fundamentais foram incorporadas pela jurisprudência da Corte Constitucional a partir da figura de estado de coisas inconstitucional”²³⁸. Entendeu o autor, porém, que, embora o “estado de coisas inconstitucional” seja a forma como os processos estruturais foram recepcionados no ordenamento jurídico colombiano, a Corte Constitucional estabeleceu requisitos mais rígidos

²³⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Uma alternativa para a atuação do STF ante situações de violação massiva e contínua de direitos. *Jota*, [S. l.], 04 maio 2015.

²³⁸ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 54.

para a admissão desse tipo de processo, especialmente se forem levados em conta as várias condições elencados no julgamento do caso do deslocamento forçado de pessoas²³⁹.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em sua tese, chegou a fazer a seguinte afirmação: “A declaração o ECI se apresenta como verdadeira “senha de acesso” às tutelas estruturais.”²⁴⁰. Ao comparar os dois institutos, o autor deixou evidenciado que, havendo uma situação de problema estrutural que se constitui em um estado de inconstitucionalidade, esta será resolvida por meio de tutelas estruturais. Nesse caso, restará caracterizado o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”. Para Campos, portanto, a tutela estrutural e o ECI são institutos equivalentes, que representam um mesmo fenômeno jurídico.

No que tange à ADFP nº 347, as afinidades entre os institutos foram trazidas já na petição inicial. No tópico 4 da peça inicial da ação, os autores abordam a necessidade de aplicação de remédios flexíveis e de diálogos institucionais para a resolução de problemas que envolvem a formulação e implementação de políticas públicas. Neste ponto, os autores trouxeram o posicionamento de CAMPOS, no sentido que os “litígios estruturais compõem a essência do estado de coisas inconstitucional”²⁴¹, para então justificar a aplicação de medidas mais flexíveis pelo STF para a solução do problema do sistema carcerário.

Citam ainda os autores da ADPF, como referência para justificar o cabimento e pertinência dos pedidos formulados na arguição, o emblemático caso da falta de vaga em creches no Município de São Paulo, no qual se formulou em âmbito judicial, uma série de medidas estruturais para ampliação das creches e solução do problema de carência de vagas²⁴².

²³⁹ Para Dantas, os requisitos mais rígidos exigidos pela Corte Colombiana para a admissão do processo estrutural são: 1) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; 2) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação de ações judiciais como parte do procedimento exigido para a garantia desses direitos; 3) 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; e 4) o congestionamento judicial caso todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema procurassem o Poder Judiciário para obter a tutela de seus direitos. *Ibidem*, p. 104. Estes requisitos, juntamente com os demais exigidos pela corte colombiana, foram discutidos no capítulo anterior desta pesquisa, quando abordei o “estado de coisas inconstitucional” na Colômbia. DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional**: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019. p. 104.

²⁴⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 194.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 28 de maio de 2015. Brasília: STF, 2015b.

²⁴² Com a utilização deste exemplo, os autores da ação buscaram relacionar o problema enfrentado no sistema carcerário brasileiro, como outro litígio em que se reconheceu a existência de um litígio de natureza estrutural, de modo a tentar equiparar os dois casos, visando construir os fundamentos para a que seja dada solução semelhante a que já foi adotada anteriormente pelo Poder Judiciário Brasileiro. No caso das creches, as medidas estruturais foram estabelecidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, Câmara Especial, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, julgado em 16/12/2013. O problema da falta de vagas nas creches de São Paulo foi trabalho de forma aprofundada por COSTA, Susana

Além do mais, no voto do ministro Marco Aurélio na medida cautelar da ADPF, este também parece tratar o “Estado de Coisas Inconstitucional” como sinônimo de problema estrutural. Ao tratar acerca da responsabilidade do Poder Público com a grave situação de violação de direitos fundamentais dos presos, com reflexos na insegurança da sociedade como um todo, o ministro destacou que o conjunto de soluções para a resolução do problema, para ser efetiva, deve abranger a “[...] atuação coordenada e mutuamente complementar do legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade”²⁴³. Nesse ponto, asseverou que

Trata-se do que a doutrina vem designando de “litígio estrutural”, no qual são necessárias outras políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas²⁴⁴.

Ademais, o ministro admitiu em seu voto que a responsabilidade pelo grave estágio atual do sistema carcerário se caracteriza como uma “falha estrutural”, ou seja, generalizada, sistêmica, não podendo ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário – em todas as esferas. Segundo ele

Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo²⁴⁵.

Esse arcabouço fático exibido pelo ministro deixa muito clara a semelhança entre o objeto da ADPF 347 e as demandas que geraram as *structural reforms* nos Estados Unidos, bem como com as situações que, no Brasil, são consideradas pela doutrina como verdadeiros problemas estruturais.

Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 38-68, May/Aug. 2016.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas De Custódia [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 09 de setembro de 2015. Brasília: STF, 2015c.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 11.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 26.

A similitude é notória, não há como negar. Não obstante, a meu ver, o “Estado de Coisas Inconstitucional” e problema estrutural não são termos equivalentes ou sinônimos, embora estejam intrinsecamente relacionados. O “Estado de Coisas Inconstitucional” é, no meu modo de pensar, um diagnóstico de problema estrutural. Dessa forma, toda situação de “estado de inconstitucionalidade” pode ser considerado um problema estrutural, mas nem todo problema estrutural configura um “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Essa conclusão pode ser extraída de duas premissas com que estes institutos são adotados em solo brasileiro, sendo uma delas referente à caracterização do problema estrutural, de origem doutrinária, e a outra relacionada aos contornos do próprio ECI, empregados na ADPF nº 347 pelo ministro Marco Aurélio.

Em primeiro lugar, é preciso destacar, na esteira do entendimento de Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira²⁴⁶, que no problema estrutural, o estado de desconformidade que configura esse tipo de demanda não decorre obrigatoriamente de um estado de ilicitude. Para esses autores, então, o problema estrutural “[...] não necessariamente se assenta na noção de ilicitude e, quando eventualmente nela se assenta, não se confunde, ele mesmo, com as situações ilícitas que dela advêm. O seu tratamento não é a partir da noção de ilicitude, muito embora ela possa ocorrer e quase sempre ocorre.”²⁴⁷.

O que esses autores querem dizer é que pode existir situação de desconformidade estrutural, geradora de um estado de coisas que necessite de uma intervenção e de reestruturação ou reforma generalizada, mas que são decorrentes de condutas lícitas. Citam, como exemplos, as ações concursais falimentares ou a dissolução de sociedade empresária, gerando o desemprego de milhares de pessoas de determinada região. Estas são situações que podem configurar um problema estrutural, mas que não necessariamente derivam de atos ilícitos²⁴⁸.

O “Estado de Coisas Inconstitucional”, por outro lado, caracteriza-se justamente pela situação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais e sociais das pessoas presas. É justamente essa contrariedade à Constituição, às leis e aos regulamentos, seja pela omissão, pela inércia, ou pela má atuação dos mais diversos órgãos e agentes públicos

²⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do Processo Estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 15. p. 423-465.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 427.

²⁴⁸ Owen Fiss e Chayes, na década de 1970, já elencavam as circunstâncias relacionadas à ações falimentares como exemplos de processos estruturais, demonstrando que este tipo de demanda não se restringe às organizações governamentais, tendo espaço também na esfera privada. FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade**. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

responsáveis pela gestão do sistema que configuram esse estado de inconstitucionalidade gerador do ECI. Assim, é possível concluir, acompanhando o entendimento doutrinário adotado por Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira, que nem todo problema estrutural é um “Estado de Coisas Inconstitucional”.

O segundo argumento vem do próprio voto do ministro Marco Aurélio, ou melhor, das características e requisitos por ele adotados para o reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal. Explico.

Conforme já mencionado acima, o voto do então ministro relator explicitou que o uso do ECI no caso da ADPF 347 se justificou exclusivamente pela presença de dois bloqueios ou desacordo políticos e/ou institucionais insuperáveis em relação a situação prisional no Brasil. Ainda que não os tenha elencado de forma expressa dentre os requisitos para configuradores do ECI, o ministro deixou nítido que estes bloqueios foram imprescindíveis à utilização do referido instituto.

O primeiro desses bloqueios consiste na sub-representação parlamentar dos presos, uma vez que estes não podem votar ou serem votados, por motivo de suspensão dos direitos políticos decorrentes da condenação criminal, o que faz com que os presos não gozem de representação política direta²⁴⁹.

O segundo bloqueio se configura na impopularidade dos indivíduos submetidos ao cárcere, já que as pessoas presas e condenadas criminalmente são vistas pela sociedade, de maneira geral, como pessoas que devem ser desprezadas, isoladas, esquecidas e, de preferência, que fiquem o resto de suas vidas na prisão. Não são consideradas como pessoas com direito a uma vida digna, detentoras de direitos fundamentais. Isso faz com que não exista no país vontade política de priorizar os gastos públicos nessa área, não há plataformas político-eleitorais que prometam melhorar as condições estruturais das prisões e as condições de vida das pessoas presas, para garantir-lhes o mínimo de dignidade. Essa pauta não elege!²⁵⁰

Para o relator, esses bloqueios políticos, gerados pela sensação contínua de aumento de criminalidade e insegurança pública, diuturnamente propagada pelos meios de comunicação,

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas De Custódia [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 09 de setembro de 2015. Brasília: STF, 2015c.

²⁵⁰ O ministro Marco Aurélio se utiliza do termo “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*), referindo-se aos assuntos que o debate parlamentar não alcança, tendo em vista que os candidatos e titulares de mandatos eletivos temem os custos políticos decorrentes desses temas considerados mais impopulares. *Ibidem*.

“[...] se traduzem em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.”²⁵¹. E completa que, se não houver intervenção judicial, esses bloqueios serão insuperáveis e tendem a permanecer indefinidamente²⁵².

E, segundo o ministro, somente o Supremo Tribunal Federal, ante a situação que se apresenta, revela-se capaz de superar tais “[...] bloqueios políticos institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados.”²⁵³. Ou seja, conforme entendimento do ministro, somente o Supremo Tribunal Federal seria capaz de ordenar uma atuação conjunta e coordenada entre os demais Poderes e o próprio Poder judiciário, visando contornar a situação de inércia que levou ao colapso do sistema.

Neste ponto é que entra a diferenciação feita pelo ministro Marco Aurélio em relação a outros problemas estruturais que se configuram no Brasil, mas que não apresentam “bloqueio institucional”. Para exemplificar, o ministro aborda a questão da saúde pública no Brasil. Em suas palavras

[...] há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas tem-se vontade política em resolvê-los. Não existe um candidato que não paute a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional.²⁵⁴

Breno Baia Magalhães²⁵⁵ foi quem apontou a conformação desse “novo requisito político” imposto pelo ministro Marco Aurélio para a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” na ADPF nº347, além dos três pressupostos importados da Corte Colombiana. Segundo o autor, o ministro inseriu “[...] um elemento político de complexa identificação e

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas De Custódia [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 09 de setembro de 2015. Brasília: STF, 2015c.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM**, [Santa Maria], v. 14, n. 3, e32760, 2019a.

configuração, mas que, ao mesmo tempo, nos dá indícios sobre a limitadíssima incidência do ECI: a suposta existência de bloqueios políticos.”²⁵⁶.

Seguindo esse entendimento, é possível concluir que, para o STF, o que diferencia os diversos problemas sociais enfrentados pela sociedade brasileira, considerados como problemas estruturais, da situação carcerária é justamente a existência desse bloqueio político institucional. Esse bloqueio é que torna o sistema carcerário um “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Para Breno Baía Magalhães, então, a decretação do “Estado de Coisas Inconstitucional” de acordo com o Supremo Tribunal Federal brasileiro depende não de três, mas de cinco pressupostos, quais sejam

1) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; 2) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação identificada, 3) que a superação das transgressões exija a atuação de todas as autoridades políticas; 4) Sub-representação parlamentar da população atingida pela violação generalizada e a 5) a impopularidade social dos atingidos pelas violações. Os dois últimos requisitos podem ser substituídos, como alternativa, pela fórmula “existência de bloqueio político” [...]”²⁵⁷.

Seguindo, com o objetivo de demonstrar de forma ainda mais patente a especificidade do “Estado de Coisas Inconstitucional”, o ministro destacou que, diante dos pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para a configuração desta técnica, que foram encampados pelo tribunal brasileiro, não seria possível apontar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam nesse conceito. Entretanto, de acordo com o então relator, “[...] as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de ‘Estado de Coisas Inconstitucional’”²⁵⁸.

²⁵⁶ MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM**, [Santa Maria], v. 14, n. 3, e32760, 2019a. p. 17.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 26. O autor, neste artigo, aborda uma série de críticas acerca do ECI e da forma como foi aplicado pelo STF na ADPF 347, destacando notadamente a falta de delimitação de conceitos importantes para a delimitação do instituto, a limitação imposta ao cabimento da técnica no Brasil, o que pode gerar a impossibilidade de sua aplicação a outros casos que aportarem futuramente no tribunal.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas De Custódia [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 09 de setembro de 2015. Brasília: STF, 2015c.

É por isso que compartilho do entendimento de que nem todo problema estrutural configura um “estado de inconstitucionalidade”. Porém, o contrário é verdadeiro.

Esse também parece ser o entendimento de Matheus Souza Galdino quando diz em sua obra, em nota acerca do “Estado de Coisas Inconstitucional”, que esta doutrina

[...] parece ter pleno enquadramento como espécie de *Public Law Litigation*, apenas com limites mais estreitos e pressupostos mais rígidos, conforme a fixação realizada pelo tribunal, podendo se concluir que sempre que houver declaração de um estado de coisas inconstitucional se estará a falar de um litígio de interesse público, não sendo a recíproca verdadeira.²⁵⁹

Para o autor, pois, o “Estado de Coisas Inconstitucional” seria uma espécie de *public law litigation*, contando, entretanto, com pressupostos mais rígidos para sua configuração do que o gênero dos processos de interesse público²⁶⁰.

Enfim, quando se diz que algumas situações configuram um estado de desconformidade, caracterizadoras de um problema estrutural, nem sempre restará configurado um “Estado de Coisas Inconstitucional”, ao menos da forma como foi aplicado em território brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347. Mas, é possível, por outro lado, concluir que o “Estado de Coisas Inconstitucional” é um diagnóstico de que determinado contexto se configura como problema de natureza estrutural, com todas as suas características e contornos. A declaração do ECI seria somente um “plus”, uma característica a mais a ser considerada.

Por fim, preciso deixar aqui registrado que, além dos dois argumentos expostos nesta seção, é possível fazer ainda uma terceira diferenciação entre o “Estado de Coisas Inconstitucional” e os problemas estruturais de uma forma geral, no que diz respeito à competência para seu julgamento pelo Poder Judiciário. Essa questão será tratada mais adiante, ainda neste capítulo.

4.3 A ADPF nº 347 é um processo estrutural?

Como visto acima, pode-se considerar que a ADPF nº 347 tem como objeto um problema de natureza estrutural, em razão de suas características. O que se questiona agora é

²⁵⁹ GALDINO, Matheus Souza. **Processos Estruturais**: Identificação, funcionamento e finalidade. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 50.

²⁶⁰ Nomenclatura utilizada por Chayes para os litígios estruturais, conforme visto no capítulo 2. CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

se o processo que veicula esse litígio, ou seja, se a própria ADPF pode ser caracterizada como um processo de mesma natureza, isto é, se é um processo estrutural.

No capítulo 2 destaquei que os termos “problema estrutural” e “processo estrutural” não se confundem. Problema estrutural, como visto, é o estado contínuo e permanente de desconformidade ou violação de direitos ocasionado pelo mau funcionamento de determinada organização ou entidade, pública ou privada, afetando de alguma maneira um grande número de pessoas, e que, para retornar ao estado de conformidade ou ao “estado ideal”, se faz necessária a reforma ou reestruturação de toda a estrutura afetada.

Por sua vez, processo estrutural é aquele que veicula um problema estrutural e busca resolvê-lo, mediante reformulação de uma dada instituição ou organização cujo mau funcionamento é a causa da desconformidade.

A diferenciação se revela importante porque, segundo Edilson Vitorelli²⁶¹, a existência de um problema estrutural pode não acarretar a propositura de um processo estrutural. Isto é, o fato de um processo judicial ter como objeto um problema de natureza estrutural, não o torna automaticamente um processo estrutural. O autor apresenta vários exemplos em que se almejava resolver problemas eminentemente estruturais por meio de processos individuais ou mesmo coletivos, mas sem as características do processo estrutural²⁶².

O que se verifica na prática, notadamente no Brasil, é que a efetivação dos direitos fundamentais sociais normalmente é buscada pelos indivíduos junto ao Poder Judiciário por meio de demandas individualizadas, propostas nos moldes tradicionais, não obstante o cerne do pedido veicular verdadeiramente pretensões coletivas e, muitas delas, (re)estruturantes²⁶³.

Para Vitorelli, o que torna um processo verdadeiramente estrutural é a “[...] pretensão de realizar uma transformação estrutural na realidade.”²⁶⁴. Requer a elaboração, implantação e monitoramento de um plano com o objetivo de transformar o comportamento da estrutura, e voltado para o futuro. Entretanto, conforme asseverado em sua obra, raramente problemas estruturais são resolvidos por meio de processos estruturais. Isso porque, “[...] processos estruturais são longos, difíceis, demandam uma conformação representativa intrincada, capaz

²⁶¹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

²⁶² O autor cita o exemplo das ações individuais buscando a criação de vagas nas creches de São Paulo, bem como ações envolvendo a situação carcerária buscando a solução de problemas pontuais em relação à falta de estrutura e superlotação de determinadas penitenciárias. VITORELLI, *op. cit.*

²⁶³ Susana Henriques da Costa traça um paralelo entre os processos individuais e coletivos com objetivo de assegurar vagas em creches no Estado de São Paulo, examinando as vantagens e desvantagens de cada um desses métodos. COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 38-68, May/Aug. 2016.

²⁶⁴ VITORELLI, *op. cit.*, p. 61.

de dar conta de múltiplos centros de interesses, titularizados por diversos subgrupos, cujos interesses não são congruentes.”²⁶⁵.

E conclui Vitorelli que, diante das dificuldades e morosidade desse tipo de processo, eles são evitados pelas partes legitimadas e pelos juízes, sendo mais comum, então, a propositura de ações, sejam individuais ou coletivas, que tratam de algum aspecto do problema estrutural, mas cujo pedido não tem caráter estrutural, ou seja, não pretende implementar uma reforma estrutural, buscando somente providências pontuais, que resolvem as consequências, não as causas do problema, e que, portanto, são incapazes de solucioná-lo²⁶⁶.

Mas, afinal, quem define se um processo é estrutural, o juiz, ao analisar o processo, ou o autor, por meio do pedido? E mais, existe uma discricionariedade para que o juiz ou o tribunal trate um processo como estrutural ou não? Ou seja, ajuizado uma ação cujos pedidos tenham características estruturais, pode o juiz não o tratar desta maneira, instruindo-o e decidindo-o nos moldes das ações individuais ou coletivas “comuns”?

Esses são questionamentos complexos e que ainda não têm uma resposta exata, seja por parte da doutrina, seja pela jurisprudência, ainda bastante modesta nessa seara. O que é certo é que, sem dúvida, a elaboração da petição inicial, e notadamente, dos pedidos, é que precipuamente demarcarão o conteúdo e a natureza do processo. É preciso que fique claro, desde o início, que o que se pretende com a ação ajuizada, é a elaboração e implementação de um plano com o objetivo de reestruturação de determinada estrutura, que se encontra em situação de desconformidade. Segundo explica Edilson Vitorelli

Desse modo, a melhor técnica para a elaboração do pedido parece ser o requerimento de elaboração, implementação e fiscalização de um plano que proporcione a mudança que o autor considera necessária, a partir do que for demonstrado na inicial. O pedido de uma inicial estrutural não precisa definir exatamente o que precisa ser feito. O que precisa ser especificado é o resultado geral que se pretende produzir, metas temporais para a sua obtenção e atribuição de responsabilidades, financeiras e executivas, sobre as providências para tanto necessárias. Ainda que nem tudo seja feito, em um primeiro momento, é possível que, ao longo do processo, esses aspectos se tornem mais claros²⁶⁷.

De uma forma geral, o que o autor precisa fazer em uma demanda que se pretenda estrutural é formular os pedidos de forma a tornar mais fácil a atuação jurisdicional. Entretanto, Vitorelli adverte que, embora a elaboração de uma petição inicial estrutural seja capaz de direcionar o juiz à análise das proposições e providências estruturais, “[...] o pedido estrutural

²⁶⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 62.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 241.

não é garantia de uma condução estrutural do processo. Esta depende, fundamentalmente do juiz.”²⁶⁸.

Isso porque, segundo o autor, ainda que seja feito um pedido nos moldes estruturais, se o juiz não considerar conveniente conduzir o processo estruturalmente, não há como obriga-lo a tal. O magistrado pode simplesmente ignorar as propostas e pedido do autor e instruir o processo da maneira que entender mais correta ou conveniente, nos moldes tradicionais, determinando, ao final, a adoção de medidas genéricas e encerrando a sua jurisdição.

No processo estrutural, de modo oposto, o juiz deve ser muito mais do que um tomador de decisões, devendo se envolver e atuar de forma efetiva, de modo a assumir seu papel de agente transformador da realidade, juntamente com as demais partes e interessados²⁶⁹.

Partindo de tudo que foi até aqui dito, cabe analisar os contornos da ADPF nº 347 para concluir se se trata ou não de um processo estrutural.

Primeiramente, analisando a petição inicial, verifica-se que os autores, de forma expressa, mencionam se tratar de um processo em que se buscam medidas de natureza estrutural, abrangendo o sistema prisional como um todo, não sendo propugnadas medidas pontuais. Pelo contrário, o que se busca é sanar a causa do problema, por meio de medidas de longo prazo, a serem implementadas pelas mais diversas instâncias governamentais, sob monitoramento do Supremo Tribunal Federal.

Na presente ADPF, como se verá, há pedidos mais “tradicionais”, que não envolvem formulação e implementação de políticas públicas. Mas há também pedidos flexíveis, de condenação da União e dos Estados à formulação de planos voltados à melhoria de diversos aspectos do quadro prisional brasileiro, a serem submetidos à aprovação e monitoramento jurisdicional. A conjugação destas providências se afigura essencial para a efetiva garantia dos direitos fundamentais dos presos brasileiros, com a superação do dantesco estado de coisas inconstitucional do nosso sistema prisional.²⁷⁰

Em relação aos pedidos formulados na ação, verifica-se que, no mérito, o que os autores pedem, são medidas de natureza estrutural, consistentes em um plano bastante detalhado, de longo prazo, envolvendo todos os Poderes, com o objetivo de reestruturar todo o sistema penitenciário brasileiro e, especialmente, retirá-lo da degradante situação em que, em sua

²⁶⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 302.

²⁶⁹ Aqui, também é importante fazer a relação com a necessidade de flexibilização da demanda, aspecto que já foi tratado no capítulo 2.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas De Custódia [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 09 de setembro de 2015. Brasília: STF, 2015c.

totalidade. se encontra. Nesse sentido, foram feitos os seguintes pedidos, que, embora extensos, peço a licença do leitor para transcrever na íntegra, pois imprescindíveis à análise da natureza da ação:

- a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.
- b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima.
- c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos.

O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iv) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (v) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (vi) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vii) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (viii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (ix) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.

O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades.
- d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas.
- e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.
- f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas.
- g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF.

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

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

j) Nos termos do art. 6º e §§ da Lei 9.882, o Arguente requer, ainda, a produção de toda prova eventualmente necessária ao deslinde desta Arguição, tais como a requisição de informações adicionais e designação de perito ou comissão de peritos.²⁷¹.

Como visto, os pedidos formulados na ação refletem a natureza eminentemente estrutural da demanda, apresentando um minucioso plano de reestruturação do sistema carcerário e especificando o resultado esperado com a ação, bem como metas temporais para a tomada de providências e a atribuição de responsabilidades financeiras e executivas aos responsáveis pela implantação das medidas.

Portanto, levando-se em conta o pedido inicial, não resta dúvida de que a ADPF nº 347 se trata de um processo de natureza estrutural. É preciso questionar, contudo, se os ministros do STF possuem esta mesma percepção e, ainda, se atuarão de forma a proporcionarem a mudança requerida e esperada.

Fazendo a análise do voto do então ministro relator, Marco Aurélio, é possível notar que os argumentos por ele utilizados na decisão da medida cautelar levam a crer que seu entendimento é o de que a ADPF se trata de uma ação de natureza estrutural. Em vários pontos de seu voto, o ministro fez referência às características do processo estrutural, destacando especialmente que o estado de degradação extrema a que chegou o sistema carcerário no país se deve, notadamente pela omissão reiterada e persistente das autoridades públicas e pela situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias relacionadas à execução penal. Segundo ele, “[...] há defeito generalizado e estrutural de políticas públicas e nada é feito pelos Poderes Executivo e Legislativo para transformar o quadro.”²⁷².

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 28 de maio de 2015. Brasília: STF, 2015b.

²⁷² *Ibidem*.

Salientou ainda o ministro que a responsabilidade do Poder Público é sistêmica e revela o amplo espectro de deficiências nas ações governamentais. Há, então, em suas palavras, a denominada “falha estatal estrutural.”²⁷³ E complementou afirmando que,

[...] ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade.²⁷⁴

Embora o então relator não tenha dito com todas as letras que a ADPF nº 347 é um processo estrutural, o ministro destacou que o pano de fundo da ação de trata de um litígio estrutural e que, nesse caso, é necessário um amplo conjunto de mudanças estruturais que envolvem múltiplas autoridades públicas, consistentes em novas políticas públicas ou a correção das que não alcançam os objetivos desejados, a alocação de recursos, novos arranjos institucionais, novas interpretações e aplicações das leis penais. Evidenciou que a vontade política de um único ente ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades e que “[...] a eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas (Judiciário)”²⁷⁵.

Os votos dos demais ministros seguiram mais ou menos a mesma linha do voto condutor e, não obstante não tenham mencionado expressamente o caráter estrutural da ADPF, deixaram clara essa natureza, na medida em que foram unânimes ao afirmar que o Supremo Tribunal deverá coordenar, em maior ou menor grau, a efetivação de medidas tendentes a contornar a precária situação do sistema carcerário brasileiro, por meio de determinações dirigidas aos três poderes da república.

Por fim, é preciso deixar claro que, ainda que os ministros do STF, pelo menos em sua maioria, tenham deixado transparecer que a ADPF nº 347 se trata de um processo estrutural e reconheçam seus papéis de agentes catalisadores e coordenadores da transformação esperada no sistema carcerário, é necessário que exista vontade e disposição por parte da Corte para que a reestruturação seja de fato implementada e efetiva, porque, do contrário, o fracasso desta ação se juntará a tantas outras causas que tentaram, em vão, no Brasil e em diversos outros países,

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 28 de maio de 2015. Brasília: STF, 2015b. p. 28.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 28.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 29.

retirar seus sistemas prisionais de situações de extrema violação de direitos das pessoas em cumprimento de medidas de restrição da liberdade. É necessário, enfim, que os ministros retenham a jurisdição no tribunal, até que a situação esteja minimamente dentro do padrão de conformidade.

Pensando que talvez seja este o mais importante questionamento desta pesquisa (se há essa vontade e disposição), voltarei a este ponto ainda neste capítulo, para uma análise um pouco mais detida da atuação dos ministros do STF desde a decisão da medida cautelar, em 2015, até os dias atuais.

4.4 A ADPF é o instrumento processual mais adequado para resolver problemas estruturais?

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que o que se questiona nessa seção, não é o cabimento de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para enfrentamento do problema das prisões, isto é, se os direitos e garantias se que dizem violados se configuram em preceitos fundamentais ou se existiria outro tipo de ação dentro do sistema de controle de constitucionalidade mais eficaz para o enfrentamento da questão, o que afastaria o cabimento ADPF em razão de sua subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei 9.882/99²⁷⁶).

Acerca deste aspecto, não há o que questionar. Os ministros do STF, no julgamento da medida cautelar foram unânimes ao tratar sobre isso. Todos afirmaram que a discussão envolve diversos direitos humanos e fundamentais das pessoas em situação de encarceramento, não havendo dúvida da natureza de preceitos fundamentais destes direitos. Além do mais, também não houve divergência por parte dos ministros sobre ser a ADPF a ação cabível, em razão da inexistência de outro meio mais eficaz para sanar a lesividade apresentada.

Sobre este aspecto, cito trecho do voto do ministro Marco Aurélio, que neste ponto foi seguido pelos demais ministros do tribunal.

Os direitos apontados como ofendidos consubstanciam preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, assistência judiciária e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Há relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, atacados nesta ação, e o quadro de transgressão de direitos relatado.

[...]

²⁷⁶ BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 06 dez. 1999b.

Quanto ao disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 – a regra de que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade –, entendo estar atendido, porquanto inexistente, no âmbito do controle abstrato de normas, instrumento diverso mediante o qual possam ser impugnados de forma abrangente, linear, os atos relacionados às lesões a preceitos fundamentais articuladas²⁷⁷.

Como visto, a dúvida que coloca não é sobre o cabimento da ação, visto que isso já é ponto ultrapassado, mas se uma ação de natureza constitucional, um processo objetivo, de competência do Supremo Tribunal Federal, seria o meio ou o instrumento mais adequado para o enfrentamento de questões complexas, policêntricas e multipolares, como são os problemas estruturais.

Antes, porém, de buscar responder a esse questionamento, é importante fazer duas reflexões acerca da natureza jurídica do processo estrutural e da ADPF, sendo a primeira em relação à sua coletividade e a segunda em relação à sua natureza objetiva ou subjetiva.

Entre os doutrinadores brasileiros estudiosos do processo civil e, notadamente do processo estrutural, discute-se se o processo que versa sobre problema estrutural deve ser necessariamente coletivo ou se há possibilidade de enfrentamento desse tipo de litígio em processo individual.

Edilson Vitorelli²⁷⁸ e Sérgio Cruz Arenhart²⁷⁹ parecem compartilhar do entendimento de que o processo estrutural é necessariamente um processo coletivo. O próprio conceito de processo estrutural trabalhado por Vitorelli já deixa claro seu posicionamento nesse sentido.²⁸⁰ Da mesma forma, Sérgio Cruz Arenhart, em diversos trabalhos jurídicos sobre o tema²⁸¹, fez clara relação entre os processos estruturais e os processos coletivos, motivo pelo qual é possível extrair o entendimento de que, para o autor, o primeiro está contido no segundo.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas De Custódia [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 09 de setembro de 2015. Brasília: STF, 2015c.

²⁷⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

²⁷⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 36. p. 1071-1096.

²⁸⁰ De acordo com Vitorelli, “[...] o processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural.”. VITORELLI, *op. cit.*, p. 60. Ressalva-se, porém, conforme já abordado na seção anterior, que o autor possui o entendimento de que nem sempre problemas (ou litígios) estruturais são resolvidos por meio de processos estruturais, podendo estar veiculados em processos individuais, em sede de controle de constitucionalidade, ou por via extrajurisdicional. Porém, para ele, o processo verdadeiramente estrutural, ou seja, aquele que visa a enfrentar as causas do problema estrutural, deve ser sempre coletivo.

²⁸¹ Dentre eles, destaque: ARENHART, *op. cit.*

Por outro lado, há parcela da doutrina que entende a coletividade não é requisito essencial do processo estrutural, e que é possível determinar, por meio de um processo individual, medidas de caráter estrutural. Dentre os autores que pensam dessa forma, destaco Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira²⁸², bem como Matheus Souza Galdino²⁸³.

Para estes autores, é possível que um processo individual tenha como pano de fundo um problema estrutural e, nesse caso, esse processo deverá receber tratamento de processo estrutural. Isso porque, em casos como este, o resultado do processo possivelmente afetará os interesses de pessoas e grupos que não participaram da formação da decisão judicial. Seriam ações individuais cujo resultado tem alcance coletivo²⁸⁴.

Em relação à ADPF, é certo que se trata de uma das ações do sistema de controle concentrado de constitucionalidade estabelecido pela Constituição de 1988²⁸⁵, ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), todas de competência do STF em âmbito federal. Embora a maioria da doutrina entenda que as ações de controle de constitucionalidade componham um sistema específico, não se enquadrando na classificação geral do processo civil, Gregório Assagra sustenta que estas ações devem ser classificadas como processo coletivo especial.²⁸⁶ Para o autor, nessas ações tutela-se interesses coletivos em sentido amplo, chamado por ele de interesse coletivo objetivo. Conforme explica o autor,

²⁸² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do Processo Estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 15. p. 423-465.

²⁸³ Para Matheus Galdino, além da coletividade não ser requisito essencial do processo estrutural, também não é essencial a configuração da multipolaridade. De acordo com o autor, os processos estruturais se dividem em quatro intratipos: Processo estrutural coletivo com multipolaridade, processo estrutural coletivo sem multipolaridade, processo estrutural individual com multipolaridade e processo estrutural coletivo sem multipolaridade. Em relação a estes dois últimos intratipos, Galdino afirma que, nesses casos, há um “direito individual a um estado ideal de coisas”, ou seja, não há falar em direito de uma coletividade. GALDINO, Matheus Souza. **Processos Estruturais: Identificação, funcionamento e finalidade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 243.

²⁸⁴ DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 436. Os autores utilizam o exemplo de um processo individual no qual uma pessoa com deficiência requer que seja determinada a adequação das medidas de acessibilidade em prédios públicos e privados. Nesse exemplo, embora se trate de uma ação individual, o provimento jurisdicional afetará não somente os sujeitos processuais, mais diversas outras pessoas que não participaram diretamente da relação jurídica processual, como outras pessoas com deficiência, que se beneficiarão das medidas adotadas em razão daquele processo.

²⁸⁵ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem natureza constitucional, elencada no §1º do art. 102 da Constituição de 1988. Foi regulamentada pela Lei nº 9.882/99, e tem como objeto evitar ou reparar lesão resultante de ato do Poder Público em decorrência de descumprimento de preceito fundamental. Conforme preceitua Bernardo Gonçalves, a ADPF “[...] busca objetivamente preservar a ordem constitucional contra a usurpação e preceitos fundamentais da mesma.” FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1431.

²⁸⁶ Gregório Assagra traça a distinção entre processos coletivos comuns, que são aqueles amparados pelo microsistema de tutela coletiva, tendo como marcos legais basilares a lei da Ação Civil Pública e o Código de

A utilização da denominação interesse coletivo legítimo, aqui empregada, leva em consideração as peculiaridades do controle concentrado da constitucionalidade, onde não há a tutela dos direitos subjetivos, sejam individuais, sejam coletivos. Como é cediço, no controle concentrado (ou em abstrato) da constitucionalidade, o processo é do tipo objetivo, tendo em vista que o controle da constitucionalidade se dá no plano abstrato. Assim, a tutela formada por um legitimado ativo por meio de, v.g., uma ação direta de inconstitucionalidade, traz em si a busca de proteção a interesse coletivo objetivo legítimo na manutenção da congruência do sistema jurídico, que tem como seu alicerce a Constituição.²⁸⁷

Assim, acompanhando o posicionamento de Assagra²⁸⁸, conclui-se que a ADPF se trata de uma ação coletiva especial, embora tenha natureza de processo objetivo.

E aqui, é possível passar ao debate relativo à natureza subjetiva ou objetiva do processo estrutural. Em primeiro lugar, é ponto pacífico que os processos coletivos comuns, quais sejam, aqueles que tutelam direitos difusos e coletivos, versando ou não sobre problema estrutural, têm natureza subjetiva, ou seja, visam a tutela de um direito subjetivo, de partes e de uma situação conflitiva concreta.

Em contrapartida, as ações do controle abstrato de constitucionalidade, como é o caso da ADPF, têm, em regra, a natureza de processo objetivo. Isso porque, ao contrário do processo subjetivo, nesse tipo de processo o que se considera é a norma em si, desvinculada do direito subjetivo e uma situação em concreto. De acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero,

[...] o controle abstrato ocorre em processo voltado unicamente à análise da constitucionalidade da norma, fazendo surgir, neste sentido, um processo autônomo para o controle de constitucionalidade. Esse processo, por não dizer respeito à solução de litígio, não possui partes, que, antes de sua instauração, estavam envolvidas num conflito de interesse.²⁸⁹

A dúvida que surge é: consistindo a ADPF em uma ação objetiva, não tendo como objeto a análise de matéria fática, mas exclusivamente de direito, ainda assim seria possível buscar, por meio desta ação, a realização de uma reforma estrutural decorrente de situação de degradação ocasionada pela conduta desidiosa do Poder Público, na esteira do que é perseguido pela ADPF 347?

Defesa do Consumidor, e os processos coletivos especiais, destinados a tutelar a integridade da Constituição. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 102.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1079.

A primeira resposta a esse questionamento advém da própria conformação da ADPF, trazida pela lei que a regulamenta. De acordo com o que preceitua o art. 1º da Lei 9.882/99²⁹⁰, a arguição tem por objeto evitar ou reparar lesões decorrentes de ato do Poder Público. A simples leitura desse dispositivo permite concluir que a ADPF se presta não só ao controle de atos normativos, mas também de atos administrativos e jurisdicionais do Poder Público que causem violação aos preceitos fundamentais constitucionais²⁹¹.

Conforme já foi amplamente debatido neste trabalho, no caso da ADPF nº 347, o que se busca modificar (ou reparar) são justamente os atos do Poder Público, de todos os Poderes, sejam administrativos, jurisdicionais e mesmo normativos. Em verdade, discute-se na ação não apenas os atos comissivos dos governantes, mas especialmente, suas omissões inconstitucionais, que geram violações massivas de direitos fundamentais básicos das pessoas em situação de encarceramento.

Ademais, é necessário reafirmar a peculiaridade desta ação, na medida em que foi o primeiro caso em que reconheceu no ordenamento jurídico brasileiro um “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Há quem sustente que o “Estado de Coisas Inconstitucional” é uma técnica exclusiva do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, que declara a existência de uma omissão inconstitucional a partir de violações massivas de direitos fundamentais. Ou seja, a competência para enfrentamento do ECI e aplicação de medidas estruturais, de acordo com esse entendimento, seria exclusiva da Corte Constitucional - no caso do Brasil, do STF -, não competindo aos juízes de instâncias inferiores a utilização desta técnica.

Nesse sentido, Daniel Dore Lage e Andrey da Silva Bugger afirmam que

Ao contrário do que ocorre nos processos coletivos onde existe a possibilidade de juízes de instâncias inferiores utilizarem sentenças estruturais, não vislumbramos aqui tal possibilidade. Nos processos coletivos comuns não existe uma falha estrutural no sentido exposto neste estudo. A partir do momento em que não se pode atribuir a responsabilidade a determinado (s) órgãos, tem-se a falência geral de um sistema. Assim, pela sistemática de nosso ordenamento, a competência adequada só resta como sendo da Corte Constitucional, seja pela funcionalidade de produzir decisões perante todo o Judiciário e toda a Administração pública, seja pela eficácia de suas sentenças de controle de constitucionalidade, seja ainda pela regra do art. 102, I, f da CF/88 que

²⁹⁰ BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 06 dez. 1999b.

²⁹¹ De acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero, “[...] não há dúvida que são passíveis de arguição de descumprimento os atos normativos, inclusive anteriores à Constituição, sejam federais, estaduais ou municipais. Além destes, podem ser objeto de arguição de descumprimento, na forma autônoma, os atos administrativos e jurisdicionais. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1374.

dispõe competência para o STF processar e julgar, originariamente “ as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.”²⁹²

De acordo com estes autores, então, este seria mais um aspecto que diferencia o ‘Estado de Coisas Inconstitucional’ dos demais problemas estruturais. Quer dizer, embora o ECI seja uma espécie de problema estrutural, sua excepcionalidade e especificidades fazem com que somente a Corte Constitucional possa se empregar essa ferramenta, ao passo que as demandas envolvendo problemas estruturais, não caracterizadas como ECI, podem ser ajuizadas perante todos os juízes e tribunais do país, de acordo com as regras ordinárias de competência.

No direito comparado, é interessante trazer o exemplo do direito colombiano, já tratado no capítulo anterior, no qual, embora tenham se originado de ações judiciais individuais, coube somente à Corte Constitucional a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” nas situações em que se verificou a gravidade das situações levadas à Corte.

Nesse ponto, é interessante mencionar o posicionamento que já foi adotado por Marco Félix Jobim em relação à competência para julgamento não só dos casos que esteja configurado o ECI, mas de todos os processos estruturais. Jobim, que foi um dos primeiros estudiosos do processo estrutural no Brasil, cuja tese escrita em 2012 foi pioneira no tema, chegou a defender que “[...] havia um *locus* que deveria ser preservado para, eventualmente, em determinados casos e situações excepcionais, consolidar-se um litígio estrutural, sendo o Supremo Tribunal Federal o ambiente propício.”²⁹³. O entendimento do autor partiu do estudo comparado, em especial com o direito estadunidense, e tinha como fundamento a complexidade das decisões judiciais que visam a reestruturar o plano fático, o que somente poderia ser realizado por meio do controle concentrado de constitucionalidade. Assim, para ele, o Supremo Tribunal Federal seria o único ambiente democrático para a tomada de decisões e implementação de medidas estruturais²⁹⁴.

²⁹² LAGE, Daniel Dore Lage; BRUGGER, Andrey da Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 193-240, 2017. p. 215.

²⁹³ JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 27. p. 815-834. p. 829.

²⁹⁴ Para a defesa de seu antigo posicionamento, Jobim elencou uma série de fatores que justificariam o monopólio do STF para o enfrentamento dos litígios estruturais. Embora já não seja mais o entendimento que prevalece hoje entre os doutrinadores, sua obra teve grande importância na última década, especialmente por trazer para o Brasil a discussão sobre o tema dos processos estruturais, que, até então, pouco se tinha conhecimento em solo brasileiro. JOBIM, Marco Félix. **As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

Entretanto, o autor mudou seu entendimento, expondo suas novas reflexões sobre o tema em artigo publicado, em sua primeira edição, no ano de 2017, em obra que colaciona o pensamento dos principais estudiosos do processo estrutural no Brasil²⁹⁵. Nesse texto, Jobim afirma que

[...] é inegável que há casos que, antes mesmo de chegar à Corte, passa por tribunais ou juízes inferiores ou, acaba indo direto pelo modelo abstrato que também dispomos em solo brasileiro. Sabendo disso, já não há mais espaço para atribuir ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade única de *structural litigation*, mas a de, sabendo do fato de que não só é ele hoje legítimo para tanto, tentar definir parâmetros de construção de uma teoria desses litígios estruturais que se anunciam cada vez mais no Brasil.²⁹⁶

Na esteira do atual entendimento de Marco Félix Jobim²⁹⁷, hoje é ponto praticamente pacífico entre os doutrinadores do processo que a competência para o julgamento dos processos estruturais é regulada pelas normas ordinárias estabelecidas no Código de Processo Civil e na legislação esparsa, de acordo com a matéria analisada e com os contornos do caso concreto. Cabe, de ordinário, ao juízo de 1ª instância a competência para a análise e julgamento desse tipo de processo. A depender das circunstâncias *in concreto*, a competência originária será dos tribunais.

A competência originária do STF, por sua vez, acaba sendo extremamente restrita em razão das hipóteses taxativas de atuação originária do tribunal elencadas no art. 102 da Constituição²⁹⁸. Sua atuação, na grande maioria dos casos, acontece em sede de Recurso Extraordinário, quando a Corte aprecia tão somente as questões de direito concernentes às demandas que chegam até lá.

Na medida em que problemas estruturais envolvem a análise matéria fática, é compreensível e até preferível que a competência fique de fato com juízes de piso, que estão mais próximos do problema a ser enfrentado, podendo analisar mais de perto a questão e dando oportunidade para as partes interessadas apresentarem suas pretensões e contribuírem para a

²⁹⁵ A obra hoje se encontra em terceira edição, e ainda conta com o texto original publicado por Marco Félix Jobim desde a primeira edição, de 2017. ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2021.

²⁹⁶ JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 27. p. 815-834. p. 832.

²⁹⁷ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na Jurisdição Constitucional**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

²⁹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988.

construção do provimento jurisdicional que melhor atenda os interesses de todos os envolvidos. No âmbito dos tribunais, ao contrário, a jurisdição encontra-se muito distante do jurisdicionado, o que pode acabar por prejudicar a análise do caso *in loco*, dificultando a participação da sociedade e dos grupos envolvidos no debate, o que vai contra todos os princípios e objetivos do processo estrutural.

Ocorre que, em casos extremos, como o enfrentado por meio da ADPF 347, que envolve um problema de âmbito nacional, como é o caso do sistema penitenciário brasileiro, o questionamento que pode ser feito é se algum outro tribunal, que não o STF, conseguiria contornar a situação de violação de direitos que afeta todo o país, de forma generalizada, conforme apontado pelos ministros do Supremo.

Ademais, embora seja certo que os problemas que atingem o sistema carcerário envolvam matérias fáticas pontuais, que variam em relação às várias dezenas de penitenciárias localizadas pelo país afora, todos esses problemas convergem para a violação direitos constitucionais fundamentais, em razão da omissão e falta de vontade política dos órgãos governamentais para o equacionamento da questão.

Conforme já visto neste trabalho, antes do ajuizamento da ADPF 347, inúmeras outras ações judiciais pelo país versaram sobre o tema, algumas chegando até mesmo ao STF. Ocorre que, até o presente momento, não se conseguiu ou solucionar ou mesmo minimizar a degradação dos presídios brasileiros.

Por outro lado, é certo que se forem levadas diretamente ao STF todas as questões envolvendo violação de direitos fundamentais e sociais, o tribunal não conseguirá suportar o excesso de demandas que lá aportarão, notadamente tendo em vista o histórico de descumprimento dos direitos fundamentais e sociais por parte dos entes governamentais no Brasil. Até por isso, em outros países, como a Colômbia, um dos requisitos para a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” é a probabilidade de congestionamento judicial caso todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema procurem o Poder Judiciário para obter a tutela de seus direitos²⁹⁹.

Talvez por isso, o então ministro relator tenha restringido o cabimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” no Brasil, acrescentando o requisito do “bloqueio institucional”. Isso porque, se por um lado os ministros reconhecem que a calamitosa situação do sistema penitenciário atrai a atuação da mais alta corte do país para a tentativa de solução, por outro

²⁹⁹ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional**: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019. p. 104.

lado, corre-se o risco de se usar este instrumento para se tentar buscar solução de diversos outros problemas sociais existentes no país. E talvez essa não seja a intenção dos ministros.

Ao delimitar ao máximo o cabimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” e as situações em que o instituto pode ser reconhecido no Brasil, o que o tribunal acabou fazendo foi restringir ao máximo sua atuação em sede de controle concentrado de constitucionalidade em situações que envolvem matérias relacionadas à concretização de direitos sociais, que são de responsabilidade precípua dos demais Poderes.

Assim, a conclusão a que chego é a de que, de uma forma geral, o controle de constitucionalidade não é o principal e melhor meio para o equacionamento de problemas estruturais, cabendo, ordinariamente, aos juízos e tribunais o enfrentamento desse tipo de questão, quando os demais poderes não atuam para garantir os direitos fundamentais e sociais em determinada área.

E isso se justifica especialmente porque os juízes de primeira instância e os tribunais estão mais próximos à sociedade, conhecem melhor os problemas que assolam determinada região e conseguem atuar de maneira a conceder medidas mais efetivas à solução de problemas que acometem o local e/ou região em que exercem sua jurisdição.

Entretanto, no caso do sistema penitenciário brasileiro, o que se constata é que não se trata de um problema localizado, de determinado município, comarca, estado ou região do país. Trata-se de um problema generalizado que atinge, em maior ou menor medida, todos os estados e regiões do país. Como dito pela Ministra Carmem Lúcia em seu voto na medida cautelar, “[...] também é preciso levar em consideração que há diferenças entre as penitenciárias; algumas com situação de atrocidade - não vou nem dizer, de perversidade.”³⁰⁰.

Cada penitenciária, cadeia pública, casa de albergado, hospital de custódia, etc. no país, possui um tipo de deficiência, algo que precisa ser modificado, ser melhorado. Arrisco a dizer que não há um só estabelecimento destinado ao encarceramento de pessoas em razão da prática de infrações penais que esteja com tudo no lugar, que não necessite de nenhum tipo de reforma, reestruturação ou modificação, por menor que seja.

A petição inicial da ADPF nº347 traz uma pequena amostra do que são os presídios brasileiros, suas mazelas, seus inúmeros e graves problemas. Mas as atrocidades ali

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas De Custódia [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 09 de setembro de 2015. Brasília: STF, 2015c.

mencionadas apenas exemplificam o que é o sistema como um todo, como vivem as pessoas em situação de encarceramento no Brasil, submetidos a condições intoleráveis e degradantes, sem a mínima dignidade.

O ministro Marco Aurélio, em seu voto na medida cautelar deixou isso bem claro ao afirmar que “[...] o quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio. A situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro.”³⁰¹.

No mesmo sentido foi a fala do Ministro Celso de Melo. De acordo com seu entendimento

A questão penitenciária, em nosso País, já há muitos anos, transcendendo a esfera meramente regional, tornou-se um problema de dimensão eminentemente nacional, tal a magnitude que nesse campo assumiu o crônico (e lesivo) inadimplemento das obrigações estatais, de que tem derivado, como efeito perverso, o inaceitável desprezo pelas normas que compõem a própria Lei de Execução Penal.³⁰²

E, por isso, a meu ver, os ministros do STF entenderam seu papel nessa demanda. Não que outras áreas sociais também não estejam passando por graves situações de violação de direitos, longe disso³⁰³.

O que não se pode tirar da mira é que, no caso do sistema penitenciário, além da falta de recursos, falta de coordenação e deficiência na implantação de política pública, não há interesse manifesto em resolver o problema. Não há interesse por parte dos governantes, não há interesse por parte dos legisladores e nem mesmo dos juízes. E, o pior, não há interesse por parte da sociedade. Isso ficou bem claro nos votos dos ministros do STF. Justamente por essa razão é que restou configurado o “Estado de Coisas Inconstitucional”. E também por essa razão, é que, no caso da reestruturação do sistema prisional, a ADPF seria, se não a melhor, a única forma de enfrentar o problema como um todo.

É certo que poderiam ser ajuizadas demandas pulverizadas por todo o país, com o objetivo de reformar os presídios e cadeias de determinada região ou estado. Assim, a ação seria

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas De Custódia [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 09 de setembro de 2015. Brasília: STF, 2015c. p. 24.

³⁰² *Ibidem*, p. 160.

³⁰³ São gritantes os problemas de saúde pública, saneamento básico, de pessoas com deficiência, discriminações raciais e contra a população LGBTQIA+, que, a meu ver, também mereceriam a atenção e proteção por parte do STF.

voltada apenas para os problemas específicos deste determinado lugar. E, em verdade, isso já tem sido feito.

No capítulo anterior, analisei alguns julgados referentes a problemas pontuais envolvendo o sistema carcerário e pessoas encarceradas no Brasil. E essas ações continuam chegando ao Poder Judiciário, nunca pararam, seja antes, seja depois do ajuizamento da ADPF 347³⁰⁴.

Mas o que ocorre é que essas ações isoladas não têm sido capazes de enfrentar o problema como um todo, apenas tentam “apagar o fogo” em locais pontuais. Tais ações acabam tendo sua importância porque não se pode esperar indefinidamente o julgamento da ADPF para que os problemas locais mais urgentes sejam solucionados³⁰⁵. Existem pessoas dentro do sistema, a grande maioria em situação de grande sofrimento e indignidade. Não dá para simplesmente pedir a elas que aguardarem pacientemente até a solução de uma ação judicial para que comecem usufruir de seus direitos fundamentais mais básicas.

Essas ações esparsas, ainda que sejam capazes de reparar alguns problemas mais pontuais em determinada localidade ou em uma penitenciária específica, não são apropriadas para resolver o problema como um todo.

Conforme mencionado por Jordão Violin “[...] outras ações já pediram reformas pontuais e localizadas, assim como ações individuais dos presos já pediram medidas pontuais. Porém, a ADPF 347 é a primeira ação que propõe uma reforma ampla e generalizada do sistema.”³⁰⁶.

³⁰⁴ Cito, para exemplificar, o Habeas Corpus coletivo nº 165.704, ajuizado em 27/11/2018 e relatado pelo ministro Gilmar Mendes, impetrado em favor de todas as pessoas presas que têm sob a sua única responsabilidade deficientes e crianças, com pedido de concessão de prisão domiciliar a esses pais e responsáveis. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 165.704/DF**. Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Lesão a direitos individuais homogêneos. Caracterização do habeas corpus como cláusula pétrea e garantia fundamental. Máxima efetividade do writ. Acesso à justiça. 2. Direito Penal. Processo Penal. Pedido de concessão de prisão domiciliar a pais e responsáveis por crianças menores ou pessoas com deficiência. 3. Doutrina da proteção integral conferida pela Constituição de 1988 a crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. Normas internacionais de proteção a pessoas com deficiência, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional. Consideração dos perniciosos efeitos que decorrem da separação das crianças e pessoas com deficiência dos seus responsáveis. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 out. 2020. Brasília: STF, 2020. No âmbito dessa ação, foi convocada audiência pública para discussão da situação carcerária de uma forma geral, sendo esta realizada no dia 14/06/2021. No decorrer da audiência, foram levantadas questões trazidas pela ADPF 347 contribuindo para a instrução dos pedidos e construção do provimento final a ser proferido nessa arguição. Mais detalhes sobre a audiência pública podem ser acessados no sítio do STF na internet, conforme referência mencionada ao final desse trabalho.

³⁰⁵ Afinal, a ação a tramita desde o ano de 2015, sem decisão final e sem nem mesmo a adoção de providências mais consistentes para a modificação do cenário atual. Até o momento, fora a audiência pública realizada no HC 165704, que também serviu à instrução da ADPF 347, a única decisão de maior importância no âmbito dessa arguição foi a medida cautelar, deferida ainda em 2015.

³⁰⁶ VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 21. p. 637-686. p. 641.

A ADPF tem justamente essa função: “olhar” para o problema como um todo, buscar uma solução geral para a situação de calamidade atingida. É óbvio que não se pretende com essa ação, chegar rápida e imediatamente em um “estado ideal de coisas”, o que seria impossível, mas o que se busca, ao meu ver, é tirar o sistema de uma situação péssima para uma ao menos próxima da conformidade. E isso demanda toda a reestruturação do modelo e do sistema que se tem hoje.

Ante todas essas circunstâncias, é possível compreender a importância de se tratar do problema carcerário por meio de ADPF, pela mais alta corte do país. Não obstante, a pergunta que se impõe a seguir é se os ministros estão de fato dispostos a enfrentar o problema.

4.5 O HC n ° 165.704: estará o STF disposto a assumir a coordenação da reestruturação do sistema carcerário brasileiro?

Começo esta seção com uma pergunta feita pelo próprio relator da ADPF 347, em seu voto na medida cautelar inicial. No tópico denominado “O possível papel do Supremo”, o ministro Marco Aurélio lança o seguinte questionamento: “Qual papel o Supremo está legitimado a desempenhar ante o estágio elevadíssimo de inconstitucionalidades?”

Talvez este seja o maior e mais importante questionamento de todo esse trabalho. E, obviamente, não há ainda uma resposta correta.

A resposta à pergunta formulada no título dessa seção, bem como à questão elaborada pelo Ministro Marco Aurélio, passa pelo comportamento que os Ministros têm adotado em relação ao tema, desde a propositura da ação, percorrendo algumas decisões proferidas ao longo da tramitação do processo e, principalmente, a postura da Corte em relação a outras ações que tangenciam o mesmo tema e que estão em trâmite no STF.

Se é certo que, na primeira sessão realizada pelo Supremo na ADPF 347, no mês de setembro de 2015, na qual se decidiu sobre as medidas cautelares requeridas na petição inicial, os ministros se mostraram cientes, preocupados e até comovidos com a caótica situação carcerária no país, a verdade é que, passados mais de 6 (seis) anos desde a ocorrência dessa sessão, nenhuma medida ou ato processual de maior relevância no âmbito da ADPF foi tomado desde então.

Importante destacar que, no ano de 2021, foi iniciada seção virtual para julgamento do mérito do pedido (em 28 de maio de 2021), tendo o até então Ministro relator, Marco Aurélio,

proferido seu voto, julgando o pedido parcialmente procedente. Em seguida, o julgamento foi suspenso com pedido de vista do Ministro Roberto Barroso.

O inteiro teor do voto apresentado pelo Ministro Marco Aurélio ainda não foi publicado, mas, em linhas gerais, o voto do Ministro foi pela procedência parcial do pedido, confirmando a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” relativamente ao sistema carcerário brasileiro, e determinando uma série de medidas e providências visando a superação do quadro de violação massiva de direitos das pessoas em situação de encarceramento³⁰⁷.

Além disso, no mês de julho de 2021, o Ministro Marco Aurélio se aposentou do STF e, até então, a ADPF segue sem a designação de um novo relator. O processo permanece suspenso, com vistas ao Ministro Roberto Barroso³⁰⁸.

³⁰⁷ O voto do Ministro Marco Aurélio tem o seguinte conteúdo, em síntese: I - Assentou o prejuízo do pedido em relação à Medida Provisória nº 755/2016; II - Julgou procedente o pedido formulado na alínea “a” da peça primeira, declarando o estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema carcerário brasileiro; III – Julgou procedente, em parte, o pedido formalizado na alínea “b”, para, confirmando a medida acauteladora, determinar: a) aos juízes e tribunais, que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais, que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais, que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes, que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) à União, que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, a ser utilizado conforme a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos; IV - Julgou procedente, em parte, os pedidos veiculados nas alíneas “c” e “g” da inicial, determinando: 1. ao Governo Federal, a elaboração, no prazo de três meses, de plano nacional visando a superação, em, no máximo, três anos, do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, observadas as balizas mínimas voltadas a: (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos, relativamente a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) separação dos custodiados a partir de critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do crime; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à Justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para atuação nas instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades, sem o devido processo legal, nos estabelecimentos prisionais; (viii) tratamento adequado considerados grupos vulneráveis, como mulheres e população LGBT; 2. aos Estados e Distrito Federal, a formulação, observado o prazo de três meses, contados da publicação do plano formalizado pela União, de planos próprios, em harmonia com o nacional, visando a superação, em dois anos, do estado de coisas inconstitucional; e V - Julgou improcedentes os pedidos contidos nas alíneas “c”, quanto ao encaminhamento do plano federal ao Supremo e à previsão dos recursos necessários à implementação; “d”, “e”, “f”, no tocante à deliberação do plano nacional e à previsão, pelos Estados e Distrito Federal, das verbas à implementação dos planos; “g”, “h” e “i” da inicial. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 28 de maio de 2015. Brasília: STF, 2015b. Até o momento, o inteiro teor do voto ainda não foi disponibilizado no sítio do STF da internet.

³⁰⁸ Até a entrega deste trabalho esta é a movimentação que consta do sítio do STF em relação à tramitação da ADPF 347, sem prejuízo de novas movimentações que possam ter ocorrido desde então.

Na verdade, o que de mais relevante foi feito em relação à situação do sistema carcerário no Brasil não adveio da ADPF 347, mas de outra ação em trâmite no STF. Trata-se do *Habeas Corpus* coletivo nº 165.704/DF³⁰⁹, impetrado pela Defensoria Pública da União no dia 27 de novembro de 2018. Este HC está sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

O pedido feito inicialmente neste HC, foi a conversão da prisão preventiva/cautelar em prisão domiciliar em favor de todas as pessoas que se encontram presas e que têm, sob sua única responsabilidade, a tutela de pessoas com deficiência e crianças menores de 12 anos de idade.³¹⁰

A ordem de *Habeas Corpus* coletivo foi concedida pela 2ª Turma do STF em 20 de outubro de 2020, sendo determinada a substituição da prisão provisória dos pais e outros responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência pela prisão domiciliar, desde que observadas algumas condicionantes listadas no voto condutor.³¹¹

Mas, o que de fato sobreleva para os fins deste trabalho não é a concessão do HC em si, mas as consequências advindas desta concessão, que, por tamanha relevância, entendo ser necessário tratar de forma mais detalhada aqui. Ao meu ver, as medidas tomadas no âmbito deste HC após a decisão de mérito foram de longe as mais importantes em relação ao tema do sistema carcerário brasileiro.

Além disso, creio que este processo é, até então, uns dos mais importantes no marco do processo estrutural brasileiro. Isso porque, em primeiro lugar, o Ministro Gilmar Mendes, em

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 165.704/DF**. Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Lesão a direitos individuais homogêneos. Caracterização do habeas corpus como cláusula pétrea e garantia fundamental. Máxima efetividade do writ. Acesso à justiça. 2. Direito Penal. Processo Penal. Pedido de concessão de prisão domiciliar a pais e responsáveis por crianças menores ou pessoas com deficiência. 3. Doutrina da proteção integral conferida pela Constituição de 1988 a crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. Normas internacionais de proteção a pessoas com deficiência, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional. Consideração dos perniciosos efeitos que decorrem da separação das crianças e pessoas com deficiência dos seus responsáveis. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 out. 2020. Brasília: STF, 2020.

³¹⁰ Apenas para que se entenda o contexto dos fatos, este *Habeas Corpus* foi impetrado em decorrência de outro HC coletivo impetrado anteriormente no STF, qual seja, o HC 143.641/SP, julgado pela 2ª Turma do STF em 20/02/2018. Nesta ação, foi deferida ordem para que se convertesse a prisão preventiva em domiciliar de mulheres presas, em todo território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos de idade ou pessoas com deficiência. O que se alegou no HC 165.704/DF, ora analisado, é que a decisão proferida naquele HC acabou por discriminar as crianças que não possuem mães, estando sob responsabilidade de outros familiares, o que feriria o princípio da igualdade. Pleiteou-se, então, a extensão dos efeitos daquele HC para todas as pessoas presas que se encontram nessa situação, qual seja, responsável pelos cuidados de pessoas com deficiência ou crianças.

³¹¹ Deixo de citar as condicionantes determinadas pelo STF por não terem relevância nesta pesquisa. O voto está disponível em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Execução no Habeas Corpus nº 165.704/DF**. Penal e Processo Penal. Habeas Corpus coletivo. Fase de implementação do acórdão. Realização de audiência pública para identificação dos entraves ao cumprimento da decisão, conforme estabelecido pela Segunda Turma. Necessidade de monitoramento do cumprimento do acórdão. Expedição de ofícios aos Tribunais para que apresentem dados sobre o cumprimento. Designação de nova audiência de seguimento/monitoramento direto. Submissão da questão à Segunda Turma. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 ago. 2021. Brasília: STF, 2021b.

seu voto condutor, deixou expresso que o caso em análise se trata de uma ação de “dimensão estrutural”, em suas palavras. Relacionou o objeto do HC com o problema de superlotação do sistema carcerário e apontou que se trata de um problema policêntrico, fazendo menção expressa a diversos problemas e processos estruturais no direito comparado, deixando explícito que o problema do sistema carcerário se trata de um problema de natureza estrutural.

E mais do que isso, o Ministro consignou a necessidade de retenção da jurisdição pela Corte e de monitoramento e fiscalização do cumprimento da ordem proferida. Salientou que nos processos estruturais, mais do que a fase de conhecimento, a fase de execução é que mais importa, em busca de trazer efetividade para a decisão de mérito proferida.

Sem dúvida, a condução deste processo pelo Ministro Gilmar Mendes demonstra uma atuação do STF no sentido de se aplicar os instrumentos do processo estrutural, e, notadamente, a necessidade de se manter a jurisdição da Corte após a concessão da decisão, ou seja, na fase execução, garantindo-se a eficácia das medidas adotadas, para que a decisão não se torne letra morta, o que reiteradamente tem acontecido no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade³¹².

Desde a prolação da decisão de mérito no HC 165.704, o Ministro relator, assim como os demais Ministros da 2ª Turma do STF, tem demonstrando grande preocupação com a falta de cumprimento das determinações da Corte pelos órgãos do Poder Judiciário, bem como da manutenção da situação de degradação e penúria do sistema carcerário brasileiro, praticamente sem nenhuma melhoria desde a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” na ADPF 347, ainda no ano de 2015.

As declarações dos Ministros nas diversas sessões ocorridas no âmbito do HC 165.704 demonstram essa preocupação e a necessidade de que o STF atue de forma mais efetiva na fase de implementação do acórdão, especialmente em relação ao cumprimento das medidas e providências determinadas, assumindo um papel de condutor e fiscalizador direto da aplicação das medidas determinadas. Os Ministros afirmaram que o Tribunal não pode ter um papel estático, mas dinâmico, ou seja, deve buscar efetivamente a constitucionalização de uma

³¹² Preocupação que foi demonstrada pelos Ministros da 2ª Turma do STF nas sessões de julgamento do HC 165.704/DF, especialmente da Ministra Carmem Lúcia. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Execução no Habeas Corpus nº 165.704/DF**. Penal e Processo Penal. Habeas Corpus coletivo. Fase de implementação do acórdão. Realização de audiência pública para identificação dos entraves ao cumprimento da decisão, conforme estabelecido pela Segunda Turma. Necessidade de monitoramento do cumprimento do acórdão. Expedição de ofícios aos Tribunais para que apresentem dados sobre o cumprimento. Designação de nova audiência de seguimento/monitoramento direto. Submissão da questão à Segunda Turma. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 ago. 2021. Brasília: STF, 2021b. p. 15.

situação que se encontra inconstitucional. Isso ficou muito claro especialmente nas falas da Ministra Carmem Lúcia ao longo das sessões da 2ª Turma³¹³.

Em uma dessas sessões, ocorrida no dia 13 de abril de 2021, o Ministro Gilmar Mendes fez os seguintes questionamentos e apontou suas preocupações em relação à situação do sistema carcerário, se referindo à decisão cautelar proferida na ADPF 347:

O que mudou depois? Depois do estado de coisa inconstitucional, como isso refletiu na realidade? Nós, por exemplo, naquele julgamento, um julgamento importante, tomamos a decisão no sentido de não mais aceitar o contingenciamento das verbas do Funpen, e houve, então, deliberação nesse sentido. Acho até que o Ministro Alexandre ainda integrava o Executivo e reformulou aquele Fundo, prevendo até mesmo que houvesse a possibilidade de compras e aquisição de tornozeleira eletrônica. Mas, para além disso, nós não expandimos significativamente as vagas, portanto continuamos com essa superlotação. Nas conversas que temos tido, especialmente com o Ministro Lewandowski, com a Ministra Carmen, nós sempre nos deparamos com essa inefetividade³¹⁴.

Nesta mesma sessão, foi assentada a necessidade de designação de audiência pública para coleta de dados em relação ao cumprimento das medidas determinadas no HC, além de discutir as questões relacionadas às dificuldades enfrentadas pelos Tribunais para a efetivação da ordem coletiva.

Com efeito, nos dias 14 e 15 de junho de 2021, foi realizada, por meio virtual, a mais ampla e importante audiência pública tendo por objeto o sistema carcerário brasileiro. Foram ouvidas dezenas de pessoas representando as mais diversas instituições que atuam diretamente no sistema prisional, com pessoas presas e seus familiares, e no âmbito dos direitos humanos.³¹⁵As contribuições trazidas nesta audiência foram de grande valor para que se

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 165.704/DF**. Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Lesão a direitos individuais homogêneos. Caracterização do habeas corpus como cláusula pétrea e garantia fundamental. Máxima efetividade do writ. Acesso à justiça. 2. Direito Penal. Processo Penal. Pedido de concessão de prisão domiciliar a pais e responsáveis por crianças menores ou pessoas com deficiência. 3. Doutrina da proteção integral conferida pela Constituição de 1988 a crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. Normas internacionais de proteção a pessoas com deficiência, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional. Consideração dos perniciosos efeitos que decorrem da separação das crianças e pessoas com deficiência dos seus responsáveis. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 out. 2020. Brasília: STF, 2020.

³¹⁴ Fala do Ministro Gilmar Mendes na sessão designada para julgamento da 41ª extensão no HC 165.704/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Quadragesima Primeiro Extensão no Habeas Corpus nº 165.704/DF**. Penal. Processo Penal. Habeas Corpus coletivo em favor de todos os presos que têm sob a sua única responsabilidade pessoas com deficiência e crianças. Substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Art. 318, III e VI, do CPP. Ordem concedida. Pedidos de extensão. Matéria estranha ao feito ou não demonstração dos requisitos necessários à extensão da ordem. Fase de implementação do acórdão. Necessidade de realização de audiência pública. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 13 abr. 2021. Brasília: STF, 2021c.

³¹⁵ Dentre as várias autoridades ouvidas, destaco o advogado Daniel Sarmento, subscritor da ADPF 347, além de representantes das Defensorias Públicas estaduais e da União, pesquisadores e especialistas representantes de entidades ligadas a universidades federais, magistrados e membros do Ministério Público.

demonstrasse o real e atual cenário enfrentado, bem como a quase total ausência de modificações e melhoras do sistema desde a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional”³¹⁶.

Não obstante esta audiência pública tenha sido o mais importante ato do STF (e do Poder Judiciário de uma forma geral) no sentido de conhecer e discutir o sistema carcerário, surpreendentemente este instrumento processual não foi utilizado no âmbito da ADPF 347, mas de um HC coletivo, cujo objeto inicial era bem mais restrito do que os amplos pedidos formulados na ADPF.

Além desta primeira audiência pública, duas outras já foram realizadas na fase de execução do HC 165.704, sendo uma no mês de setembro de 2021 e outra no mês de dezembro do mesmo ano. A maior preocupação demonstrada pelos Ministros, seja durante a audiência, seja em sessões da 2ª Turma no âmbito deste HC, é com a falta de efetividade da decisão do STF, não só neste caso específico, mas de uma forma geral no que tange às decisões proferidas no controle de constitucionalidade.

As discussões levantadas neste HC são de extrema importância na delimitação do papel do STF como condutor e fiscalizador da implementação de medidas proferidas em diversas ações constitucionais que envolvem mudanças sociais, especialmente de grupos mais vulneráveis. Foi assentada a necessidade de que o STF seja um tribunal com atuação dinâmica, ou seja, sua atribuição não pode se encerrar com a prolação de um acórdão. É necessário que haja a retenção da jurisdição da Corte, com monitoramento e fiscalização das medidas determinadas.

O Ministro Gilmar Mendes faz referência, inclusive, à conduta da Corte Constitucional Colombiana no emblemático caso dos deslocamentos forçados (analisado no capítulo 3 desta pesquisa), asseverando que o sucesso daquele caso ocorreu em razão da retenção da jurisdição pela Corte Constitucional e acompanhamento direto da evolução do caso durante mais de uma década.

³¹⁶ As principais manifestações e contribuições apresentadas pelos diversos interessados no decorrer da audiência pública foram compilados pelo Ministro Gilmar Mendes em acórdão proferido no âmbito do HC 165.704, BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Execução no Habeas Corpus nº 165.704/DF**. Penal e Processo Penal. Habeas Corpus coletivo. Fase de implementação do acórdão. Realização de audiência pública para identificação dos entraves ao cumprimento da decisão, conforme estabelecido pela Segunda Turma. Necessidade de monitoramento do cumprimento do acórdão. Expedição de ofícios aos Tribunais para que apresentem dados sobre o cumprimento. Designação de nova audiência de seguimento/monitoramento direto. Submissão da questão à Segunda Turma. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 ago. 2021. Brasília: STF, 2021b.

No caso do HC 165.704, o Ministro relator deixou consignada a necessidade de acompanhamento direto pelo STF da implementação das medidas e de eventual necessidade de correção de rota, destacando ser preciso que a implementação seja progressiva e gradual, “[...] tendo em vista a expressiva quantidade de Tribunais envolvidos e de eventuais pessoas que possam ser impactadas pelo cumprimento da ordem.”³¹⁷. Além disso, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que as audiências públicas de seguimento devem ser realizadas de forma compartimentadas, em blocos compostos por Tribunais cujas características e problemas sejam semelhantes, o que, segundo ele,

[...] possibilitará o acompanhamento mais específico e aprofundado dos problemas enfrentados para o cumprimento do acórdão, bem como das medidas a serem adotadas para a superação do estado de coisas inconstitucional, no âmbito judicial, do sistema penitenciário brasileiro³¹⁸.

Sem dúvida nenhuma, a condução do HC 165.704/DF pelo Ministro Gilmar Mendes, bem como a preocupação demonstrada pelos demais Ministros da 2ª Turma do STF em relação à necessidade de tornarem suas decisões em controle de constitucionalidade mais efetivas, especialmente as relacionadas ao sistema carcerário brasileiro, apontam no sentido de que há interesse por parte da Corte de enfrentar o problema de perto, assumindo o papel de coordenação da reestruturação do sistema prisional, contando com a ajuda de outros órgãos e instituições, especialmente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), além dos próprios Tribunais Federais e Estaduais brasileiros.

Essa assunção de responsabilidade por parte dos Ministros do STF, sem dúvida, é o ponto mais importante para se contornar a situação de inconstitucionalidade enfrentada pelo sistema prisional brasileiro, conduzindo-o de volta ao trilho da constitucionalidade. É preciso reafirmar, nas palavras da Ministra Carmem Lúcia, a “[...] obrigação do Supremo, como o órgão

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Execução no Habeas Corpus nº 165.704/DF**. Penal e Processo Penal. Habeas Corpus coletivo. Fase de implementação do acórdão. Realização de audiência pública para identificação dos entraves ao cumprimento da decisão, conforme estabelecido pela Segunda Turma. Necessidade de monitoramento do cumprimento do acórdão. Expedição de ofícios aos Tribunais para que apresentem dados sobre o cumprimento. Designação de nova audiência de seguimento/monitoramento direto. Submissão da questão à Segunda Turma. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 ago. 2021. Brasília: STF, 2021b. p. 15.

³¹⁸ *Ibidem*.

judicial que tem a guarda da Constituição, de determinar as providências da constitucionalização daquilo que hoje esteja inconstitucional.”³¹⁹.

E, mais do que obrigação do STF, conforme declarado pelo Ministro Marco Aurélio, ainda no ano de 2015:

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos³²⁰

Por fim, demonstrado o interesse dos Ministros do STF de assumirem o papel de condutor das mudanças necessárias no sistema prisional brasileiro, o que tem sido feito pela 2ª Turma do STF no âmbito do HC 165.704, o questionamento que remanesce, então, é o seguinte: qual será o destino da ADPF 347?

O questionamento é relevante porque é possível observar que, enquanto a ADPF permanece na mais profunda inércia, sem nenhum ato processual de maior relevância no sentido de dar efetividade às medidas determinadas no decorrer do processo, medidas mais eficazes têm sido tomadas em outros processos que versam sobre o sistema prisional, especialmente no HC 165.704³²¹.

Verifica-se que o objeto deste HC tem sido consideravelmente alargado, para abrigar não somente as hipóteses deferidas na ordem inicial (referente aos presos responsáveis por pessoas com deficiência e crianças), mas casos de superlotação dos presídios, torturas e outras violações de direito nos mais diversos estabelecimentos prisionais do país.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Quadragesima Primeiro Extensão no Habeas Corpus nº 165.704/DF**. Penal. Processo Penal. Habeas Corpus coletivo em favor de todos os presos que têm sob a sua única responsabilidade pessoas com deficiência e crianças. Substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Art. 318, III e VI, do CPP. Ordem concedida. Pedidos de extensão. Matéria estranha ao feito ou não demonstração dos requisitos necessários à extensão da ordem. Fase de implementação do acórdão. Necessidade de realização de audiência pública. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 13 abr. 2021. Brasília: STF, 2021c. p. 10.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 28 de maio de 2015. Brasília: STF, 2015b.

³²¹ Outras decisões importantes têm sido proferidas por diversos Tribunais no sentido de diminuir a caótica situação do sistema prisional, como, por exemplo, decisão do STJ que concedeu remissão de pena a detento em razão da situação degradante enfrentada durante o cumprimento de pena. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ministro manda contar em dobro todo o período de pena cumprido em situação degradante**. Brasília: STJ, 2021a.

Embora o objeto da ADPF 347 seja muito mais amplo, e estar afeto ao Tribunal Pleno, não somente uma das Turmas, o que se verifica é que a condução dos trabalhos tem sido encabeçada pela 2ª Turma do Tribunal.

Além do mais, desde a aposentadoria do Ministro Marco Aurélio, até então relator da ADPF, esta ação não conta nem mesmo com um relator, além do julgamento permanecer suspenso há quase um ano, em razão do pedido de vistas do Ministro Roberto Barroso.

Será que a função da ADPF 347 foi tão somente a de declarar o “Estado de Coisas Inconstitucional”? Será que seu único papel foi o de luz e relevância para a matéria, gerando o efeito simbólico de pressionar o Poder Judiciário e demonstrar para a sociedade os graves problemas do sistema prisional brasileiro, ou ainda se pode esperar atitudes mais proativas por parte do STF nessa ação constitucional, mediante a adoção de medidas realmente eficazes para a reestruturação do sistema prisional?

Essa questão ainda não tem resposta, ao menos até que se defina o prosseguimento da ADPF, com a nomeação de novo relator, finalização do julgamento e as providências que serão adotadas a partir daí. Voltarei a tratar sobre os pontos aqui levantados no último capítulo desta pesquisa.

5 A IMPLEMENTAÇÃO DA REFORMA ESTRUTURAL PELO PODER JUDICIÁRIO

A Corte não se reúne para fazer pronunciamento contendo recomendações. Não é um sínodo de bispos, nem uma premiação coletiva de poetas. A corte não se reúne, observou o Sr. Freund “para compor antologias”. [...] A Corte é um órgão do Estado. É uma Corte de Direito, a qual exerce o poder estatal solucionando controvérsias concretas.³²²

Neste quinto capítulo, retomo as discussões acerca das duas fases do processo estrutural e da implementação das reformas estruturais pelo Poder Judiciário. Será tratado ainda o tema do ativismo judicial e suas principais objeções doutrinárias, bem como as respostas apresentadas pelos doutrinadores para justificar e legitimar a atuação do Poder Judiciário, especificamente quanto aos processos estruturais.

Nesse sentido, serão analisadas nos dois próximos tópicos duas teorias que pretendem reforçar a legitimidade do Poder Judiciário ao mesmo tempo que impõe soluções práticas para a implementação de modificações sociais complexas deduzidas nos processos de natureza estrutural.

A primeira delas é denominada “ativismo judicial estrutural dialógico” e foi desenvolvida por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, no contexto do “Estado de Coisas Inconstitucional” colombiano.

A outra teoria é o experimentalismo, desenvolvido pelos autores estadunidenses William Simon e Charles Sabel³²³, na conjuntura das *structural reforms* dos Estados Unidos. Essa, aliás, é a teoria utilizada como marco teórico deste trabalho, motivo pelo qual será abordada de forma mais aprofundada e detalhada.

A escolha por estas duas teorias se justifica em razão de toda esta pesquisa permear as situações vivenciadas pelos Estados Unidos e pela Colômbia em relação às reformas prisionais promovidas nestes países. Assim, ainda que eu não desconheça a existência de diversas outras teorias acerca dos métodos de implementação de medidas estruturais, optei por trabalhar as duas que reputei mais pertinentes à construção da resposta ao meu problema de pesquisa.

³²² BICKEL *apud* FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 98.

³²³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018.

5.1 As duas fases do processo estrutural

Na última seção do capítulo 2 deste trabalho, ao tratar das decisões estruturais e o desafio de sua implementação, afirmei que a maioria da doutrina brasileira sustenta que os processos estruturais são constituídos de duas fases bem demarcadas, sendo a primeira a fase de cognição, e a segunda, pós-decisão, a fase de implementação.

Conforme já anotado naquele capítulo, a primeira fase processual é destinada ao diagnóstico do problema estrutural, isto é, busca-se demonstrar a existência de omissões e falhas estruturais em determinada instituição ou entidade governamental, a reclamar a realização de uma reforma estrutural.

Além disso, uma vez constatado o problema, a sentença estrutural deverá estabelecer a meta a ser atingida – “o estado ideal de coisas”. Tudo isso será construído no decorrer da instrução processual e revelado por meio do provimento jurisdicional.

A decisão estrutural, que encerra a primeira fase do processo, portanto, é aquela que descreve o diagnóstico de problema estrutural e define qual a meta ou standard de conformidade a ser atingido, de modo a reverter do estado atual de desconformidade.

Como afirmado anteriormente, a demonstração do problema estrutural não é a parte mais difícil do processo estrutural. Ao contrário, o pano de fundo dessas ações normalmente aponta para situações tão nítidas de degradação e violação de direitos que não há grandes divergências entre os autores e demandados quanto à constatação acerca da existência de um problema de natureza estrutural.

No caso das prisões brasileiras, por exemplo, como visto no capítulo anterior, não há quem não reconheça a existência situação de grave degradação e de violação extrema de direitos a que estão submetidas as pessoas encarceradas. Não há quem discorde do diagnóstico de inconstitucionalidade desse sistema. Até mesmo os entes estatais e órgãos públicos responsáveis admitem a falha e omissão estrutural. E assim também ocorre em todas as áreas em que esteja presente um problema de natureza estrutural. O diagnóstico é fácil e normalmente não gera grandes discussões e discordâncias por parte dos envolvidos

Dessa forma, é possível concluir que a primeira fase do processo estrutural não é a mais complexa. Ainda que seja desejável que a sentença apresente ao menos um esboço acerca o padrão mínimo de conformidade que se busca atingir com a reforma estrutural, não há obrigatoriedade de que o plano completo seja apresentado logo de início. Por isso se fala em

sentenças de seguimento ou decisões em cascata. A solução não será dada na primeira fase processual, mas construída ao longo da segunda fase, de execução.

Daí se falar na maior importância e complexidade da segunda fase do processo estrutural, a fase de implementação. É nessa fase que será dada forma concreta à reestruturação da instituição que se encontra em estado de desconformidade. É a fase da reforma estrutural propriamente dita. Conforme afirmado por Arenhart, Osna e Jobim,

[...] todo processo de conhecimento almeja um momento em que se espera a aplicação do Direito ao caso, de modo a “solucionar” a controvérsia posta à análise judicial. O processo estrutural, porém, trabalha com lógica um pouco diversa: embora seja importante o momento do “pronunciamento judicial”, não é ele o ápice da prestação jurisdicional.³²⁴

Esse entendimento acerca das duas fases do processo estrutural, bem desenvolvido pelos estudiosos brasileiros³²⁵, tem raiz nas construções teóricas acerca dos processos estruturais nos Estados Unidos, notadamente nos estudos de Owen Fiss³²⁶ e Abram Chayes³²⁷.

Com efeito, desde as décadas de 1960 e 1970, esses autores já assentavam essa característica distintiva dos processos estruturais, destacando a maior importância que se deve atribuir à fase processual de implementação das reformas estruturais, ao contrário do que se via nos chamados processos tradicionais (Chayes) ou de solução de controvérsias (Fiss), nos quais a jurisdição se encerra logo após a prolação da sentença e determinação da medida executiva adequada ao caso, sendo excepcionais os casos em que a execução se protraí no tempo.

Fiss descreve a fase de execução do processo estrutural como uma longa e contínua relação entre o juiz e a instituição, que dura até a eliminação da condição que ameaça os valores constitucionais³²⁸. Segundo o autor, “[...] a medida judicial envolve a corte em nada menos que a reorganização de uma instituição existente, forma a remover a ameaça que ela representa para os valores constitucionais.”³²⁹. Por conseguinte, a medida determinada pelo juiz no caso

³²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 187.

³²⁵ Por todos, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do Processo Estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 15. p. 423-465.

³²⁶ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade**. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

³²⁷ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

³²⁸ FISS, *op. cit.*, p. 63.

³²⁹ *Ibidem*, p. 63-64.

concreto deve dar a “[...] um valor constitucional um significado mais tangível e vigoroso do que uma mera declaração do que é certo.”³³⁰.

Com essa percepção, Fiss traz à tona a necessidade de se tornar concreta a decisão estrutural. Há uma distância enorme entre reconhecer direitos e formular estratégias eficazes par tornar esses direitos operantes, eliminando a ameaça imposta pelo mau funcionamento da estrutura estatal. Para o autor, “[...] direitos e medidas judiciais, em conjunto, constituem o significado de um valor público”.³³¹ A medida judicial constitui a realização do direito.

E continua o autor, afirmando que a delegação da tarefa de implementar a outro órgão, criaria, necessariamente, “[...] o risco de distorção do direito pela medida judicial, e o de permanecermos sem o verdadeiro significado do valor constitucional.”³³². Deve-se confiar ao próprio Judiciário a atividade de implementação das medidas, para que “[...] a integridade da própria atividade de conferência de significados seja preservada.”³³³.

Certamente, o papel dos juízes e dos tribunais nos processos estruturais deve ser mais do que declarar o estado de desconformidade da instituição demandada. É necessário que juiz seja mais proativo e busque estratégias para que a sentença seja efetivamente concretizada e não somente permaneça no papel.

De acordo com Edilson Vitorelli, “[...] o indicar de qualidade de um processo estrutural é a medida da resolução do problema institucional apresentado, não a simples prolação de sentença e baixa dos autos ao arquivo. O bom processo é o que proporciona resultados sociais significativos.”³³⁴.

Em conclusão, ainda que se possa atribuir à sentença no processo estrutural um importante efeito simbólico de jogar luz em problemas sociais que até então permaneciam à margem do conhecimento público, colocando pressão nas autoridades públicas para que as desconformidades sejam corrigidas, o momento que mais releva e deve ser dada a devida importância é a fase de implementação do processo, isto é, da concretização da reforma estrutural.

Não obstante, é justamente essa ampliação da atividade do Poder Judiciário nos processos estruturais, provocada pela necessidade de retenção da jurisdição na fase de execução e intervenção direta de juízes em áreas e atividades que, ordinariamente, são atribuídas aos

³³⁰ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 89.

³³¹ *Ibidem*, p. 98.

³³² *Ibidem*, p. 98.

³³³ *Ibidem*, p. 99.

³³⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 303.

outros Poderes, como a efetivação de direitos sociais e implantação de políticas públicas, o que acaba por despertar críticas e objeções por parte da doutrina, o que será tratado a seguir.

5.2 Ativismo judicial e processo estrutural: as velhas discussões sobre (i)legitimidade democrática, capacidade institucional e separação de poderes.

Como visto no tópico anterior, a segunda fase de um processo estrutural é voltada para a implementação de medidas práticas que levarão à superação do estado de desconformidade ou inconstitucionalidade em que se encontra determinada instituição ou da implementação ou correção e política pública diante de falhas e omissões estruturais.

Além disso, como já foi tratado por diversas vezes ao longo deste trabalho, em se tratando de processo judicial estrutural, é importante que a implementação seja promovida também pelo Poder Judiciário, por meio da retenção da jurisdição, coordenação e monitoramento constante do plano de reforma. Isso torna mais possível que se alcance o sucesso da reforma estrutural, evitando que a decisão judicial permaneça tão somente no papel, tornando-se ineficaz para provocar as mudanças sociais almejadas.

Ocorre que, essa atuação mais ativa do Poder Judiciário desperta velha discussão entre os doutrinadores do Direito, que não se restringe aos processos estruturais, mas à atividade do Poder Judiciário de uma forma geral. Trata-se da “polêmica” em torno do ativismo judicial.

O ativismo judicial pode ser caracterizado pela postura mais expansiva e proativa por parte dos juízes e tribunais, adentrando em matérias de cunho político-normativo, bem como se enveredando por temas sensíveis e controvertidos acerca da validade, interpretação e alcance de princípios e normas constitucionais. Carlos Alexandre de Azevedo Campos define o ativismo judicial como

[...] o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes políticos-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; c) se manifestam por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.³³⁵

³³⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 228. Não desconheço que o termo “ativismo judicial” não possui um conceito fechado, podendo ser interpretado sob diversas perspectivas. Não obstante, optei por trazer o conceito de Carlos Alexandre Azevedo Campos, desenvolvido em sua dissertação de mestrado, no qual o autor se dedicou a estudar sobre o tema, publicando posteriormente a obra denominada “Dimensões do Ativismo Judicial no STF”. A opção por trabalhar o conceito deste autor se deve à escolha do referencial teórico desta pesquisa, e porque a tese desenvolvida posteriormente por Campos, partindo de tal conceituação será trabalhada no próximo tópico.

Como dito anteriormente, a crítica ao ativismo judicial não se restringe aos processos estruturais, tendo surgido antes mesmo de se falar nas *structural reforms* estadunidenses³³⁶. No entanto, em se tratando de processos estruturais, a resistência se torna ainda maior, uma vez que, nesses casos, a atuação do Poder Judiciário torna-se ainda mais ativa, falando-se mesmo em substituição dos outros Poderes em razão de suas falhas e omissões.

As críticas ou objeções apontadas pela doutrina acerca do ativismo das Cortes podem ser condensadas em três principais argumentos, quais sejam, a falta de legitimidade democrática, a falta de capacidade institucional para lidar com problemas sociais complexos, e, por fim, a violação da separação de poderes.

A primeira dessas críticas é a suposta falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para a atuação ativista em problemas sociais e políticas públicas, tendo em vista que seus membros não foram eleitos democraticamente, e, por isso, não representariam a sociedade e a “vontade do povo” (ou das maiorias). Nesse sentido, deveria o Poder Judiciário se autoconter e dar deferência aos Poderes Executivo e Legislativo, os quais seriam os verdadeiros legitimados para a implementação de políticas públicas e sociais.

Nessa mesma linha é a crítica relacionada à suposta violação da separação de poderes pelo Poder Judiciário, na medida em que sua atuação ativista acaba por incidir sobre as atribuições típicas dos outros Poderes, usurpando-lhes a função. Conforme destaca Carlos Alexandre de Azevedo Campos,

[...] teóricos acusam a ilegitimidade democrática de juízes não eleitos pelo voto popular tornarem inválidas, nulas decisões tomadas por agentes políticos eleitos pelo povo. Essas objeções se mostram ainda mais salientes, reforçadas pelo argumento conexo da separação de poderes, diante de decisões que interferem em políticas públicas. Três fundamentos inter-relacionados explicam de modo abrangente a objeção democrática: a superioridade do Legislativo como representante dos anseios sociais, a ideia de autogoverno popular e “o mal” da supremacia judicial.³³⁷

No âmbito dos processos estruturais, a preocupação com a crítica democrática perpassou até mesmo os estudos de Owen Fiss e Abram Chayes, ainda nas décadas de 1960 e 1970. Esses autores dedicaram parte de seus trabalhos para justificar e assentar a legitimidade das Cortes

³³⁶ As críticas às posturas ativistas do Poder Judiciário remontam ao final do século XIX e início do século XX, nos Estados Unidos, quando vários teóricos apontaram objeções à incursão do Poder Judiciário em matérias que não seriam de sua competência, especialmente a interpretação e aplicação de normas Constitucionais. Sobre o assunto, remeto o leitor à seguinte obra: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. São Paulo: Editora Forense, 2014.

³³⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 235.

para atuação nas reformas estruturais, bem como afastar possíveis objeções doutrinárias que pudessem surgir acerca de suas teorias. Em relação ao tema, Owen Fiss fez as seguintes ponderações

Como um tipo de adjudicação de valores, a reforma estrutural é em grande parte distinta pelo esforço de dar significado aos valores constitucionais no que tange ao funcionamento de organizações de grande porte. Essa aspiração organizacional tem consequências importantes para a forma de adjudicação, levantando problemas de legitimidade novos e distintos. Porém, muitas das críticas à reforma estrutural, [...] têm como foco aquela característica comum a todas as formas de prestação jurisdicional consistentes em uma *injunction*: o fato que os juízes são investidos de muito poder.³³⁸

Fiss aponta ainda qual seria o principal argumento utilizado pelos críticos, qual seja, a ideia de supremacia do Poder Legislativo, legítimo representante do “povo”. O Judiciário somente seria legitimado a atuar diante de uma “falha legislativa”, isto é, se houvesse alguma razão para considerar os processos legislativos adequados³³⁹.

Entretanto, rebate o argumento de supremacia do Poder Legislativo em relação ao Judiciário, afirmando que cabe a este, ao lado dos demais Poderes, dar sentido aos valores constitucionais. Fiss destaca que, enquanto os poderes majoritários (Executivo e Legislativo) estariam preocupados precipuamente com as “preferências da população”, ou seja, com a vontade das maiorias, sem que se possa garantir que tais vontades sejam conciliadas com as ideias constitucionais básicas³⁴⁰, a atividade jurisdicional está amparada por dois aspectos que forçam os juízes a atuarem de forma objetiva, “[...] não para expressar suas preferências ou crenças pessoais acerca do que é certo e justo, ou as preferências populares, mas para o constante empenho na busca do verdadeiro significado dos valores constitucionais.”³⁴¹. Esses aspectos, segundo Fiss, são: 1) a obrigação do juiz de participar de um diálogo processual, ou seja, garantir o devido processo legal, a efetivação do princípio do contraditório e fundamentar suas decisões; e 2) a sua independência, caracterizada pela imparcialidade e ausência de vinculação com as partes³⁴².

³³⁸ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 31.

³³⁹ Exemplos de “falha legislativa” seriam “restrição ao direito de voto e a discriminação de uma minoria determinada e isoladas, um grupo incapaz de formar coalizões e, conseqüentemente, de participar efetivamente em políticas majoritárias.” *Ibidem*, p. 32.

³⁴⁰ Como era o caso dos atos normativos e políticas que legitimavam a segregação por raça nos Estados Unidos no início do século XX, como a “doutrina do *separate but equal*”, que somente começou a deixar de prevalecer a partir da emblemática decisão *Brown v. Board of Education*, de 1954.

³⁴¹ FISS, *op. cit.*, p. 42.

³⁴² *Ibidem*.

Partindo dessa perspectiva, Fiss chega então à conclusão de que

[...] postular simplesmente a supremacia dos Poderes majoritários, a saber: o Legislativo e o Executivo, [...] não é uma resposta, pois, conforme exposto, as preferências do povo não são o padrão e não existe uma conexão perceptível entre o majoritarismo e o significado de um valor constitucional. As cortes podem encontrar dificuldades para dar a um valor constitucional o seu significado correto, como também ocorreria com os demais Poderes. A história está repleta de erros, tanto do Legislativo e do Executivo, quanto do Judiciário.³⁴³

Abram Chayes também apresenta reflexões acerca da questão da legitimidade do Poder Judiciário, no contexto do *public law litigation*³⁴⁴. Ele destaca que a discussão em torno necessidade de adequação da atuação do Poder Judiciário com a teoria do governo representativo vem desde o final do século XIX, ainda sob os domínios do processo tradicional, sendo reafirmada com o maior desenvolvimento dos processos de interesse público, a partir de meados do século XX³⁴⁵.

O autor afirma que o papel dos tribunais em casos *public law litigation* se aproxima mais das funções administrativas e não do papel legislativo, na medida em que interfere em políticas públicas em matéria de educação, prisões, instituições de saúde mental, etc. Questiona ele, então, se a teoria democrática se presta a justificar a deferência nas situações cujas vítimas são pessoas privadas de liberdade, internos neuropsiquiátricos e habitantes de bairros pobres, na medida em que tais minorias protegidas pelos tribunais não têm acesso alternativo aos palanques de poder que manejam o sistema³⁴⁶.

Para além disso, Chayes argumenta que os processos de interesse público, ao contrário dos tradicionais, detêm novas fontes que asseguram a legitimidade das Cortes. Isso porque, para o autor, os processos de interesse público são maleáveis e fluidos e contam com a participação popular. E assegura ele que

A participação popular no judiciário não ocorre somente através da votação ou através da representação no legislativo. E a participação judicial não ocorre através de declarações de direito gerais e imutáveis, mas na forma de um diálogo contínuo e bastante provisório com outros elementos políticos - Congresso e Poder Executivo, agências administrativas, a profissão e acadêmicos, a imprensa e o público em geral.

³⁴³ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade**. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 44-45.

³⁴⁴ Neste trabalho usado como equivalente a processo estrutural, conforme abordado no capítulo 2.

³⁴⁵ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017. Acerca da diferenciação entre processos tradicionais e litígios de interesse público, remeto o leitor ao capítulo 2 deste trabalho, onde abordei as principais características de ambos e suas diferenças, conforme desenvolvido por Abram Chayes.

³⁴⁶ *Ibidem*.

[...] Em tal cenário, a capacidade de um pronunciamento judicial de se sustentar em diálogo e o poder da ação judicial de gerar consenso a longo prazo tornam-se as premissas e fundamentos essenciais de sua legitimidade. (tradução nossa)³⁴⁷.

Em síntese, par Chayes, além da conjuntura de falhas e omissões justificar a interferência do Judiciário nos casos de processos de interesse público, as características desse processo e, sobretudo os instrumentos de participação, democratizam a decisão judicial e conferem legitimidade à atuação do Poder Judiciário.

Além das críticas democrática e de suposta violação da separação de poderes, há ainda a terceira objeção doutrinária acerca do ativismo judicial, que é a relacionada com a (in)capacidade institucional do Poder Judiciário na definição de políticas públicas e interpretação das normas constitucionais e enunciados normativos ambíguos, indeterminados ou excessivamente genéricos. Faltaria aos juízes, a *expertise* para implementar modificações sociais, devendo-se, pois, privilegiar a capacidade política e técnica dos demais Poderes, razão pela qual deveriam os tribunais adotar posições mais cautelosas de deferência ao Legislativo e Executivo. Estes seriam os verdadeiros legitimados a dotar de sentido as normas constitucionais e tornar efetivos os anseios da população.

Assim como as críticas anteriores, essa última crítica acerca do ativismo judicial não se sustenta em um cenário que envolve a necessidade de reforma estrutural. Conforme destacado na primeira parte deste capítulo, problemas estruturais não se caracterizam, na maioria das vezes, por grandes divergências acerca da existência ou validade de determinado direito fundamental, e nem mesmo se questiona se há violação ou não de direitos, vez que a situação é flagrante. O que se observa, na maioria das vezes, são verdadeiras brechas de constitucionalidade, descumprimento geral e contínuo das normas constitucionais, atingindo grupos minoritários que não possuem capital político para buscar o reconhecimento de seus direitos. Não há, na maior parte dos casos, sequer um debate político acerca da questão, ou vontade dos entes governamentais de modificar o *status* vigente. A situação é de bloqueio político (como é o caso da situação prisional brasileira).

³⁴⁷ La participación popular em su seno no se produce solamente mediante el voto o por representación en la legislatura. Y la participación judicial no se produce a través de declaraciones generales e inmutables sobre el derecho, sino en la forma de un diálogo continuo y más bien tentativo con otros elementos políticos – el Congreso y el Poder Ejecutivo, agencias administrativas, la profesión y los académicos, la prensa y el público en general. [...] En un escenario de este tipo, la capacidad de un pronunciamiento judicial para sostenerse a sí mismo en el diálogo y el poder de acción judicial para generar consenso en el largo plazo, se convierten en las premisas y fundamentos esenciales de su legitimidad. CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Traducción de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017. p. 38.

Nesses casos, a busca ao Poder Judiciário é para que se faça valer a Constituição. É para que se tornem concretos e efetivos os direitos fundamentais descritos na carta constitucional. Busca-se garantias mínimas para uma vida digna, diante da prolongada omissão e desídia por parte do poder público. A realidade concreta sobrepõe teorias abstratas sobre superioridade ou legitimidade democrática ou sobre qual seria o órgão público mais capacitado para resolver os problemas sociais complexos.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos assinala os seguintes questionamentos e percepções sobre as referidas objeções doutrinárias, no contexto do “Estado de Coisas Inconstitucional”:

Como dizer da superioridade democrática e da maior capacidade institucional de legisladores e de governantes, frente a juízes e cortes, nos casos de absoluta inércia estatal e de falhas estruturais persistentes? Como dizer da maior participação política de minorias impopulares e estigmatizadas, se presente enorme déficit de representatividade parlamentar? Como admitir a superioridade democrática e institucional de legisladores e governantes ante um contexto de violação massiva de direitos fundamentais, assistida passivamente por esses agentes políticos? Por certo que tais questionamentos sugerem a impropriedade de respostas absolutas. Mesmo sendo válidas em abstrato as objeções, o exame dos limites da intervenção judicial legítima dependerá das peculiaridades dos casos julgados. E na hipótese de ser constatado um ECI, estarão presentes pressupostos de todo autorizados de um papel judicial mais ativo.³⁴⁸

Em verdade, essa abstrata “supremacia” dos Poderes Legislativo e Executivo sobre o Judiciário para a formulação de normas e capacidade de execução de políticas públicas somente seria sustentável em um contexto de pleno funcionamento dos dois primeiros, ou seja, desde que não exista, na realidade concreta de determinada sociedade, 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 sobrerrepresentação de grupos hegemônicos e a sub-representação de das minorias.”³⁴⁹.

Não se pode desejar que, num contexto de degradação massiva de direitos, o Poder Judiciário permaneça inerte e passivo, aguardando que os demais Poderes cumpram seu dever constitucional de efetivação de direitos, em função de uma abstrata necessidade de deferência e autocontenção. Ademais, é sempre importante salientar, por mais óbvio que seja, que os juízes e tribunais, mesmo nos processos estruturais, não agem de ofício, mas provocados por aqueles que querem ver seus direitos reconhecidos e assegurados. E, uma vez acionados, não podem

³⁴⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 248.

³⁴⁹ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 75-76.

simplesmente deixar de atuar em nome de uma suposta “supremacia democrática” dos Poderes Legislativo e Executivo.

Por óbvio, a atuação judicial nesse contexto não pode representar uma “supremacia judicial”, sob pena de se transformar em abuso o que seria uma atuação inicialmente legítima. Nesse sentido, deve o Poder Judiciário atuar, ainda que de forma mais ativa, seguindo as normas e princípios constitucionais, e de forma coordenar os outros Poderes na elaboração e implementação de medidas tendentes a modificar o estado de desconformidade que se apresenta. Seu papel não é substituir os demais Poderes inertes, mas retirá-los da situação de inércia, de modo que, de forma conjunta e coordenada, construam um programa destinado à promoção da reforma estrutural mais adequada ao caso concreto. De acordo com Owen Fiss,

A teoria da reforma estrutural, como qualquer outra forma de litígio constitucional, não exige que as cortes tenham a última palavra, mas que possam se pronunciar e o façam com certa autoridade, cuja medida é o processo. O direito do juiz ao pronunciamento e a obrigação de atendê-lo que possuem os demais não depende de seus atributos pessoais ou do conteúdo de sua mensagem, mas da qualidade de seu processo, ou seja, da sua capacidade de estar distanciado e separado das partes e do corpo político e, ao mesmo tempo, dar total atenção à demanda proposta, sendo predisposto a dar respostas em termos que transcendam preferências e sejam suficientes para fundamentar um julgamento considerado “constitucional”.³⁵⁰

Por fim, para que seja garantido esse equilíbrio entre os Poderes na busca da reforma estrutural de determinada instituição, evitando a ocorrência de abusos por parte dos membros do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, garantir a implementação e concretização de medidas que levem ao estado ideal, garantindo o sucesso do processo judicial, algumas teorias têm sido apresentadas por estudiosos da matéria.

Nessa linha, passo a tratar, nos dois próximos tópicos, de duas dessas teorias, que pretendem justificar e reforçar a legitimidade do Poder Judiciário ao mesmo tempo que impõe soluções práticas para a implementação de modificações sociais complexas deduzidas nos processos de natureza estrutural.

5.3 Ativismo judicial estrutural dialógico

Consoante assentado na seção anterior deste capítulo, é certo que a atuação do Poder Judiciário nos processos estruturais é uma atuação ativista. Arrisco dizer que é nos processos

³⁵⁰ FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.

judiciais que têm por objeto uma reforma de natureza estrutural onde se poderá observar a maior expansividade possível da atividade jurisdicional. Isso porque, nesse tipo de processo, os juízes e tribunais acabam por se imiscuir em assuntos que ordinariamente caberiam aos outros Poderes, como a elaboração e implementação de políticas públicas, ou o reconhecimento e efetivação de direitos fundamentais de certo grupo de pessoas.

É válido dizer também que existe um certo grau de risco nesse tipo de atuação por parte do Poder Judiciário. A possibilidade de sobreposição ou mesmo substituição dos demais Poderes pelo Poder Judiciário em casos de abusos de poder não pode ser descartada. Nesses casos, a atuação das Cortes deixa de ser legítima, passando a se falar em “supremacia judicial”, na qual somente a “palavra” do Poder Judiciário importa.

O correto é que haja equilíbrio entre os Poderes, uma ação coordenada entre eles, em que as competências e capacidades de cada um sejam levadas em conta na construção e execução de um programa destinado à superação das desconformidades.

A partir dessas premissas, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, no contexto do “Estado de Coisas Inconstitucional” colombiano, e com o intuito de rebater as objeções ao ativismo judicial e assegurar a legitimidade da atuação jurisdicional em conjunturas de violação massiva de direitos (ECI), desenvolveu em sua tese de doutorado a teoria por ele denominada de “ativismo judicial estrutural dialógico”³⁵¹.

Antes de passar à teoria propriamente dita, é preciso retomar o conceito de ativismo judicial e apresentar, ainda que de forma breve, as dimensões do ativismo identificadas por Campos³⁵².

Na seção anterior deste capítulo, afirmei que o ativismo judicial pode ser caracterizado pela atuação mais expansiva dos juízes e tribunais, interferindo em assuntos que ordinariamente não seriam de sua alçada. Na prática, essa proatividade pode ocorrer de diversas formas, como, por exemplo, “[...] a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros Poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, etc.”³⁵³.

³⁵¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

³⁵² Campos dedicou sua pesquisa de mestrado a desenvolver o conceito e dimensões do ativismo judicial, tendo como paradigma o Supremo Tribunal Federal. O trabalho foi publicado no ano de 2014, com o título “Dimensões do Ativismo Judicial do STF”, pela Editora Forense. Posteriormente, já no âmbito do doutorado, Campos utilizou de sua pesquisa anterior para desenvolver sua tese, que abrange o “Estado de Coisas Inconstitucional” colombiano e a atuação dos tribunais no contexto do ECI. *Ibidem*.

³⁵³ *Ibidem*, p. 230.

De acordo com Campos, é possível definir diversas dimensões para o ativismo das Cortes. Em sua pesquisa, o autor identificou cinco dimensões do ativismo judicial: metodológica, processual, estrutural ou horizontal, dimensão de direitos e antidialógica (única que é, *a priori*, ilegítima).

Em linhas gerais, a dimensão metodológica é caracterizada pela atividade judicial de interpretar e aplicar de forma expansiva e inovadora as normas e direitos constitucionais e infraconstitucionais, por meio de técnicas de interpretação conforme à constituição, nulidade sem redução de texto, dentre outras; a dimensão processual é qualificada pelo alargamento do campo de aplicação e da utilidade da jurisdição, sobretudo pela ampliação das hipóteses de cabimento das ações e dos recursos, bem como de seus efeitos; a dimensão de direitos revela o avanço em relação às “[...] posições de liberdade, igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo margens de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas”³⁵⁴.

A dimensão estrutural ou horizontal do ativismo judicial se apresenta pela “[...] interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação deles.”³⁵⁵.

Campos afirma que, em um contexto de “Estado de Coisas Inconstitucional”, pode se configurar uma ou mais dessas dimensões do ativismo, dependendo da situação em concreto. Entretanto, registra o autor que, nesses casos envolvendo violações massivas de direito por omissões e falhas estruturais, a dimensão que predomina na atuação jurisdicional é a estrutural.

Ao interferir no ciclo das políticas públicas – na agenda do governo, na formulação, na implementação e no monitoramento dos resultados –, as cortes constitucionais atuam em esfera de ação próprias do Executivo e do Legislativo: identificam omissões e falhas estruturais; apontam a ineficiência ou mesmo a inexistência de políticas públicas e relacionam a violação massiva de direitos fundamentais a essas falhas; determinam sejam formuladas normas e ações administrativas dirigidas à superação da proteção deficiente de direitos fundamentais; direcionam a alocação de recursos orçamentários; monitoram a implementação das políticas determinadas, controlando o sucesso dos resultados das ordens que emanam. Enfim, as cortes assumem funções tipicamente legislativas e administrativas. Saber se isso é legítimo é algo a ser verificado em cada caso, no entanto, não se pode negar tratar-se de ativismo judicial na dimensão estrutural por excelência.³⁵⁶

³⁵⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 230-231. Para maior aprofundamento sobre o tema, remeto o leitor à obra do autor.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 231.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 232-233.

Por fim, a dimensão antidialógica do ativismo judicial é aquela em que se considera o Poder Judiciário, especialmente os tribunais constitucionais como sendo o último ou único intérprete da Constituição. Nessa dimensão, entende-se que é tarefa exclusiva dos juízes e cortes dar interpretação de normas e princípios constitucionais. Não há deferência aos demais Poderes. É a situação oposta à “supremacia” dos Poderes Legislativo e Executivo, conforme tratado no tópico anterior.

De acordo com Campos, a dimensão antidialógica é, em qualquer hipótese, ilegítima³⁵⁷, pois não existe um monopólio do Judiciário na tarefa de interpretar e aplicar normas e princípios constitucionais. Ao contrário, “[...] a definição das questões constitucionais deve ser o resultado de uma ‘construção coordenada’ entre os Poderes, isto é, de um processo dialógico.”³⁵⁸.

Partindo dessas premissas e das dimensões do ativismo judicial, Campos desenvolveu o conceito de “ativismo judicial estrutural dialógico”, como sendo a forma legítima de atuação das cortes nos contextos de declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional”. Ou melhor dizendo, segundo o autor, a declaração do ECI seria uma manifestação legítima de “ativismo judicial estrutural dialógico”.

A concepção de Campos parte do pressuposto de que a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” em razão da ocorrência de omissões e falhas estruturais coloca “[...] em xeque a objeção segundo a qual o legislador e o administrador são os mais legitimados e institucionalmente capacitados para assegurar e proteger direitos fundamentais.”³⁵⁹. Nesse cenário, a intervenção do Poder Judiciário, ainda que não seja o remédio ideal, deve ser esperada e bem-vinda. E para que esta atuação seja legítima do ponto de vista de um sistema democrático, deve-se adotar a prática de diálogos institucionais, minimizando os riscos de supremacia judicial.

A atuação judicial ativista no contexto do “Estado de Coisas Inconstitucional”, segundo Campos, tem a função de superar os bloqueios institucionais e políticos. Esses bloqueios se configuram na ausência ou deficiência de atuação por parte do Estado, na inexistência de normas regulamentadoras de direitos, na falta de medidas administrativas ou de orçamento suficiente para implantação de política pública, na ausência de coordenação entre os órgãos do Estado na implementação de programas visando o reconhecimento e efetivação de direitos

³⁵⁷ Segundo Campos, enquanto a dimensão antidialógica é sempre ilegítima, as demais dimensões podem ser legítimas ou ilegítimas, a depender do contexto e das variáveis do caso concreto. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 233.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 253.

fundamentais, na falta de interesse político, etc. Tais omissões são a causa da violação massiva de direitos que configura a situação de inconstitucionalidade que precisa ser contornada.

O papel do Poder Judiciário nesses casos é, por meio de ordens estruturais emanadas no âmbito do processo estrutural, preencher as lacunas e falhas dos demais Poderes. Há, então, um “efeito desbloqueador” gerado pela atuação proativa dos juízes. As instituições governamentais que estavam, até então inertes, bem como a sociedade começam a se movimentar e demonstrar interesse na discussão levantada pela Corte. Os demais Poderes começam apresentar suas capacidades institucionais, que até então estavam guardadas ou esquecidas.

De acordo com Campos, no caso colombiano dos deslocamentos forçados, pode-se observar perfeitamente como a atuação ativa da Corte Constitucional foi decisiva para o sucesso do processo. O que se viu neste precedente foi que

[...] a Corte Constitucional colombiana atuou em favor da construção e coordenação dessas capacidades em um cenário de inércia ou deficiência estatal prolongada ou permanente. Ao elaborar e distribuir ordens estruturais, dinamizou e coordenou a atuação de entidades políticas e administrativas antes inertes e omissas, permitindo que a capacidade institucional bloqueada se transformasse em ação. A Corte revela-se um agente de fomento da ação estatal.³⁶⁰

Finalmente, para que o ativismo judicial não se transforme em situação abusiva, gerando a chamada supremacia judicial, Campos, propõe que os juízes e tribunais devam “[...] interferir na formulação e na implementação de políticas públicas sem excluir a participação e as margens de liberdade decisória dos atores políticos.”³⁶¹. Aí está o significado da expressão “ativismo judicial estrutural dialógico”. Ao ativismo estrutural deve-se acrescentar a prática de diálogos institucionais.

Com efeito, os tribunais não podem simplesmente ignorar a existência dos demais Poderes. Ainda que as medidas estruturais configurem uma forma de intervenção nos espaços de atuação de outros Poderes, cabe a estes a elaboração e implementação das providências necessárias à superação do estado de inconstitucionalidade que se apresenta. Ao Judiciário, cabe o papel de determinar e coordenar a implementação dessas medidas.

A fórmula dialógica é encontrada, conforme entendimento de Campos, por meio da adoção de “ordens flexíveis sujeitas à jurisdição temporária” ao invés de “ordens detalhadas sujeitas à execução se desrespeitadas”³⁶². Segundo o autor, “[...] ao formular ordens flexíveis

³⁶⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 256-257.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 258.

³⁶² *Ibidem*, p. 259.

juízes buscam o equilíbrio entre fazer valer direitos constitucionais e respeitar o papel político e a capacidade institucional do Legislativo e do Executivo.”³⁶³.

As ordens judiciais mais flexíveis devem deixar margens de criação pelos outros Poderes de forma a incentivar suas capacidades institucionais e, principalmente, garantir que possam ser cumpridas a contento, dentro de suas limitações.

Por fim, é imprescindível que a fase de implementação seja monitorada pelo tribunal. A retenção da jurisdição e o monitoramento periódico é o que vai assegurar o sucesso da empreitada, pois garante que as ordens sejam reavaliadas e reajustadas quando necessário, assegurando que se alcance uma situação mais próxima da ideal. Para que o monitoramento seja efetivo, deve o juiz ou tribunal fixar prazos para a elaboração de políticas e programas e sua concretização, valendo-se ainda de audiências públicas periódicas, com participação dos atores políticos, da sociedade civil e dos interessados na matéria discutida.

De acordo com Campos, esses mecanismos de supervisão foram utilizados na *Sentencia* T-025/2004 (caso dos *desplazados*), e “[...] acabaram criando espaços de deliberação e foram alternativas inovadoras e potencialmente democratizantes da aplicação judicial dos direitos constitucionais.”³⁶⁴.

Campos conclui sua teoria assentando que as premissas por ele apresentadas são capazes de responder de forma satisfatória às objeções que apontam os riscos da supremacia judicial e que, “em vez de supremacia judicial, o ativismo judicial estrutural dialógico promove desbloqueios políticos e institucionais e maior deliberação democrática”, sendo a “[...] chave para a legitimidade da atuação judicial no âmbito da afirmação e enfrentamento de um ECI.”³⁶⁵.

5.4 A teoria experimentalista de Charles F. Sabel e William H. Simon

Nos Estados Unidos, a expansão das *structural reforms* na segunda metade do século XX provocou o surgimento de diversas teorias que buscavam definir e justificar o papel dos tribunais na determinação e implementação de reformas estruturais de grandes instituições públicas, bem como assentar a legitimidade das Cortes para adentrar em temas voltados à formulação e implementação de políticas públicas e reconhecimento de direitos fundamentais, que ordinariamente caberiam aos outros Poderes, e não ao Judiciário.

³⁶³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 260.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 262.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 264.

Nessa linha, os professores da Universidade de Harvard, Charles F. Sabel e William H. Simon publicaram, em 2004, um estudo chamado *“Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”*³⁶⁶, no qual apresentam uma nova perspectiva de atuação dos juízes e tribunais nos processos de interesse público, cujas diretrizes e características são aptas a promover o sucesso das reformas estruturais, ao mesmo tempo que apresentam respostas às críticas doutrinárias acerca da legitimidade e capacidade dos tribunais.

Segundo Sabel e Simon, ao longo da segunda metade do século XX, nos Estados Unidos, houve uma progressiva transformação de um regime jurisdicional em que os juízes e tribunais determinavam regras fixas e verticais, típicas dos processos tradicionais, para um regime em que a ênfase do processo está na negociação permanente entre as partes interessadas, na revisão contínua das medidas determinadas e na transparência.

Os autores descrevem as principais áreas em que o Poder Judiciário estadunidense foi chamado a intervir em razão da existência de acentuados problemas de natureza estrutural e consequente necessidade de reestruturação de instituições governamentais e implantação de políticas públicas. Nesse sentido, destacam os problemas estruturais referentes ao sistema escolar, notadamente em razão da segregação racial que prevalecia nas escolas, especialmente no Estados do sul do país; aos pacientes de saúde mental, com foco sobretudo na necessidade de desinstitucionalização e implantação de medidas alternativas de cuidados dessas pessoas; às prisões, notadamente no que diz respeito à superlotação dos cárceres, falta de infraestrutura adequada e maus tratos aos presos; os problemas reiterados de abusos policiais, principalmente contra grupos mais vulneráveis e pessoas negras; por fim, os casos relacionados à habitação, também com foco nas segregações enfrentadas pelos grupos mais vulneráveis e de classes sociais mais baixas.

Ao descrever os principais precedentes relacionados a cada uma dessas áreas, Sabel e Simon³⁶⁷ concluem que em todas elas, especialmente entre os anos de 1970 e 1980, houve uma tendência por parte dos tribunais de abandonar as decisões de “comando e controle”, passando progressivamente a adotar métodos experimentalistas. Ainda segundo os autores, esse movimento foi justificado pela sensação geral de que, para o enfrentamento de questões complexas, os enfoques voltados ao “comando e controle” são inadequados porque os tribunais não possuíam informações acerca da profundidade e amplitude do problema de fundo, o que gerava dificuldades para formular e implantar decisões rígidas e permanentes. Assim, ainda que

³⁶⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018.

³⁶⁷ *Ibidem*.

ainda persistentes em algumas dessas áreas, as decisões de “comando e controle” foram cedendo espaço para outras mais flexíveis e provisórias, típicas do enfoque experimentalista.

Em seguida, passo a descrever o modelo experimentalista elaborado por Charles Sabel e William Simon, destacando os referenciais teóricos por eles utilizados, as principais características do modelo e as respostas dos autores às críticas doutrinárias acerca do papel do Judiciário nos processos de interesse público.

5.4.1 *Public law litigation* e os “direitos de desestabilização”

Importante ressaltar, de início, que os autores norte-americanos utilizaram como referencial teórico para a elaboração de sua teoria, o trabalho de Abram Chayes, “O papel do juiz no processo de interesse público”³⁶⁸, já analisado no capítulo 2 deste texto³⁶⁹.

Sabel e Simon retomam a diferenciação traçada por Chayes em relação aos processos tradicionais, cujas principais características são a presença de duas partes privadas e o enfoque em alegações de um dano concreto e passado, cuja solução é normalmente a reparação por meio do pagamento de um valor em dinheiro; e os processos de interesse público (*public law litigation*), cujas partes são amorfas e as alegações geralmente questionam o funcionamento de grandes instituições ou organismos públicos (escolas, prisões, hospitais psiquiátricos, sistema de habitação, polícia) e cujo objeto é a promoção de uma reestruturação geral dessas entidades³⁷⁰.

Os autores salientam que embora esse “novo” tipo de processo descrito por Chayes tenha ganhado importância a partir dos anos 1950 nos Estados Unidos, em razão do movimento de direitos civis, Chayes não passou imune às críticas dos doutrinadores, que questionavam a legitimidade e a capacidade dos juízes de promover reformas sociais tão profundas, bem como acusavam a violação da separação de poderes pelo Judiciário. Ou seja, Chayes sofreu todas as críticas que eram dirigidas ao ativismo judicial.

Sabel e Simon descrevem também que, quando Chayes apresentou e desenvolveu a teoria acerca da *public law litigation*, ainda prevalecia no sistema jurisdicional estadunidense as decisões caracterizadas pelo “comando e controle”. Conforme explicam os autores,

³⁶⁸ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

³⁶⁹ Dessa forma, os autores trabalham como o conceito de “litígio de interesse público” (inglês) e não com a expressão “reforma estrutural” (*strutural reform*), adotada por Owen Fiss. Entretanto, conforme já esclarecido no início do texto, escolhi neste trabalho adotar as expressões como equivalentes.

³⁷⁰ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 10.

O modelo de comando e controle tem três características. Primeiro, tenta antecipar e expressar todas as diretrizes básicas de conformidade em uma ordem única e abrangente, que é difícil de modificar. Em segundo lugar, propõe uma avaliação do cumprimento em termos do monitoramento do réu em relação às prescrições detalhadas contidas naquela decisão. Essas prescrições tendem a ser normas de processo que determinam um comportamento como um meio para atingir objetivos, ao invés de normas de desempenho que determinam diretamente os objetivos e medem a sua conformidade. E finalmente, a terceira característica é o papel diretivo do tribunal - ou de um *special master* - na formulação das medidas remediais. (tradução nossa)³⁷¹.

Entretanto, essa forma de adjudicação não respondia a contento as demandas constantes dos processos de interesse público, em razão do tema de fundo desses litígios. As principais dificuldades dos juízes para proferir decisões do tipo “comando e controle” nesses casos estavam na insuficiência de informações, na profundidade e amplitude das matérias enfrentadas, bem como na resistência dos demandados em cumprir as medidas mais verticalizadas determinadas pelos tribunais³⁷².

Assim, os juízes e tribunais estadunidenses foram deixando de adotar esse tipo de decisão nos processos cujo objeto era uma reforma de natureza estrutural, passando a adotar nesses casos decisões mais flexíveis e provisórias, cujo foco não era a determinação de regras verticalizadas, mas um conjunto de medidas horizontalizadas, com ampla participação das partes e interessados e sistemas de monitoramento e revisão.

A esse novo tipo de adjudicação judicial, Sabel e Simon deram o nome de “experimentalismo” ou “regulação experimentalista”. Segundo os autores, o experimentalismo é capaz de dar respostas adequadas a todas as críticas e objeções apresentadas pela doutrina em relação ao papel do Judiciário nos processos de interesse público, especialmente as referentes à discricionariedade judicial, à separação de poderes e ao problema da representação de interesses.

Para desenvolver a teoria experimentalista, Sabel e Simon partem da ideia de que os processos de interesse público são uma expressão dos “direitos de desestabilização”.

³⁷¹ El modelo de comando y control tiene tres características. Primero, intenta anticipar y expresar todas las directivas básicas de cumplimiento en una orden única, omnicompreensiva, y difícil de modificar. En segundo lugar, propone una evaluación del cumplimiento en términos de seguimiento por parte del demandado de prescripciones de conductas detalladas contenidas en aquella decisión. Estas prescripciones tienden a ser normas de proceso que ordenan conductas como medios para alcanzar objetivos, y no normas de desempeño que directamente ordenan objetivos y miden su cumplimiento. Y, por último, la tercera característica es el rol directivo del tribunal – o de un *special master* – en la formulación de las normas remediales. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 15.

³⁷² *Ibidem*, p. 45.

A expressão “direitos de desestabilização” foi concebida pelo autor brasileiro Roberto Mangabeira Unger, na obra denominada, “*False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*”³⁷³, na qual o autor trabalha um detalhado programa institucional de democracia empoderada, sendo os direitos de desestabilização parte dessa ideia³⁷⁴.

Segundo Unger, os direitos de desestabilização, “[...] protegem o interesse do cidadão de quebrar as grandes organizações ou as extensas áreas da prática social que se mantém fechadas aos efeitos desestabilizadores do conflito comum e assim protegem as hierarquias do poder e da vantagem.”³⁷⁵. Em outras palavras, são mobilizações no sentido de abrir instituições públicas que têm falhado de forma crônica em cumprir com suas obrigações e que estão às margens dos processos políticos comuns de prestação de contas.

No que se refere à relação entre os direitos de desestabilização e os processos de interesse público, Sabel e Simon enfatizam que

O termo chama a atenção para um elemento comum crucial das reivindicações nas diferentes áreas de litígio de interesse público, e sobre uma dimensão das medidas remediais que é fundamental para explicar a perspectiva de uma intervenção bem sucedida. O efeito da intervenção inicial de um tribunal é desestabilizar as expectativas das partes prévias ao litígio, por meio de efeitos políticos, cognitivos e psicológicos que ampliam a possibilidade de uma colaboração experimentalista. Os sistemas de normas e monitoramento que geralmente emergem da negociação acerca das medidas remediais, permitem esta desestabilização e o aprendizado que ela gera, para em seguida continuar em caminhos mais estreitos. (tradução nossa)³⁷⁶.

³⁷³ UNGER, Roberto Mangabeira. **False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy**. 2. ed. Londres: Ed. Verso, 2001a. Algumas partes dessa obra foram traduzidas para o português no livro denominado “Política: os textos centrais, a teoria contra o destino.”. UNGER, Roberto Mangabeira. **Política: os textos centrais, a teoria contra o destino**. Tradução de Paulo César Castanheira. São Paulo: Biotempo, 2001b.

³⁷⁴ Roberto Mangabeira Unger elabora um sistema de direitos que “[...] representa um domínio distinto de reconstrução institucional”, que pretende transcrever uma estrutura institucional que reduz o contraste entre o Estado e a sociedade civil, da mesma forma que suaviza a oposição entre a devoção ao bem-comum e a perseguição dos próprios interesses.” Os quatro direitos que formam o sistema desenvolvido por Unger são: os direitos de mercado, usados para a troca econômica no setor comercial da sociedade; os direitos de imunidade, “[...] que protegem o indivíduo contra a opressão pela concentração de poder público e privado, contra a sua exclusão de importantes decisões coletivas que influenciam sua vida e da privação cultural” direitos de solidariedade, “[...] que dão forma legal às relações sociais de confiança e responsabilidade”; e os direitos de desestabilização. Para maior aprofundamento sobre o tema, remeto o leitor à obra de Roberto Mangabeira Unger. *Ibidem*.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 373.

³⁷⁶ El término pone la atención en un elemento común crucial de las pretensiones en las diferentes áreas del litigio de interés público, y en una dimensión de los remedios que es crítica para explicar la perspectiva de éxito de una intervención. El efecto de la intervención inicial de un tribunal es desestabilizar las expectativas de las partes previas al litigio, mediante efectos políticos, cognitivos y psicológicos que amplían la posibilidad de una colaboración experimentalista. Los sistemas de estándares y monitoreo que comúnmente surgen de la negociación sobre remedios permiten esta desestabilización y el aprendizaje que ella genera, para luego continuar por carriles más estrechos. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 14.

Com efeito, nos processos de interesse público, a atuação jurisdicional tem o efeito de gerar a “desestabilização” da instituição que se pretende ver reestruturada, em razão de um contexto de degradação e violação massiva de direitos. A principal função dessa intervenção judicial é possibilitar a tomada de consciência de que a situação desconforme pode ser remediada com a colaboração das partes e interessados, de modo a se elaborar e implementar um plano de medidas específicas e mais eficazes à solução do caso em concreto³⁷⁷.

Nesse ponto, é necessário retomar a discussão acerca das duas fases principais do processo estrutural, já trabalhadas neste capítulo. Isso porque, conforme já assentado anteriormente, o processo estrutural é composto por duas fases processuais bem delimitadas: a primeira fase que se vai até a sentença estrutural e a, segunda, mais importante e complexa nesse tipo de processo, que a fase de execução ou implementação da reforma institucional.

Sabel e Simon reafirmam esse entendimento, assinalando a existência de duas fases no processo de interesse público. Para os autores, a primeira fase do processo traz a compreensão sobre os objetivos gerais da intervenção, mas não traz detalhes sobre as formas específicas que devem ter esta intervenção: essa é a fase da desestabilização institucional³⁷⁸. A segunda fase, “remedial”, é a fase em que se executa a reestruturação propriamente dita e depende de formas de pensamento mais técnicas, contextuais e estratégicas (pode ocorrer mudança de processos, pessoas e metodologia): aqui entra o enfoque experimentalista. Em síntese, os “direitos de desestabilização” estão presentes na primeira fase do processo e o “experimentalismo” é verificado na segunda fase do processo.

Por fim, Sabel e Simon apresentam as circunstâncias em que se verifica a necessidade de desestabilização de determinada instituição ou organismo estatal. Para eles, é necessária a

³⁷⁷ Sobre esse aspecto da desestabilização, é importante ressaltar que Sabel e Simon ponderam que esse efeito desestabilizador está presente de uma maneira geral nos processos judiciais em sistemas em que vigora a *common law*. Segundo os autores, no sistema de *common law*, as decisões judiciais sempre trazem o efeito de gerar um precedente, a ser respeitado nas decisões judiciais futuras acerca da mesma matéria. Além do mais, são decisões que têm textura aberta e flexível, sendo sempre passíveis de revisões e modificações, uma vez que, em geral, declaram princípios e não regras rígidas e específicas. Por fim, destacam que alguns tipos de processo judicial, ainda que sobre matérias de direito privado, possuem a característica de desestabilizar e regular instituições ou até mesmo amplos setores econômicos e sociais. Citam como exemplos os processos de falência e os que envolvem direitos do consumidor ou defesa da concorrência. Segundo Sabel e Simon, Chayes ignorava estes efeitos gerais regulatórios e desestabilizadores dos chamados “processos tradicionais” no *common law*, que os aproximam em grande medida dos processos de interesse público. Entretanto, enquanto nos demais processos a adjudicação permaneceu nos moldes de “comando e controle”, nos processos de interesse público houve a evolução na forma de implementação, ou seja, as decisões foram deixando de ser do tipo “comando e controle”, passando a ser decisões mais flexíveis, provisórias e transparentes, típicas do enfoque experimentalista. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 49.

presença de dois elementos: 1) a falha da instituição em alcançar padrões e objetivos mínimos de conformidade; 2) o bloqueio político, no sentido de falta de interesse da instituição em buscar solução para o problema existente e imunidade em sua responsabilização por razões políticas.

O primeiro desses elementos, qual seja, as falhas e omissões institucionais que geram a situação de inconstitucionalidade ou desconformidade, a insatisfação de padrões mínimos de desempenho adequado por parte da instituição pública (ou privada), seja no reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, ou na implementação de políticas e programas sociais, normalmente é o aspecto mais fácil de se constatar em um processo estrutural. Não há grandes discordâncias quanto a esse aspecto, diante de contextos de flagrante desconformidade³⁷⁹.

O segundo elemento, por outro lado, é mais difícil de demonstrar. O bloqueio ou imunidade política é configurada pela falta de responsabilização das instituições públicas omissas e desidiosas, ainda que nada façam para tentar contornar a situação de desconformidade em que se encontram. Segundo Sabel e Simon, isso ocorre porque, em geral, os principais mecanismos de responsabilização de agentes públicos são eleitorais e políticos. Os instrumentos internos e externos de prestação de contas nas entidades estatais são inexistentes ou ineficientes.

Nessa perspectiva, Sabel e Simon identificam três padrões ou parâmetros que configuram a existência de bloqueio político de determinada instituição pública. O primeiro deles é o controle político das maiorias, deixando sem resposta os interesses das minorias vulneráveis e estigmatizadas. Segundo os autores, as minorias podem ser grupos raciais, como se verificou nos casos envolvendo educação e abusos policiais nos Estados Unidos, bem como grupos socialmente estigmatizados, como é o caso das pessoas encarceradas e doentes mentais³⁸⁰. Tais grupos minoritários estão sub-representados nas esferas de poder e, por esta razão, não detêm ferramentas para fazer valer seus direitos. De outro lado, não há interesse político no reconhecimento e concretização dos direitos dessas pessoas, justamente por não representarem os “interesses da maioria”.

Outro parâmetro apontado pelos autores para a verificação do bloqueio político é o que eles chamam de “lógica da ação coletiva”, segundo a qual “[...] um grupo concentrado com

³⁷⁹ Sabel e Simon discorrem que em muitos casos envolvendo reformas estruturais nos Estados Unidos, as autoridades políticas além de admitir a existência de falhas estruturais, até mesmo apoiavam a busca pelo Poder Judiciário, na medida em que ampliavam o foco para os problemas enfrentados, gerando pressão política e social para as autoridades públicas de maior hierarquia, que se viam obrigadas a buscar solução para o problema, inclusive direcionando maiores verbas orçamentária para o setor. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. *Revista de Interés Público*, [S. l.], 2018. p. 55.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 57.

muitos interesses em jogo explora ou ignora um grupo maior, mas mais difuso, com interesses coletivamente maiores, mas individualmente pequenos.” (tradução nossa)³⁸¹. Nessas hipóteses, há o risco de cooptação dos agentes públicos para a satisfação dos interesses dos grupos mais fortes e organizados, em detrimento dos grupos mais dispersos e desorganizados.

Por fim, o terceiro padrão descrito por Sabel e Simon é o chamado de “dilema do prisioneiro”, “[...] em que onde os grupos estão em um equilíbrio de baixo nível que poderia ser melhorado em geral, mas somente através de ações coordenadas que as instituições existentes não são adequadas para induzir.” (tradução nossa)³⁸².

Nessas três hipóteses apresentadas pelos autores, verifica-se a existência de um bloqueio de ordem política que impede que as instituições e agentes públicos sejam responsabilizados por suas omissões e desídiás, justificando a intervenção do Poder Judiciário para indicar o estado de desconformidade, possibilitando a correção de rumos. Cabe aos juízes e tribunais, em tais casos, provocar a desestabilização do *status quo*, para em seguida determinar medidas que promovam a remoção das falhas estruturais, buscando atingir um estado mais próximo do ideal.

Por fim, a partir da decisão judicial que diagnostica o problema e aponta a necessidade de uma reforma estrutural em determinada área, entra em jogo o experimentalismo, cujas características são apropriadas para se alcançar a efetivação e sucesso da reforma, ao mesmo tempo que democratizam e legitimam a atuação do Poder Judiciário.

5.4.2 Os efeitos da desestabilização e as características do experimentalismo

Charles Sabel e William Simon, ao falar da relação entre direitos e “remédios” (formas de tutela), assinalam os possíveis questionamentos da doutrina em relação à eficácia prática do processo de interesse público:

O que acontece no litígio que tornam possíveis os acordos entre as partes adversárias? E, por que o acordo que resulta dele seria benéfico em termos gerais? Em alguns casos, o acordo sobre os “remédios” ocorre após uma feroz batalha sobre a responsabilidade. Mesmo nos casos em que a responsabilidade é admitida, os demandantes e os réus muitas vezes discordam. No entanto, surpreendentemente, a discussão precede muitas

³⁸¹ [...] un grupo concentrado con muchos intereses en juego explota o ignora a un grupo más numeroso, pero más difuso con intereses que colectivamente son mayores, pero individualmente pequeños. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 57.

³⁸² [...] en el que los grupos se encuentran en un equilibrio de bajo nivel que se podría mejorar en general, pero solo mediante acciones coordinadas que las instituciones existentes no son adecuadas para inducir. *Ibidem*, p. 57.

vezes um acordo substantivo sobre uma estrutura de “remediação” que prevê a cooperação contínua. O que acontece?³⁸³.

A resposta a essas perguntas, ou seja, a justificativa para o sucesso desse tipo de processo, está, segundo os autores, relacionada à ideia de direitos de desestabilização bem como às características básicas do experimentalismo. Segundo eles, “[...] a determinação da responsabilidade imposta ou ratificada por um tribunal e sujeita à disciplina experimentalista da fase de remediação pode ter grandes efeitos de ‘desmascaramento’. Esses efeitos operam em nível individual, institucional e interinstitucional ou social”³⁸⁴.

Nesse sentido, Sabel e Simon apontam seis efeitos gerados pela desestabilização, desmascaramento ou abertura de determinada instituição, em razão da intervenção jurisdicional:

1) O efeito de véu – os litigantes em um processo de interesse público estão de certa forma encobertos por um “véu de ignorância”³⁸⁵, no sentido de que não é possível determinar, logo no início da demanda, qual serão as medidas adotadas até o final do período de execução e encerramento da atividade jurisdicional no caso concreto, o que torna difícil ou impossível antecipar posições. As variadas feições que esse tipo de demanda pode assumir e a particularidade de cada caso concreto dificulta a obtenção de vantagens individuais pelas partes. Não é possível definir, *a priori*, um esquema particular ou mais vantajoso a uma das partes em um processo judicial que está continuamente sujeito a autoavaliações e revisão. Essa singularidade acaba gerando decisões mais democráticas.

³⁸³ ¿qué pasa en el litigio que hace posibles los acuerdos entre partes adversarias? ¿Y por qué el acuerdo que resulta de allí sería beneficioso en términos generales? En algunos casos, el acuerdo sobre los remedios le sigue a una fuerte batalla sobre la responsabilidad. Aun en los casos en que se admite la responsabilidad, los actores y demandados muchas veces están en desacuerdo. Aun así, con una frecuencia sorprendente la pelea precede a un acuerdo sustancial sobre un marco de remediación que contempla una cooperación permanente¹⁸⁶ ¿Qué sucede? SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Traducción de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 65.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 65.

³⁸⁵ Sabel e Simon retomam a expressão “véu da ignorância”, concebida por John Rawls em sua obra “Uma teoria da Justiça”. Em linhas gerais, estar sob o “véu da ignorância”, de acordo com Rawls. “[...] implica que “ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas semelhantes.” RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: M. Fontes, 1997. Nessa circunstância, chamada por Rawls de posição original, é possível se revelar os princípios mínimos, comuns e mais básicos de uma sociedade formada por cidadãos livres e iguais. O essencial na busca pela construção do consenso é que haja um objetivo final partilhado pela comunidade, e os modos aceitos de promovê-lo, conquistando uma concepção de justiça capaz de realizar a liberdade e a igualdade em uma sociedade cooperativa e equitativa. Segundo Sabel e Simon, a diferença da concepção de “véu da ignorância” adotada por Rawls e que, na posição originária os participantes de uma discussão política saem do mundo real, isto é, a imparcialidade depende de que sejam abstraídas todas as suas características pessoais e profissionais. No caso dos processos de interesse público, não é necessária essa abstração, mas tão somente a abertura a novas visões de mundo e a novas possibilidades de mudança de postura e entendimento. SABEL; SIMON, *op. cit.*, p. 67.

2) Efeito de *status quo* – a determinação da responsabilidade reverte a presunção do *status quo*, ou seja, promove a desaprovação estado atual de coisas, abrindo a chave mental das estruturas convencionais à possibilidade de considerar alternativas. Em outras palavras, a desestabilização gera a ideia de que existe uma desconformidade em relação ao funcionamento da instituição demandada, certificando que a situação não pode continuar como está, sendo possível e necessária a busca por novos caminhos.³⁸⁶

3) Efeito de deliberação – “[...] a crescente abertura das partes às alternativas vai de mãos dadas com a crescente pressão para apoiar posições que apresentem razões baseadas em valores públicos” (tradução nossa)³⁸⁷. A possibilidade de realização de discussões e deliberações ao longo do processo dá às partes incentivos para criar argumentos de persuasão em relação às suas ideias, permitindo ainda a mudança de posicionamento em relação aos fatos e seus interesses, evidenciando oportunidades que antes não se visualizava³⁸⁸.

4) Efeito de publicidade – a defesa da pretensão dos autores desperta a atenção pública aos problemas levados ao Poder Judiciário, gerando o aumento do controle sobre as partes, sobretudo os demandados. Provoca ainda o aumento da pressão sobre as partes para que estes se manifestem sobre temas que antes preferiam evitar e atuem de maneira mais responsável.

De acordo com Sabel e Simon, o resultado dessa publicidade poderia ser o uso da demagogia por parte dos agentes públicos envolvidos, porém, a pressão para que se apresentem justificativas plausíveis e razões públicas, como resultado do efeito de deliberação (efeito 3), possivelmente gerará uma participação mais construtiva³⁸⁹.

5) Efeitos para as partes interessadas – são notados 3 (três) efeitos ente os envolvidos.

O primeiro efeito é a mudança do equilíbrio de poder entre autores e demandados. “A determinação de responsabilidade empodera os atores em relação aos réus, e dá legitimidade oficial a suas reivindicações.” (tradução nossa)³⁹⁰. O autor pode apresentar objeções às soluções propostas pelo réu, sujeitando-o a situação de incertezas e riscos e, por este motivo, o réu buscará lidar com a situação e com as demais partes da melhor maneira.

³⁸⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 68.

³⁸⁷ La creciente apertura de las partes a alternativas va de la mano con una presión creciente para apoyar posiciones dando razones basadas en valores públicos. *Ibidem*, p. 68.

³⁸⁸ *Ibidem*.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 69.

³⁹⁰ La determinación de responsabilidad empodera a los actores frente a los demandados, y les da legitimidad oficial a sus reclamos. *Ibidem*, p. 69.

O segundo efeito é o de gerar pressões internas tanto dentro da classe de autores como dentro da instituição demandada. Dentro da classe de autores, pode-se buscar maior organização entre os grupos envolvidos visando, por exemplo, um maior prestígio ou recebimento de recursos. Em relação aos demandados, pode ocorrer mudanças de posição, hierarquia e distribuição de competências dentro da instituição, bem como pode gerar disputas internas entre os agentes, visando aumento de sua influência e recebimento de recursos. Ademais, a desestabilização pode motivar o aumento da capacitação do pessoal e contratação de novos profissionais, gerando mudanças na forma de atuação que vigorava até então.

O terceiro efeito sobre os envolvidos é a possibilidade de que novas partes interessadas se sintam motivadas ou empoderadas a participar do processo. “A decisão do tribunal pode levar uma variedade de atores a verem seus interesses ameaçados ou a verem oportunidades que os induzam a querer participar.” (tradução nossa)³⁹¹.

6) Efeito de rede – a discussão sobre determinado problema leva a novas discussões sobre novos problemas relacionados à mesma matéria. Ao mesmo tempo que a determinação da responsabilidade de uma instituição leva a novas práticas internas, esse efeito pode reverberar até mesmo em outras instituições e práticas, gerando um efeito de rede³⁹².

Nessa perspectiva, o policentrismo³⁹³ não pode ser visto como um problema, mas como uma ajuda, pois os consecutivos efeitos de desequilíbrio e reajuste provocados em outros setores, em razão da desestabilização da instituição (efeito de teia de aranha), geram aprendizados constantes e criam incentivos para novas atividades e práticas.

Por fim, ainda que se diga que os tribunais não têm capacidade para ordenar mudanças estruturais em razão da complexidade dos problemas enfrentados, Sabel e Simon afirmam que em diversos casos de *structural reform* nos Estados Unidos, somente foram efetivadas mudanças devido à intervenção do Poder Judiciário.

Como visto, a desestabilização de determinada instituição ou entidade estatal gera efeitos que transformam a relação processual entre partes e interessados, bem como provoca reações externas ao processo, especialmente nas instituições afins, além de lançar luz ao problema, causando comoção social e pressão pelo reajustamento da situação que se encontra estado de desconformidade.

³⁹¹ La decisión del tribunal puede llevar a que una variedad de actores vean sus intereses amenazados o adviertan oportunidades que los induzcan a querer participar. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 71.

³⁹² *Ibidem*, p. 71.

³⁹³ A definição e caracterização do policentrismo dos problemas estruturais foi tratado no capítulo 2 deste trabalho.

A desestabilização promovida pelo juiz ou tribunal dá ensejo à aplicação de medidas visando à reforma estrutural. Na prática, o que ocorre é que, após a decisão judicial que declara o estado de violação de direitos e a necessidade de reestruturação da instituição demandada (1ª fase), passa-se em seguida a adoção de medidas que visam a elaboração e execução de um plano visando o retorno ao estado ideal de coisas ou, pelo menos, a uma situação que esteja dentro dos padrões mínimos aceitáveis, de acordo com os princípios e normas constitucionais e legais (2ª fase).

É na segunda fase do processo, qual seja, a fase de execução (fase remedial), que o uso do experimentalismo se faz presente. Sabel e Simon apontam que, embora algumas vezes a decisão dos tribunais seja no sentido de ameaçar ou impor sanções para que o demandado cumpra o que foi determinado, ou mesmo no sentido de substituir outro Poder, por meio de intervenções e supressão da autoridade dos administradores das instituições demandadas, nos casos de processo de interesse público o que deve prevalecer são as medidas mais voltadas à melhorar a atuação da instituição. Como dito anteriormente, tais medidas deixam a característica de “comando e controle”, passando a ter um enfoque experimentalista.

Nessa perspectiva, Sabel e Simon registram as três principais características básicas do experimentalismo:

1) A negociação das partes interessadas – as partes se reúnem para deliberar um plano negocial. Além das partes do processo, podem tomar parte na negociação outras pessoas interessadas, bem como especialistas na matéria em discussão. O tribunal pode também nomear um *special master* ou mediador para auxiliar na elaboração do plano de reestruturação, colaborando com a organização do diálogo entre os envolvidos, fixação de regras para a discussão e reunião de informações relevantes. “O objetivo da negociação é o consenso e as partes envolvidas devem estar abertas à possibilidade de que, dentro das restrições impostas pela determinação de responsabilidade, possam chegar a um acordo sobre um regime de reparação.”³⁹⁴.

A proposta é a de que as partes deliberem cara a cara, defendendo suas posições de forma justificada e ouvindo-se mutuamente, de boa-fé e com o desejo de colaborar para a construção do melhor plano. Caso não seja possível esse consenso, por resistência de um dos

³⁹⁴ El objetivo de la negociación es el consenso y las partes interesadas deberían estar abiertas a la posibilidad de que, dentro de las limitaciones impuestas por la determinación de responsabilidad, ellas puedan ponerse de acuerdo un régimen remedial. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 60.

envolvidos, o papel dos mediadores é levar ao judiciário todas as propostas, para que, na medida do possível, seja elaborado um plano eficaz e possível de ser implementado a contento.

2) A intervenção toma forma de “*rolling-rule*” – consiste na adoção de regras provisórias, sujeitas a revisões e reavaliações permanentes, com participação contínua das partes envolvidas.

O regime de *rolling-rule*

[...] se baseia na experimentação local, isto é, os responsáveis pela reforma em cada local usam propostas e resultados reportados para reformular os padrões mínimos e os objetivos desejados. Os autores locais prestam as informações para que o sistema de reforma possa ser melhorado continuamente, melhorando ainda a prestação de contas.³⁹⁵

A necessidade de fixação de regras provisórias se justifica em razão da incerteza inicial acerca da proporção e limites do problema, bem como de quais as medidas se farão necessárias e eficazes na medida em que o plano vai avançando.

Com efeito, como se trata de uma jurisdição prospectiva, ou seja, voltada para o futuro, as partes possuem informações limitadas e “[...] não podem expressar plenamente suas intenções, inevitavelmente têm que deixar lacunas e ambiguidades, e não podem antecipar todas as contingências futuras.” (tradução nossa)³⁹⁶. Não é possível, pois, a adoção de medidas e regras fixas e muito específicas.

Inicialmente, as partes e interessados devem adotar as medidas que sejam adequadas à execução e evolução do plano, de acordo com as possibilidades e limitações iniciais de cada parte. No geral, a fase inicial serve para a juntada de documentação e informações que sejam relevantes e facilitem o cumprimento do plano. As partes devem sempre estar sujeitas a processos de monitoramento e avaliação.

Uma vez que qualquer das partes entenda que as medidas e regras já não refletem suas expectativas de maneira apropriada, estas devem ser reconsideradas e revisadas mediante processos de avaliação³⁹⁷.

³⁹⁵ Un régimen de rolling-rule se basa en la experimentación local, y los reguladores usan propuestas y resultados reportados para reformular una serie de estándares mínimos y objetivos deseables. Los actores locales proveen información, y el sistema genera mejoras continuas y aumenta la rendición de cuentas. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Traducción de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 71.

³⁹⁶ No pueden expresar completamente sus intenciones, inevitablemente tienen que dejar vacíos y ambigüedades, y no pueden anticipar todas las contingencias futuras. *Ibidem*, p. 71.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 72.

O papel dos tribunais, na maioria das vezes, se limita a descrições gerais dos objetivos das partes, prescrições para medir o progresso da reforma estrutural e a colocar as informações à disposição de todos os interessados. Além disso, os juízes devem interferir naqueles casos em que há certa resistência de alguma das partes na construção do plano ou na revisão e readequação de alguma medida adotada. Nesses casos, cabe ao juiz determinar o cumprimento do plano ou outra medida judicial mais específica, a depender do caso concreto.

Por fim, em relação aos planos de atuação, Sabel e Simon destacam que

[...] qualquer que seja o status legal dos planos, sua função não é tanto impor a obediência, mas induzir a deliberação interna e transparência externa. Forçar os réus a concordar com uma descrição clara de suas práticas os pressiona a refletir e explicar o que eles estão fazendo. Além disso, os padrões de prática permitem que terceiros determinem quais os esforços que estão sendo feitos pelos envolvidos e complementam as regras de desempenho descrevendo as contribuições que geram os resultados indicados nessas regras. (tradução nossa)³⁹⁸.

3) Transparência – O mínimo esperado é que as medidas e regras adotadas na forma do “*rolling-rule*” sejam explícitas e públicas. De forma mais ambiciosa, a transparência deve servir também para que sejam implantados procedimentos e medidas para avaliação do cumprimento do plano, e que estes sejam públicos³⁹⁹.

A transparência deve servir tanto para a prestação de contas quanto para a aprendizagem, na forma de comparação disciplinada. Ao se decidir que nível de desempenho pode ser razoavelmente esperado, o tribunal e as partes podem comparar unidades locais e regionais semelhantes. Uma vez identificados as unidades que alcançaram maior sucesso, os atrasados devem ser capazes de aprender com as práticas daqueles⁴⁰⁰.

A comparação disciplinada requer que as unidades apresentem corretamente dos dados sobre seu desempenho, de modo que permita a avaliação comparada a outras unidades semelhantes.

Aqueles que demonstraram um melhor desempenho podem ser recompensados com mais autonomia e outros benefícios, enquanto aqueles de pior desempenho podem receber sanções diretas, ou maior assistência para a implementação do plano, a depender do caso

³⁹⁸ [...] cualquiera que sea el estatus legal de los planes, su función no es tanto generar obediencia sino inducir deliberaciones internas y transparencia externa. Forzar a los demandados a acordar sobre una descripción clara de sus prácticas les pone presión para reflexionar y explicar lo que están haciendo. Además, las normas de prácticas les permiten a las terceras personas determinar qué esfuerzos realizan los involucrados, y complementan las normas de desempeño describiendo los insumos que generan los resultados indicados en esas normas. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 73.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 73-74.

concreto. Nessa última hipótese, entretanto, se a assistência se der na forma de maior intervenção, tomando forma de diretivas mais específicas de conduta, corre-se o risco de se retornar ao sistema de “comando e controle”.

Em relação à imposição de sanções, o experimentalismo não aponta diretrizes bem definidas quanto as espécie e forma de sua aplicação. “Ele deposita boa parte de sua expectativa nos efeitos da transparência. Ao expor o mau desempenho da maneira mais explícita quanto possível, abre o sistema ao controle generalizado e o expõe mais prontamente à intervenção não judicial.”⁴⁰¹.

Vistos os efeitos da desestabilização e as características do experimentalismo, é possível passar, então, às respostas de Sabel e Simon às críticas doutrinárias acerca do ativismo nos processos de interesse público.

5.4.3 As respostas às críticas doutrinárias

Sabel e Simon assinalam as 4 (quatro) áreas chave das críticas da doutrina acerca do papel do Poder Judiciário nos processos de interesse público: o alcance da discricionariedade para a determinação de medidas visando a superação do problema (remediação); a violação da separação de poderes; o problema da atribuição de responsabilidade dos agentes das instituições governamentais; e o problema da representação de interesses⁴⁰².

Segundo os autores, o experimentalismo é capaz de dar respostas adequadas a cada uma dessas objeções doutrinárias, em razão dos efeitos da desestabilização e das características básicas do enfoque experimentalista.

1) A discricionariedade “remedial” – a primeira objeção doutrinária descrita por Simon e Sabel diz respeito ao risco gerado pela discricionariedade das Cortes na aplicação de medidas que visam a implementar a reforma estrutural.

Os autores destacam alguns casos de *structural reforms* estadunidenses em que os tribunais de primeira instância proferiram decisões muito detalhadas, contendo medidas extremamente específicas, que fogem da competência do Poder Judiciário, adentrando em questões administrativas ordinárias, cuja atribuição é do Poder Executivo⁴⁰³.

⁴⁰¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 75.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 73.

⁴⁰³ *Ibidem*.

Um dos exemplos abordados por Sabel e Simon é o caso *Lewis v. Casey*, cujo objeto era a adequação de bibliotecas instaladas no interior de presídios nos Estados Unidos. Nesse caso, o juiz de primeira instância proferiu decisão “microscopicamente detalhada”, incluindo disposições que determinavam horas de funcionamento da biblioteca, a quantidade de tempo que se permitiria aos presos utilizar a biblioteca, as qualificações mínimas dos profissionais que lá trabalhariam, os níveis de ruído permitidos no interior da biblioteca, os livros e outros materiais que deveriam estar à disposição dos presos, dentre outras. Para proferir a decisão, o juiz contou com ajuda de um *special master*. Entretanto, a Suprema Corte deixou sem efeito a decisão de primeira instância, mediante críticas à postura do juiz por ter atuado como se o direito constitucional violado fosse o “direito a uma biblioteca jurídica”⁴⁰⁴. A Suprema Corte argumentou, em suma, que não restou demonstrado adequadamente a violação de um direito e que as medidas determinadas seriam as mais adequadas ao caso, em detrimento de outras que poderiam ser igualmente eficientes. Por fim, a Corte afirmou que o tribunal inferior deveria ter dado mais oportunidades ao demandado para a elaboração de um projeto visando a solução do problema, antes de impor medidas tão específicas⁴⁰⁵.

No caso acima descrito, como em diversos outros precedentes estadunidenses, faltou ao Poder Judiciário, notadamente aos juízos de primeira instância, deferência aos demais Poderes, tendo os juízes exorbitado de sua competência e levado à discricionariedade judicial além dos limites do razoável.

Além do exagero no detalhamento das medidas por parte dos juízes, havia divergências ainda se o tribunal deveria dar preferência aos *expertos* nomeados pelos próprios juízes ou àqueles indicados pelos demandados. Essa foi outra questão que gerou discordâncias práticas em casos de *strutural reforms* estadunidenses. Sobre esse aspecto, os processos que lograram melhores resultados foram aqueles que optaram pela adoção de equipes multidisciplinares, cujas atuação baseava-se no diálogo colaborativo, na provisoriedade das decisões e na transparência (mesmas características do experimentalismo).

De acordo com Sabel e Simon, na medida em que essa visão das equipes multidisciplinares convergem com o experimentalismo, essa pode representar uma resposta ao problema da discricionariedade judicial⁴⁰⁶. Nesse sentido,

⁴⁰⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 77.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 80.

O tribunal não precisa escolher entre soluções derivadas de normas substantivas ambíguas, por um lado, ou deferir a agentes do executivo manifestamente não confiáveis, por outro. Em vez disso, ela pode procurar criar um processo no qual as partes interessadas, de maneira colaborativa, gerem regras, procedimentos para sua revisão e mecanismos para responsabilização dos que estão sujeitos a elas. (tradução nossa)⁴⁰⁷.

Em conclusão, a adoção de equipes multidisciplinares cujas características são as mesmas do experimentalismo (colaboração, provisoriedade e transparência), faz com que problemas relacionados à extrema discricionariedade jurisdicional fiquem mitigados, adequando e legitimando a atuação do Judiciário. Na medida em que se introduz representantes de todas as partes envolvidas, ao lado de expertos nomeados pelo próprio tribunal, é possível a realização de deliberações e discussões para elaboração de planos em que estejam assegurados e equilibrados todos os interesses em jogo, na medida do possível, além de evitar a imposição vertical de medidas que muitas vezes não compreendem todo o problema ou ultrapassam as necessidades de solução da demanda.

2) A separação de poderes – segundo Sabel e Simon, o experimentalismo aplicado aos processos de interesse público deve mitigar as preocupações em relação à separação de poderes relacionadas à implementação de remédios estruturais.

A principal objeção doutrinária quanto a este aspecto é no sentido de que as medidas estruturais subvertem a separação de poderes, uma vez que concentra excessivamente o poder nas mãos do Judiciário, às custas dos poderes eletivos.

No entanto, Sabel e Simon advertem que considerar a atividade jurisdicional na reforma estrutural como uma forma de intervenção na discricionariedade administrativa e legislativa ignora a complexidade das relações entre os Poderes. Além do mais, ressaltam os autores que, muitas vezes, os Poderes Legislativo e Executivo estão cientes de sua mora legislativa ou da inércia na implantação de políticas públicas e nada fazem para contornar o problema, somente tomando providências após a intervenção judicial. Segundo Sabel e Simon,

[...] a questão básica de fugir em vez de exercer responsabilidades por agentes do executivo e do legislativo é comum. A objeção mais plausível neste caso ao papel de um tribunal baseado na separação de poderes não é que ele usurpou responsabilidades do executivo, mas que permitiu o uso de sua autoridade para cobrir politicamente a um governador que deveria ter assumido ele mesmo a responsabilidade. Mesmo

⁴⁰⁷ El tribunal no necesita elegir entre remedios derivados de normas sustantivas ambiguas, por un lado, o deferir a agentes del ejecutivo manifestamente no confiables, por el otro. En cambio, puede intentar crear un proceso en el que las partes interesadas generen estándares de manera colaborativa, procedimientos para revisarlos, y mecanismos de rendición de cuentas de quienes están sujetos a ellos. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. *Revista de Interés Público*, [S. l.], 2018. p. 80.

assim, sem a possibilidade de questionamento judicial, teria persistido uma situação que ninguém poderia ter defendido de boa fé. (tradução nossa)⁴⁰⁸.

Os autores seguem afirmando que, enquanto as decisões baseadas no “comando e controle” podem induzir preocupações quanto à separação de poderes, na medida em que intervêm de maneira ampla ou mesmo substituem a autoridade do Poder Executivo, o enfoque experimentalista, por outro lado, dá aos outros Poderes mais discricionariedade, afastando essas preocupações.

Além do mais, o experimentalismo parece resolver o problema relacionado à responsabilização e à prestação de contas pelos agentes políticos frente ao seu eleitorado. Em outras palavras, “a intervenção experimentalista serve diretamente à prestação de contas eleitoral ao exigir que os agentes do executivo tornem explícitas as políticas e que se sujeitem a mecanismos de medição e monitoramento que tornem esse desempenho mais fácil de avaliar.” (tradução nossa)⁴⁰⁹.

A maneira em que é realizada essa prestação de contas no experimentalismo é diferente da tradicional. Isso porque, essa responsabilização é feita mediante a abertura das instituições que têm mau desempenho à participação dos cidadãos que estão insatisfeitos, mediante negociações com as partes interessadas. Pode-se dizer que esse processo se constitui em uma forma de fragmentação do poder e, quando realmente funciona, melhora sobremaneira a tomada de conta dos administradores públicos se comparado aos mecanismos políticos tradicionais de responsabilização de agentes políticos. Enfim, “[...] o processo de participação das partes interessadas permite uma forma mais informal e *ad hoc* de compartilhar poder e responsabilidade com os mais afetados.” (tradução nossa)⁴¹⁰

3) O problema da atribuição de responsabilidade – essa crítica diz respeito a duas conjunturas que podem estar presentes nos problemas estruturais. A primeira é a questão da determinação de responsabilidade de agentes políticos de níveis hierárquicos superiores por condutas praticadas por agentes hierarquicamente inferiores. Além disso, em algumas espécies

⁴⁰⁸ [...] la cuestión básica de evadir las responsabilidades en vez de ejercerlas por parte de oficiales del ejecutivo y la legislatura es común. La objeción más plausible en este caso al rol de un tribunal basada en la separación de poderes no es que aquél usurpó responsabilidades del ejecutivo, sino que permitió el uso de su autoridad para cubrir políticamente a un gobernador que debió haber asumido la responsabilidad por sí mismo. Aun así, sin la posibilidad de un cuestionamiento judicial, hubiera persistido una situación que nadie podría haber defendido de buena fe. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Traducción de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 83-84.

⁴⁰⁹ La intervención experimentalista sirve directamente a la rendición de cuentas electoral al requerir a los oficiales del ejecutivo que hagan explícitas las políticas y que se sujeten a los mecanismos de medición y monitoreo que hacen ese desempeño más fácil de evaluar. *Ibidem*, p. 84.

⁴¹⁰ El proceso de participación de las partes interesadas permite una manera más informal y *ad hoc* de compartir el poder y de rendición de cuentas hacia aquellos a quienes más afecta. *Ibidem*, p. 85.

de problemas estruturais há certa dificuldade de se demonstrar que a má conduta praticada por determinado agente não se trata de uma situação isolada, mas sistemática e reiterada, ou seja, se a conduta violadora de direitos faz parte de um padrão de atuação da instituição, demandando uma intervenção geral sobre ela.

Esses tipos de problema foram verificados especialmente nos casos envolvendo abusos policiais nos Estados Unidos. Em muitos desses casos, os tribunais se recusaram a reconhecer que as condutas violentas praticadas por policiais contra cidadãos (na maioria das vezes negros), se tratava de uma prática padrão da corporação, assentando que se tratava somente de um caso isolado de violência. E, com isso, deixavam de determinar medidas de natureza estrutural visando contornar o problema de uma maneira generalizada, resultando, quando muito, na punição isolada do agente que praticou o ato de violência.

Quanto à responsabilização dos agentes públicos de níveis hierárquicos superiores por condutas de seus subordinados, o que se via era que estes alegavam desconhecer a conduta de seus subalternos, se eximindo da responsabilidade, em uma atitude de verdadeira “indiferença deliberada”, que era relevada pelos juízes e tribunais.⁴¹¹

Segundo Sabel e Simon, a perspectiva experimentalista sugere melhoras no que tange à responsabilização institucional, em casos como esses acima narrados. Em primeiro lugar, porque no experimentalismo não há preocupação com quem seria o responsável pela má conduta da instituição. De acordo com Sabel e Simon, o experimentalismo, ao contrário,

[...] sugere que estas falhas são mais comumente o produto de uma série de compromissos políticos nos quais os valores para os quais os atores apelam foram postos de lado ou, relacionado a isso, o produto de uma espécie de equilíbrio político mesquinho no qual tudo funciona pior do que é possível, mas no qual nenhum ator em particular tem nem os incentivos nem o poder de fazer mudanças sem pressão. (tradução nossa)⁴¹².

Em segundo lugar, a perspectiva experimentalista não se preocupa em impor sanções, tendo por foco a alteração da forma de atuação da instituição, mediante monitoramento constante de suas atividades até que se chegue ao padrão mínimo de conformidade. Levando-se em conta os métodos de participação, monitoramento e comparações disciplinares, o experimentalismo acaba por induzir os agentes a atuarem dentro dos padrões de conformidade,

⁴¹¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 86.

⁴¹² [...] sugiere que estas fallas son más comúnmente el producto de una serie de compromisos políticos en los que los valores a los que apelan los actores han sido dejados de lado o, de manera relacionada, el producto de una clase de equilibrio político de poca monta en el que todo funciona peor de lo que es posible, pero en el que ningún actor en particular tiene ni los incentivos ni el poder para realizar cambios sin presiones. *Ibidem*, p. 87.

diante da pressão exercida tanto interna quanto externamente. Por fim, a omissão por parte da instituição demandada de adotar procedimentos para cumprimento das normas por seus agentes, devem ser consideradas negativamente no processo de responsabilização e prestação de contas interno dessas instituições⁴¹³.

4) O problema da representação dos interesses – a última objeção doutrinária quanto aos processos de interesse público diz respeito à discussão sobre a adequada representação dos interesses envolvidos na demanda. Isso porque, esse tipo de processo normalmente abrange problemas complexos, com diversos grupos de pessoas cujos interesses podem ser distintos e até mesmo contrários. Esses grupos de pessoas atuam por meio de representantes dentro do processo.

O problema da representação de interesses foi tratado por Abram Chayes⁴¹⁴, tendo este afirmado que os tribunais deveriam garantir a adequada representação das partes e interessados por meio de várias técnicas processuais, que incluíam a aferição quanto à adequada representação dos grupos, a ampla notificação acerca da existência do processo, nomeação de *special masters* e *amicus curiae*, dentre outras.

Entretanto, de acordo com Sabel e Simon, Chayes não elaborou detalhadamente uma proposta sobre como resolver o problema da ponderação de interesses, se limitando a afirmar que “[...] uma parte da resposta pode ser encontrada na sugestão de que a decisão, ou pelo menos o remédio, envolve uma espécie de barganha entre as partes”. (tradução nossa)⁴¹⁵.

Para Sabel e Simon, o experimentalismo responde adequadamente à esta objeção na medida em que não trata a participação somente como um aspecto processual inicial, mas como uma característica chave da implementação da reforma estrutural. Os termos substantivos do plano de reforma são provisórios: espera-se que sejam renegociados com base na experiência. Nesse sentido,

[...] um elemento crítico da decisão é o estabelecimento de um processo participativo para tais renegociações. A tarefa de identificar os interesses afetados e induzir sua participação não precisa ser plenamente realizada desde o início. Novas partes

⁴¹³ Sabel e Simon apontam que esse processo de responsabilização das instituições públicas deve se ser semelhante à responsabilização de empresas privadas, que cada vez mais têm adotado programas de integridade de seus funcionários e a obrigação de monitoramento constante por parte dos administradores e funcionários de maior hierarquia, sob pena de responsabilidade. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 87.

⁴¹⁴ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

⁴¹⁵ [...] una parte de la respuesta puede encontrarse en la sugerencia de que la decisión, o al menos el remedio, involucra una especie de negociación entre las partes. SABEL; SIMON, *op. cit.*, p. 88.

interessadas surgirão no decorrer da implementação e, como as regras são revisáveis, elas terão a oportunidade de questioná-las. (tradução nossa)⁴¹⁶.

Em conclusão, Chales Sabel e William Simon entendem que a teoria experimentalista responde de forma eficaz as críticas doutrinárias acerca da atuação do Poder Judiciário nos processos de interesse público, especialmente quanto à eficiência e legitimidade dos tribunais. Para eles, essas respostas estão diretamente vinculadas às características do experimentalismo e à ideia de “direitos de desestabilização”. Com efeito, ao estigmatizar o *status quo*, a intervenção do tribunal gera a abertura da instituição que se encontra em situação de desconformidade à participação dos interessados, antes marginalizados, e mostra o caminho para a implementação da reforma estrutural.

5.4.4 O experimentalismo é intrínseco ao processo estrutural?

Depois de analisar as características da teoria experimentalista elaborada por Charles Sabel e William Simon, é possível que reste o seguinte questionamento: afinal, o experimentalismo é intrínseco ao processo estrutural? Ou, em outras palavras, é possível chegar à conclusão de que, em todos os processos estruturais a fase de execução se baseia em técnicas de experimentação, caracterizadas pela negociação entre as partes, provisoriedade das medidas, revisões e reavaliações constantes e transparência?

De início, a resposta que deve vir imediatamente à cabeça do leitor é positiva, no sentido de que essa teoria é inerente ao processo estrutural. Isso porque, ainda que não se dê o nome de experimentalismo, a grande maioria dos estudiosos do processo estrutural, brasileiros ou estrangeiros, defende que a implementação desse tipo de processo deve se dar em termos de consenso, negociação e ampla participação das partes e demais interessados.

Nesse sentido, Abram Chayes⁴¹⁷, ao tratar sobre a implementação da sentença nos processos de interesse público, afirma que “[...] o juiz solicitará às partes que cheguem a um acordo, ou que uma delas redija um projeto. No primeiro caso, se estipula uma negociação. No segundo, a dinâmica se orienta quase que inevitavelmente nessa mesma direção.” (tradução

⁴¹⁶ [...] un elemento crítico de la decisión es el establecimiento de un proceso participativo para esas renegociaciones. La tarea de identificar los intereses afectados e inducir su participación no necesita ser lograda completamente desde el principio. Nuevos representados van a aparecer en el curso de la implementación, y dado que las reglas son revisables, ellos van a tener la oportunidad de cuestionarlas. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 88.

⁴¹⁷ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017.

nossa)⁴¹⁸. Para este autor, a “remediação” negociada e não imposta constitui uma das premissas do processo de interesse público.

No Brasil, este também é o entendimento que prevalece entre os doutrinadores do processo estrutural⁴¹⁹. Arenhart, Osna e Jobim, ressaltam que “[...] as soluções negociadas parecem harmonizar-se mais com a própria essência dos processos estruturais.”⁴²⁰. Para esses autores, a melhor solução nesse tipo de processo, em razão de suas características próprias, se dá pela acomodação de vários interesses, ao invés de uma solução imposta⁴²¹.

Entretanto, ainda que a resposta para o questionamento inicial pareça óbvia, é preciso fazer algumas ponderações, que colocam em xeque uma resposta positiva inicial.

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que, além do experimentalismo, diversas teorias e modelos de jurisdição foram desenvolvidos de forma paralela, com o intuito de justificar e conformar a atuação judicial na implementação de reformas estruturais. Clenderson Rodrigues da Cruz, em sua tese de doutorado⁴²², descreve diversos modelos desenvolvidos em vários países, com esses objetivos, com destaque para os modelos e teorias norte-americanos. Restringido somente aos modelos jurisdicionais desenvolvidos a partir da litigância de interesse Público, Cruz apresenta o “modelo consultivo de Eisenberg”; o “modelo gerencial de Judith Resnik e Donald L. Horowitz”; o “modelo agregativo de litígios em massa de Linda Mullenix”; o “modelo transacional de Rubenstein”; o “modelo dialógico de Rosalind Dixon”; o “modelo de Katharine Young, da função catalítica dos tribunais”; além do “modelo experimentalista de Sabel e Simon”⁴²³. Todos esses modelos, embora tenham como premissa a consensualidade e técnicas negociais, possuem contornos e características próprias que as distinguem entre si.

⁴¹⁸ El juez solicitará a las partes que acuerden al respecto, o bien le pedirá a una de ellas que redacte un proyecto.80 En el primer caso, se estipula una negociación. En el segundo, la dinámica se orienta casi inevitablemente hacia esa misma dirección. CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017. p. 20.

⁴¹⁹ Por todos, destaco CRUZ, Clenderson Rodrigues da. **Técnicas processuais estruturais e processualismo constitucional democrático**: proposta de um modelo para a construção participada da solução para os litígios de direito público. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do Processo Estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 15. p. 423-465; MORATO, Luciana Cecília; FREITAS, Helena Patrícia. Implementação participada de medidas estruturantes na litigância de interesse público para tutela de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Belém, v. 5, n. 2, p. 154-173, Jul./Dez. 2019.

⁴²⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 191.

⁴²¹ *Ibidem*.

⁴²² CRUZ, *op. cit.*

⁴²³ Todos esses modelos são descritos de forma bastante detalhadas por Clenderson Rodriguez da Cruz em sua tese. Para os objetivos dessa pesquisa, entendo ser desnecessário adentrar nas características de cada uma delas. Para maior aprofundamento, remeto o leitor à tese de doutorada mencionada, que apresenta além dos modelos descritos neste trabalho, diversos outras teoria e modelos desenvolvidos doutrinariamente sobre a matéria.

Portanto, não há como concluir que o experimentalismo é intrínseco ao processo estrutural, visto que há outras teorias que pretendem dar a melhor resposta à implementação dos processos estruturais.

A professora Mariela Puga, em palestra ministrada no III Congresso Internacional de Coletivização e Unidade do Direito⁴²⁴, ponderou que há muitos casos envolvendo problemas estruturais em que a solução pode se dar por meio de uma única ordem proferida pela Corte. Segundo ela, são as situações em que a causa do agravo ou da violação de direitos é somente uma.⁴²⁵ Por outro lado, alguns casos estruturais, por suas características, justificam um tipo de atuação diferenciada por parte do Poder Judiciário, sendo que, somente nestas circunstâncias, se pode falar em intervenção experimentalista.

Nesse sentido, de acordo com Puga⁴²⁶, as Cortes devem se valer do experimentalismo somente quando a policentria se caracteriza pela “multicausalidade do agravo”, ou seja, várias são as causas que produzem a situação de violação de direitos; quando se trata de uma situação de desconformidade que é marcada pela antiguidade, isto é, o problema se arrasta por longo período e há um longo histórico de enfrentamento pela Corte; e, por fim, quando os danos são incontestáveis, ou seja, não há uma discussão de fundo acerca da ocorrência ou não de violação de direitos, pois é esta patente. Entretanto, existe um bloqueio político e uma incapacidade estatal de contornar o problema, bem como uma “incerteza remedial”, não se sabendo ao certo qual a melhor forma de tutela para solucionar a situação enfrentada.

Uma segunda ponderação que se impõe fazer é no sentido de que, ainda que em termos teóricos se possa desejar que as técnicas negociais e de consensualidade sejam sempre aplicadas na fase de execução do processo estrutural, independentemente do modelo que se escolha, na prática nem sempre isso irá ocorrer.

Como destacado por Sabel e Simon⁴²⁷, em algumas das áreas em que foram realizadas reformas estruturais nos Estados Unidos, houve grande resistência por parte dos tribunais em

CRUZ, Clenderson Rodrigues da. **Técnicas processuais estruturais e processualismo constitucional democrático**: proposta de um modelo para a construção participada da solução para os litígios de direito público. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021.

⁴²⁴ MANHÃ do dia 08.04.22 - III Congresso Internacional de Coletivização e Unidade do Direito. Palestrante: Mariela Puga. Porto Alegre: Grupo de Pesquisa Cultura e Processo – PUCRS, 2022. 1 vídeo (263 min).

⁴²⁵ A professora cita como exemplo um precedente argentino de 2017, em que uma lei de determinada província determinava a educação religiosa católica nas escolas. Muitas pessoas se sentiram prejudicadas por essa lei por, por exemplo, praticarem outras religiões diversas do catolicismo. Demandaram em um processo coletivo e ganharam a causa, tendo a referida lei sido declarada inconstitucional. Nesse caso, com uma só ordem, foi resolvido o problema estrutural. *Ibidem*.

⁴²⁶ *Ibidem*.

⁴²⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018.

adotar decisões baseadas no enfoque experimentalista. Em relação às reformas prisionais, por exemplo, houve mais resistência dos tribunais e mesmo dos outros Poderes quanto à intervenção jurisdicional do que em outras áreas⁴²⁸. A Lei de Litígio de Reforma Penitenciária, de 1996, por exemplo, dificultou o acesso ao Judiciário e limitou a aplicação de decisões baseadas no experimentalismo, uma vez que impôs uma série de requisitos tanto para o ajuizamento de ação quanto para a implantação de medidas a longo prazo⁴²⁹.

Além disso, Sabel e Simon asseveram que, em alguns casos, optou-se pela aplicação de decisões com enfoque de “comando e controle”. Nesse sentido, segundo eles, “[...] os tribunais dessegregaram muitos distritos escolares em nível municipal nas áreas rurais dos estados do sul com decisões, em alguma medida, de comando e controle.” (tradução nossa)⁴³⁰. Ademais, nos primeiros casos envolvendo prisões, foram alcançadas melhorias substanciais com base nos modelos tradicionais de adjudicação, verticalizados, como simples proibições de algumas práticas, como tortura ou trabalho não remunerado⁴³¹.

Para além disso, é preciso ressaltar, na esteira do entendimento de Edilson Vitorelli⁴³², já abordado no capítulo 4 deste trabalho, que a escolha pela condução do processo de maneira estrutural é sempre do juiz responsável pela causa. Ainda que se ajuíze uma ação cujo pano de fundo é um problema estrutural, e que o pedido seja a realização de reforma estrutural, não há garantia *a priori* de que o juiz ou tribunal irá conduzir o processo estruturalmente, isto é, que irá determinar a realização de uma reforma de natureza estrutural e nem que irá utilizar técnicas negociais, participativas e de longo prazo. O juiz pode optar pela determinação de regras fixas e verticalizadas e concluir pela desnecessidade de acompanhamento da execução, deixando a cargo do demandado elaborar um plano e conduzi-lo até o final, sem qualquer participação de outros interessados.

Na pior das hipóteses, é possível que o Poder Judiciário apenas declare a situação de desconformidade, determinando aos outros Poderes a atribuição para a elaboração e efetivação das reformas necessárias, sem qualquer intervenção ou controle por parte do tribunal.

Enfim, não é possível concluir que o experimentalismo é o modelo intrínseco ao processo estrutural, sendo apenas um dos modelos teóricos desenvolvidos a partir da litigância de interesse público. Entretanto, para os fins dessa pesquisa, a proposta de Simon e Sabel parece

⁴²⁸ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 35.

⁴²⁹ Tratei da Lei de Litígio de Reforma Previdenciária no capítulo 3 deste trabalho, para o qual remeto o leitor.

⁴³⁰ [...] los tribunales des-segregaron muchos distritos escolares a nivel de condado en las zonas rurales de los estados del sur con decisiones, en alguna medida, de comando y control. *Ibidem*, p. 46.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 46.

⁴³² VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ser a que melhor se adequa aos fins a que se propõe, motivo pelo qual foi o modelo escolhido como referencial teórico para tentar responder o problema de pesquisa proposto⁴³³.

No último capítulo, buscarei responder ao problema formulado nessa pesquisa, qual seja, se é possível retirar o sistema carcerário brasileiro do atual “Estado de Coisas Inconstitucional” por meio do Poder Judiciário, tendo como suporte todas as teorias e premissas analisadas até aqui quanto aos processos estruturais e a teoria do “Estado de Coisas Inconstitucional” e, sobretudo, a partir do experimentalismo de Sabel e Simon.

⁴³³ Esse também é o entendimento expressado por Clenderson Rodrigues da Cruz em seu trabalho acadêmico. Para ele, as propostas de Sabel e Simon contribuem demasiadamente com a tese desenvolvida de um modelo participativo de construção de soluções para os litígios de interesse público. CRUZ, Clenderson Rodrigues da. **Técnicas processuais estruturais e processualismo constitucional democrático**: proposta de um modelo para a construção participada da solução para os litígios de direito público. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021. p. 147.

6 A PROMOÇÃO DE MUDANÇAS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO: A ADPF Nº 347 COMO INSTRUMENTO PARA A REFORMA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

*“Portanto, é preciso haver uma grande transformação. Não sei como isso se faz, sei apenas que não há milagre a ser feito nessa área - e eu não faço milagre, faço Direito.”*⁴³⁴

No derradeiro capítulo deste trabalho acadêmico, almejo responder à pergunta de pesquisa, tendo como premissas todas as teorias e premissas analisadas ao longo deste texto.

O objetivo até aqui, foi interligar a teoria dos processos estruturais com a teoria do “Estado de Coisas Inconstitucional”, por meio do estudo de caso, qual seja, a ADPF nº 347.

O intuito final é testar a viabilidade da utilização da teoria experimentalista (cuja base é o processo estrutural), considerando-a como a mais adequada para a implementação da reforma estrutural no sistema carcerário brasileiro.

Preciso deixar registrado que, embora a conclusão aqui apresentada seja fruto de trabalho de pesquisa acadêmica, por óbvio, não é uma resposta definitiva e imune de críticas, permanecendo sempre aberta às novas sugestões, considerações e reflexões acerca do tema.

6.1 “Estado de Coisas Inconstitucional”, “Direitos de desestabilização” e experimentalismo: relacionando os conceitos.

Conforme foi fartamente consignado ao longo de toda a pesquisa, o “Estado de Coisas Inconstitucional” é teoria criada pela Corte Constitucional Colombiana, tendo sido amplamente utilizada naquele país, em diversos precedentes envolvendo situação de violação massiva de direitos fundamentais, especialmente na segunda metade da década de 1990 e início dos anos 2000.

O experimentalismo, por sua vez, foi desenvolvido por Sabel e Simon⁴³⁵ para o contexto das *structural reforms*, ocorridas nos Estados Unidos, notadamente a partir da década de 1960, tendo seu ápice naquele país nas quatro últimas décadas do século XX. Os mesmos autores utilizam a expressão “direitos de desestabilização”, apropriando-se do conceito elaborado por Mangabeira Unger, para descrever a necessidade de “desmascaramento” das instituições,

⁴³⁴ Ministra do STF Carmem Lúcia, na discussão sobre a MC da ADPF nº 347.

⁴³⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018.

possibilitando que seja possível a realização de reforma estrutural, o que deve ser feito, segundo eles, por meio do uso do método experimentalista⁴³⁶.

Na medida em que esta pesquisa tem por objeto o estudo de um caso em que foi declarado pelo STF a existência de “Estado de Coisas de Inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro e, ao mesmo tempo, pretende demonstrar a pertinência da aplicação do método experimentalista a tal caso concreto, é preciso investigar se há relação e compatibilidade entre as teorias.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁴³⁷, ao pesquisar o “Estado de Coisas Inconstitucional”, a partir da análise de sua aplicação pelo Poder Judiciário colombiano, busca traçar uma definição para esta expressão, a partir suas características e das consequências advindas de sua declaração nos casos concretos colombianos.

Nesse sentido, Campos consigna que o “Estado de Coisas Inconstitucional”

[...] se trata de “técnica decisória por meio da qual se declara uma ‘realidade inconstitucional’. Não é uma ação judicial propriamente dita, e sim uma ferramenta processual pela qual as cortes produzem uma norma declaratória da contradição insuportável entre texto constitucional e realidade social.”⁴³⁸

E continua o autor, afirmando que “[...] o ECI é técnica de decisão declaratória da ‘inconstitucionalidade de uma realidade’, que vem seguida de ordens estruturais, essas sim voltadas a transformar essa realidade – a declaração do ECI é ponto de partida; as ordens estruturais, o caminho a seguir; as transformações, o ponto de chegada.”⁴³⁹.

Analisando esta definição, me parece que o “Estado de Coisas Inconstitucional” parte da mesma premissa utilizada por Sabel e Simon quanto à conceituação e características dos “direitos de desestabilização”. Isso porque, conforme analisado no capítulo anterior, esta expressão significa, de acordo com o entendimento desses autores, o “[...] direito de ‘desmascarar’ instituições que, de maneira sistemática, têm se omitido a cumprir suas obrigações, mas são imunes às forças tradicionais de responsabilização por estas condutas irregulares.” (tradução nossa)⁴⁴⁰. Ainda sobre a desestabilização e seus efeitos, Sabel e Simon afirmam que

⁴³⁶ Todos os conceitos mencionados neste tópico foram tratados de maneira mais aprofundada em capítulos anteriores deste texto, especialmente nos capítulos 3 e 5.

⁴³⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 192.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 194.

⁴⁴⁰ [...] derecho a “desenmascarar” instituciones que de manera sistemática han omitido cumplir con sus obligaciones, pero que son imunes a las fuerzas tradicionales de corrección política de esa disfuncionalidad.

A desestabilização descreve de forma útil tanto o “remédio” como o processo pelo qual se articula o significado do direito substantivo de fundo nestes casos. No processo de interesse público, o juiz não exerce sua discricionariedade em cada caso para escolher entre uma gama infinita de respostas possíveis para um determinado problema. Em vez disso, tendo identificado uma violação de alguma norma geral - o direito à educação adequada, o direito de acesso à justiça - ele impõe a única solução que a fase declaratória mostra ser apropriada: a desestabilização institucional. Este “remédio” tem uma estrutura semelhante em todas as áreas. Além disso, a fixação judicial de padrões, de uma maneira responsável, perante o público na fase de estabelecimento de responsabilidades, constrói uma ponte entre a afirmação inicial de um direito substantivo e a solução futura.⁴⁴¹

Ademais, conforme visto no capítulo anterior, é o reconhecimento dos “direitos de desestabilização”, na primeira fase do processo judicial, que possibilitará a aplicação do método experimentalista na segunda fase processual, de implementação da reforma estrutural.

Com efeito, é patente a semelhança entre os conceitos de “Estado de Coisas Inconstitucional” e “Direitos de desestabilização”. O aspecto mais marcante de ambos é a simbologia que tais declarações representam. Ambos possuem o objetivo de demonstrar a existência de uma situação de desconformidade/inconstitucionalidade quanto à conduta de certa instituição pública (ou privada), assinalando a necessidade de realização de modificações para a adequação das suas atividades, conduzindo-a aos padrões mínimos de normalidade e constitucionalidade. Apesar de serem utilizadas em contextos e momentos diferentes, é possível dizer que ambas as expressões levam ao mesmo resultado e às mesmas consequências: a aplicação de medidas estruturantes.

De acordo com Carlos Alexandre Campos, pode-se afirmar que essa declaração possui efeito simbólico por “[...] modificar a percepção do problema e das alternativas de solução. Mesmo a maior visibilidade do problema social é um efeito relevante dessas decisões.”⁴⁴².

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. p. 10.

⁴⁴¹ La desestabilización describe de manera útil tanto el remedio y el proceso por el que se articula el significado del derecho sustantivo de fondo en estos casos. En el nuevo derecho de interés público, el juez no ejerce su discreción en cada caso para elegir entre un abanico infinito de respuestas posibles a un determinado problema. En cambio, habiendo identificado una violación a alguna norma general -el derecho a una educación adecuada, el derecho de acceso a la justicia-, impone el único remedio que la fase declarativa ha mostrado que es el apropiado: la desestabilización institucional. Este remedio tiene una estructura semejante en todas las áreas. Además, la fijación judicial de estándares de manera responsable ante el público en la fase de establecimiento de responsabilidad construye un puente entre la afirmación inicial de un derecho sustantivo y el futuro remedio. *Ibidem*, p. 48-49.

⁴⁴² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 213. Quanto ao efeito simbólico produzido pela decisão que declara o ECI, Campos reproduz estudo elaborado por César Rodríguez Gravito e Diana Rodríguez Franco, autores colombianos, que sistematizam os quatro tipos de efeito gerados pelo ECI: efeitos diretos instrumentais, consistentes na própria formulação e implementação da reforma estrutural; efeitos diretos simbólicos, que consistem na definição e na percepção do problema como violação massiva de direitos; efeitos indiretos

Comparando o “Estado de Coisas Inconstitucional” com o experimentalismo, é possível também achar o ponto em comum entre eles. Ao tratar da atuação da Corte Colombiana nos precedentes em que foi aplicado o “Estado de Coisas Inconstitucional”, destaquei a importância da retenção da jurisdição e do monitoramento pela Corte, para garantir o sucesso da efetivação da reestruturação almejada. Como visto no capítulo 3 deste trabalho, a falta de monitoramento pela Corte no caso envolvendo a situação carcerária da Colômbia deu brecha ao descumprimento das medidas que haviam sido determinadas na sentença, levando ao fracasso da reforma carcerária. Por outro lado, no caso dos deslocamentos forçados (*desplazados*), a retenção da jurisdição e o monitoramento pela Corte, por mais de dez anos, foram determinantes para o sucesso do caso.

Com efeito, ainda que não seja um efeito direito da declaração do estado de inconstitucionalidade, o monitoramento da reforma estrutural pelo Poder Judiciário acabou por se tornar uma das mais importantes consequências da declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional”. De acordo com Campos, o mérito do monitoramento está no fato de “[...] além de impor ações aos poderes e órgãos desobedientes, o monitoramento permite corrigir tanto os atos de implementação defeituosos como as próprias decisões judiciais que se revelem difíceis ou impossíveis de cumprimento.”⁴⁴³. Ainda segundo o autor, no caso dos *desplazados*, “[...] além de aumentar a participação social e a deliberação em torno do tema, o monitoramento expôs as omissões e deficiências dos poderes políticos na fase de cumprimento das decisões.”⁴⁴⁴.

Quanto à teoria experimentalista, não resta a menor dúvida, após a análise realizada no capítulo anterior, de que a retenção da jurisdição e o monitoramento das medidas aplicadas constituem características básicas do modelo. Como visto anteriormente, as três características básicas do experimentalismo são a negociação contínua entre as partes e interessados; a intervenção no modo “*rolling-rule*”, ou seja, por meio de adoção de medidas e regras provisórias, sujeitas a revisões e a reavaliações permanentes, com a participação contínua e

instrumentais, que são aqueles não definidos diretamente pela sentença judicial, mas que derivam dela, como, por exemplo, a formação de movimentos e organizações sociais para participarem diretamente da formulação do plano para a reforma estrutural e; por fim; efeitos indiretos simbólicos, que consistem na mudança de da opinião pública sobre a gravidade e a urgência do problema de violação de direitos, que pode influenciar no comportamento das partes envolvidas diretamente na demanda. O estudo em que se baseia Campos é o seguinte: GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social**. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009.

⁴⁴³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 217.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 218.

efetiva dos envolvidos; e a transparência, com a adoção de medidas explícitas e públicas e a sujeição dos demandados a constantes avaliações.

Dadas as semelhanças entre o “Estado de Coisas Inconstitucional” e a teoria experimentalista, é possível concluir pela possibilidade de aplicação do método experimentalista a caso concreto em que foi declarado o estado de inconstitucionalidade.

Resta, pois, saber se, no caso da ADPF nº 347, tal método é o mais adequado. Dedico o restante do capítulo a tentar responder a este questionamento.

6.2 É possível retirar o sistema carcerário brasileiro do atual “Estado de Coisas Inconstitucional” por meio do Poder Judiciário?

Antes de responder ao questionamento proposto neste tópico, é preciso ponderar acerca dos limites e possibilidades do Poder Judiciário brasileiro. Para os fins deste trabalho, me atenho especificamente à jurisdição constitucional, isto é, à atuação do Supremo Tribunal Federal, já que o caso analisado neste estudo é uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cuja competência constitucional se restringe ao STF.

Conforme já mencionei no segundo capítulo deste texto, com a decadência do Estado de Bem-Estar Social e a descrença nas instituições políticas, diante das reiteradas omissões e desídias na concretização de direitos fundamentais estatuídos na Constituição, o Judiciário acabou sendo elevado à condição de “[...] guardião das promessas constitucionais; além de intervir para a proteção da Constituição e dos direitos fundamentais, passando a ter como função institucional a recuperação da democracia.”⁴⁴⁵

Nessa linha, assevera Carvalho Filho que,

[...] a participação do Judiciário no processo de tomada de decisões importantes para a toda sociedade tornou-se cada vez mais frequente. O Supremo Tribunal Federal, última instância do Judiciário brasileiro, tomou as páginas dos noticiários. Atualmente, é difícil encontrar uma decisão política relevante no Estado brasileiro que não tenha sido objeto de judicialização.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, [S. l.], ano 51, n. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014. p. 162.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 163.

Esse maior destaque dado ao Poder Judiciário na resolução de casos que envolvem temas sensíveis à sociedade, bem como o reconhecimento e efetivação de direitos fundamentais, não passa imune às críticas da doutrina.

No direito comparado, a autora alemã Ingeborg Maus analisou a atuação do Poder Judiciário alemão na segunda metade do século XX e concluiu que o Judiciário se tornou o “superego de uma sociedade órfã”⁴⁴⁷.

A partir de conceitos da psicanálise, a autora se utiliza da analogia de uma relação entre pai e filho, para explicar que a sociedade que se viu abandonada e desamparada pelas instituições políticas, se sentindo “órfã”, acabou por eleger o Poder Judiciário como a “nova figura de um pai”, isto é, aquela instituição que seria capaz de suprir as necessidades imediatas da sociedade. Embora tenha escrito seu artigo no contexto alemão, a comparação realizada pela autora não se restringe ao Judiciário alemão, tendo em vista que o fenômeno do crescimento do Poder Judiciário sobre os outros Poderes ocorreu em diversas jurisdições pelo mundo, podendo ser observado inclusive no Brasil.

A crítica de Maus⁴⁴⁸ à essa postura do Judiciário perpassa à apropriação da moral pelo Direito, sendo que aquela passaria a ter um valor superior em relação a este. Nesse contexto, torna-se recorrente a utilização, por parte dos juízes, de argumentos de princípios suprapositivos, inclusive para justificar a ampliação de suas competências. De acordo com o que pondera Alexandre Bahia, referindo-se ao pensamento de Maus, “[...] a emergência de um Direito suprapositivo fez com que a Corte Constitucional, além de aumentar, por conta própria, suas funções, se considerasse competente para julgar até a própria Constituição, dando-lhe a interpretação que lhe parecesse melhor.”⁴⁴⁹

Com esse “superpoder” dado ao Judiciário, segundo Maus, corre-se o risco de se chegar à situação de “totalização da Justiça”, uma vez que há um processo de dissolução das leis. Se o juiz é quem escolhe a matéria e forma como vai julgar, muitas vezes até mesmo para além ou contrariamente ao texto constitucional ou legal, têm-se uma situação de autossuficiência judicial, capaz de proporcionar arbitrariedades que vão contra o próprio Estado de Direito⁴⁵⁰.

No Brasil, Lenio Luiz Streck é um dos juristas que encabeça as críticas contra o ativismo do Poder Judiciário, e, especialmente do STF. Lenio Streck traça uma distinção entre o que

⁴⁴⁷ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade** – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. [S. l.], 2016.

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁴⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como Superego da Sociedade. **Revista CEJ**, Brasília, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005.

⁴⁵⁰ MAUS, *op. cit.*, 2016.

chama de judicialização da política e o ativismo judicial⁴⁵¹. Para o autor, enquanto “[...] o ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública”⁴⁵², a judicialização da política “[...] pode ser ruim ou pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa.”⁴⁵³.

Ainda segundo Streck⁴⁵⁴, a judicialização da política é contingencial e está ligada ao mau funcionamento das instituições, de acordo com as competências e atribuições elencadas pela Constituição para cada uma delas. “Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado.”⁴⁵⁵.

Para o autor, uma situação de judicialização da política pode ter uma resposta ativista, ou seja, a vontade do julgador substitui o debate político, seja para manter o *status quo*, seja para adotar uma postura mais progressista, sendo altamente censurável. Por outro lado,

[...] é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo Judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista.⁴⁵⁶

São casos, segundo o autor, que demandam “agressividade” da jurisdição constitucional na garantia dos direitos fundamentais⁴⁵⁷.

O que torna constitucionalmente adequada uma decisão proferida em caso de judicialização da política é sua potencialidade para ser repetida em situações similares, isto é, a possibilidade de universalização do direito reconhecido. De acordo com Streck⁴⁵⁸, se a decisão não puder ser repetida em outros casos semelhantes, garantindo-se os mesmos direitos a outros grupos de pessoas que se encontram na mesma situação, trata-se de uma decisão ativista, que deve ser evitada.

⁴⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo judicial e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 724.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 724.

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

⁴⁵⁵ *Ibidem*.

⁴⁵⁶ *Ibidem*.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 724.

A menção à teoria de Lenio Streck nesta pesquisa se faz importante tendo em vista que o autor, ao elencar exemplos de decisões que considera ativistas, menciona expressamente a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo STF, na ADPF nº347⁴⁵⁹. Aliás, Streck dedica todo um artigo para criticar a postura do Supremo nessa ação constitucional, afirmando, em síntese, se tratar de uma decisão ativista e que ameaça a separação de poderes, sendo o “Estado de Coisas Inconstitucional” um “álibi” para que o Judiciário atue de modo extrajudicial⁴⁶⁰. Afirma ainda o autor que, “[...] aparentemente, a solução sempre é buscada pela via judicial, mas fora do direito, apelando em algum momento para a discricionariedade dos juízes e/ou o seu olhar político e moral sobre a sociedade.”⁴⁶¹. E conclui que esta solução, “[...] paradoxalmente, fragiliza o direito em sua autonomia. Mais do que isso, a decisão judicial não é escolha, e de nada adianta motivação, diálogo e procedimentalização se forem feitas de modo *ad hoc*.”⁴⁶².

Não obstante todas as críticas, é necessário, por fim, deixar registradas as palavras de Streck ao final do referido artigo sobre a ADPF nº347:

E, numa palavra finalíssima
Quero dizer que, embora crítico do ECI, torço para que dê certo. Afinal, trata-se de uma questão que envolve um atrito no e do diálogo institucional entre os poderes. Ou seja, como estou embarcado nessa nave chamada Brasil, torço pelo sucesso do piloto!⁴⁶³.

As últimas palavras de Streck refletem, sem sombra de dúvidas, o pensamento da maioria dos juristas e estudiosos brasileiros. Entretanto, mais do que apenas torcer para dar certo, entendo que o papel do STF na ADPF é legítimo e o “Estado de Coisas Inconstitucional” se justifica por todas as razões já mencionadas ao longo desta pesquisa.

Utilizando o próprio argumento de Lenio Streck para justificar a adequação constitucional da judicialização da política, certo é que a situação dos presídios brasileiros se trata de hipótese em que o funcionamento inadequado das instituições políticas, especialmente

⁴⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo judicial e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. p. 726.

⁴⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Revista Conjur**, [S. l.], 24 out. 2015.

⁴⁶¹ *Ibidem*.

⁴⁶² *Ibidem*. Lenio Streck traça ainda outras críticas à postura do STF na ADPF 347, entendendo, por exemplo, que o “Estado de Coisas Inconstitucional” foi utilizado de forma retórica pela Corte. Deixo de aprofundar em todas as críticas apontadas pelo autor, por não serem imprescindíveis ao desenvolvimento desta pesquisa.

⁴⁶³ *Ibidem*.

o Poder Executivo, exige que o Judiciário adote uma postura “agressiva” no sentido de garantir direitos fundamentais.

Além disso, certamente que a decisão que declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional” na ADPF nº 347 pode ser estendida a todos os demais processos judiciais em que se enfrenta problemas referentes à execução penal, sejam referentes à infraestrutura das prisões, sejam relacionadas à situação de violação de direitos das pessoas encarceradas. Aliás, desde que o estado de inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro foi declarado pelo STF, no ano de 2015, todas as demandas judiciais sobre a matéria deveriam ter como paradigma tal declaração, influenciando na postura do juiz no momento da análise do caso concreto.

Além do mais, nada impede que o STF venha a declarar novos “Estados de Coisas Inconstitucionais” em futuros processos judiciais em que se discuta situação de violação de direitos tão grave quanto a dos presídios brasileiros. Basta que se preencha os requisitos utilizados pela Corte na ADPF nº 347 para que a declaração seja considerada legítima e não se torne casuística.

Em análise acerca da atuação dos Tribunais Superiores brasileiros, Alexandre Bahia constrói a tese de que “[...] o Judiciário não deve agir nem como mera *bouche de la loi*, nem como *pai* de uma massa a ser protegida contra a manipulação (inclusive quando esta manipulação provém de seus representantes eleitos).”⁴⁶⁴ O autor pondera que, na medida em que não se pode mais falar em uma nítida distinção entre questões políticas e jurídicas, “[...] o Judiciário (como um todo) tem de assumir o dever de não permitir que ‘qualquer lesão ou ameaça a direito’ deixe de ser apreciada”, “[...] o que não deve convertê-lo (principalmente o Supremo Tribunal Federal) no *repositório dos valores* de uma comunidade jurídica”.⁴⁶⁵

Finalmente, em relação à atuação do Supremo Tribunal Federal nos processos estruturais, Marco Felix Jobim⁴⁶⁶ elaborou tese na qual concluiu ser este um espaço legítimo e democrático para a aplicação de medidas estruturantes. Nesse sentido, afirma Jobim que, o Supremo Tribunal Federal “[...] não pode escapar de debates essenciais à sociedade e à manutenção de um Estado Constitucional, sendo oportuno defender, pois, sua legitimidade, para que realize, no mínimo, as promessas constitucionais.”⁴⁶⁷ E continua autor asseverando

⁴⁶⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos Extraordinários no STF e STJ**: conflito entre interesse público e privado. Curitiba: Juruá, 2012. p. 302.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 302.

⁴⁶⁶ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na Jurisdição Constitucional**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 152.

que, “[...] para além desses fatores, deve-se lembrar que uma atuação coordenada para eliminação de injustiças e de inaccessos aos direitos básicos deve ser pauta não só do Poder Judiciário, mas de toda coletividade.”⁴⁶⁸.

Ademais, conforme já foi abordado no quarto capítulo desse trabalho, no caso da ADPF nº 347, além de legítimo, o Supremo Tribunal Federal talvez seja o único órgão capaz de coordenar uma mudança social tão profunda e complexa. Não se vislumbra outra Instituição, seja pública ou privada, que seja competente e demonstre interesse de fazer tamanha reforma em todo o sistema carcerário nacional.

E, por último (mas não menos importante), é preciso ressaltar que, nesses casos complexos, cuja solução depende da atuação conjunta de diversos órgãos, de mais de uma esfera de Poder, o Poder Judiciário deve exercer o papel de exortar os demais Poderes para se estes realizem as adequações necessárias à remoção do estado de inconstitucionalidade ou desconformidade. Nos casos concretos estudados neste trabalho, sejam referentes à Colômbia, seja no âmbito das *structural reforms* estadunidenses, a movimentação das Instituições governamentais e o sucesso das reformas estruturais somente aconteceu porque houve a intervenção do Poder Judiciário.

6.3 ADPF nº 347 – o que se já se fez e o que esperar dessa ação constitucional

A ADPF nº 347 foi ajuizada no ano de 2015 e, conforme já tratado ao longo deste texto, não teve seu mérito julgado até o presente momento, isto é, passados mais de 7 anos!

Ao longo da tramitação do processo muito pouco foi feito para que a situação carcerária tenha alguma melhoria concreta. Alguns requerimentos foram apresentados pela parte autora, bem como foi feito pedido de tutela incidental por terceiro interessado, na qualidade de *amicus*

⁴⁶⁸ Para justificar sua tese, Jobim apresenta doze razões pelas quais se pode concluir pela legitimidade do Supremo Tribunal Federal para proferir sentenças normativas estruturantes: 1) o limite da sentença normativa está adstrito aos sentidos normativos do texto da Constituição; 2) o Poder Judiciário somente poderá proferir sentenças normativas na omissão ou comissão dos demais poderes; 3) somente poderá ser ministro do STF um cidadão nato; 4) a sabatina pelo Senado é uma via indireta da democracia representativa; 5) a nomeação pelo Executivo também é uma via indireta da democracia representativa; 6) existe a possibilidade de *impeachment* dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelos membros do Poder Legislativo; 7) a democracia participativa está assentada no processo com a possibilidade de *amicus curiae*; 8) as audiências públicas são outra forma de democracia participativa no processo; 9) existe legitimação processual nos controles difuso e abstrato que abarcam o Executivo, o Legislativo e o cidadão; 10) existe a possibilidade de nova lei pelo Poder Legislativo após o julgamento do Supremo Tribunal Federal; 11) a motivação e a publicidade das decisões são outra forma de controle democrático; e: 12) há o controle externo do Poder Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça. JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na Jurisdição Constitucional**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

*curiae*⁴⁶⁹, mas o Tribunal não tem avançado no sentido de realmente determinar medidas práticas para contornar as situações violadoras de direitos que acometem o sistema diuturnamente.

A única decisão de maior impacto que se tem até então é a proferida na medida cautelar inicial⁴⁷⁰, na qual os ministros do STF reconheceram o “Estado de Coisas Inconstitucional” e deferiam alguns dos pedidos formulados pelos autores na inicial. As medidas determinadas naquela ocasião, ainda que moderadas, foram capazes de gerar impactos em todos os Poderes, além de jogar luz sobre o problema para toda a sociedade.

Nesse sentido, é possível afirmar que o efeito mais importante da decisão cautelar foi seu efeito simbólico. Primeiramente, porque foi a primeira vez em que o Supremo Tribunal Federal utilizou a expressão “Estado de Coisas Inconstitucional”. A novidade acerca da nomenclatura utilizada pela Corte gerou, no mínimo, a curiosidade por parte de estudiosos e juristas brasileiro. A teoria passou a ser falada e estudada no Brasil. Desde então, foram realizados inúmeros estudos acadêmicos e lançadas várias obras sobre o tema, além de ser várias vezes utilizado para embasar ações judiciais cujo objeto são situações em que há violação massiva de direitos fundamentais.

Além disso, a ADPF nº 347 escancarou à toda a sociedade a situação sub-humana e humilhante vivenciada pelas pessoas em situação de encarceramento. Por mais que os noticiários e programas de televisão sempre tenham mostrado as mazelas dos presídios brasileiros, as situações concretas narradas na petição inicial foram um “soco no estômago” de todos que tiveram contato com a inicial da ação, sendo reproduzida pelos meios de comunicação a toda a população.

Sem dúvida alguma, se a ADPF não for suficiente para retirar o sistema carcerário do estado em que está, ao menos gerou o efeito simbólico de movimentar e pressionar os órgãos governamentais dos três Poderes da República. Afinal, este é um dos efeitos típicos da declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional”⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ O Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Márcio Thomaz Bastos (IDDD), na qualidade de *amicus curiae*, apresentou pedido de medida incidental, requerendo que os juízes e tribunais adotassem uma série de medidas para evitar a propagação, no interior dos presídios, do vírus do COVID-19. O Tribunal denegou a medida cautelar sob o argumento de que a instituição não é parte legitimada para pleitear concessão de medidas em sede de controle abstrato, bem como na impossibilidade de ampliação do pedido formulado na petição inicial. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 28 de maio de 2015. Brasília: STF, 2015b.

⁴⁷⁰ A íntegra da decisão da medida cautelar inicial pode ser encontrada no sítio do STF na internet. *Ibidem*.

⁴⁷¹ Os efeitos típicos atribuídos pela doutrina à declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” serão mencionados na próxima seção deste capítulo.

Além do mais, a declaração do estado de inconstitucionalidade do sistema carcerário serviu como premissa para outras ações judiciais sobre o tema que chegaram ao STF. Como exemplos, destaco o RE 641.320/RS⁴⁷² e o HC 165.704⁴⁷³, já mencionados nos capítulos 3 e 4 deste texto, respectivamente. Nestes dois processos, o “Estado de Coisas Inconstitucional” foi usado como pano de fundo para a tomada de decisão dos Ministros.⁴⁷⁴

Entretanto, não se pode afirmar que o efeito simbólico seja suficiente e, necessariamente positivo. Conforme alertado por Breno Baía Magalhães, existe o risco de este seja o único fruto concreto dessa ação. Segundo o autor,

O reconhecimento do ECI foi uma parcial vitória dos litigantes, mas pode significar uma estratégia equivocada por parte do STF ao sugerir que sua decisão cautelar, em verdade, desempenharia uma função pedagógica para os demais poderes, forçando a atuação daqueles e diminuindo sua responsabilidade de decidir o mérito em prazo hábil. Dito em outras palavras, o STF decreta uma medida cautelar de cunho pedagógico, para que não tenha de manifestar-se no mérito, na esperança de que os poderes políticos se mobilizem para solucionar o problema. A preocupação apenas com a força simbólica de sua decisão explicaria a gravidade da declaração de falência política do país e a contínua violação de direitos, porém acompanhada de medidas cautelares sem efeitos práticos e demora na imposição das medidas flexíveis, supostamente, capazes de sanar o problema em definitivo⁴⁷⁵.

⁴⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 641.320/RS**. Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016. Brasília: STF, 2016b. Esse Recurso Extraordinário levou à edição de Súmula Vinculante nº 56, que estabelece que “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 56**. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Brasília, DF: STF, 2016c. No acórdão do RE foram estabelecidos critérios de progressão da pena distintos dos previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal.

⁴⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 165.704/DF**. Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Lesão a direitos individuais homogêneos. Caracterização do habeas corpus como cláusula pétrea e garantia fundamental. Máxima efetividade do writ. Acesso à justiça. 2. Direito Penal. Processo Penal. Pedido de concessão de prisão domiciliar a pais e responsáveis por crianças menores ou pessoas com deficiência. 3. Doutrina da proteção integral conferida pela Constituição de 1988 a crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. Normas internacionais de proteção a pessoas com deficiência, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional. Consideração dos perniciosos efeitos que decorrem da separação das crianças e pessoas com deficiência dos seus responsáveis. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 out. 2020. Brasília: STF, 2020. Nesse HC, o Ministro Gilmar Mendes, relator, manteve a jurisdição do STF e tem proferido decisões flexíveis e provisórias, além de promover constantes audiências pública para a apuração do cumprimento das medidas determinadas. Conforme analisado no final do capítulo 4, neste processo estão sendo utilizadas medidas verdadeiramente estruturais.

⁴⁷⁴ Curiosamente, nos dois processos mencionados, o relator é o Ministro Gilmar Mendes, que parece ser o membro do STF mais interessado em propor medidas práticas para a solução dos problemas das prisões.

⁴⁷⁵ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, jul. 2019b.

Assim, ainda que a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional”, além de representar uma importante novidade no ordenamento jurídico brasileiro e tenha gerado grande impacto à época do ajuizamento da ADPF, certamente essa ação não pode se encerrar nesse efeito. É imperativo que o Tribunal dê mais concretude ao que foi requerido pelos autores da ação, sob pena de que a decisão permaneça apenas no papel e o sistema carcerário continue indefinidamente na difícil situação em que se encontra.

As outras medidas deferidas pela Corte na decisão cautelar inicial também causaram reações dos três Poderes, porém, ainda distantes de gerar alguma mudança realmente significativa na realidade⁴⁷⁶. De uma maneira geral, no Poder Judiciário, a determinação de obrigatoriedade de realização de audiências de custódia no prazo de 24 horas da prisão, gerou o ajuizamento de muitas reclamações constitucionais no STF, diante dos reiterados descumprimentos da decisão da Corte. No Poder Legislativo, a reação mais significativa quanto à decisão do STF foi a proposição de um projeto de lei (PL 736/2015) no qual se objetivava a regulamentação do “Estado de Coisas Inconstitucional”, numa clara tentativa de limitação do poder do STF⁴⁷⁷. O projeto foi arquivado no ano de 2018, sem a aprovação do texto. O Poder Executivo editou Medidas Provisórias com o intuito de facilitar o repasse e utilização dos valores do fundo penitenciário, proibindo ainda seu contingenciamento.

Ao longo desses mais de sete anos de tramitação do processo, a instrução processual consistiu basicamente na juntada de informações dos Estados acerca das situações carcerárias locais. No ano de 2018, o Partido Político autor da ação apresentou manifestação processual demonstrando a inocorrência de melhorias no sistema prisional desde do ajuizamento da ação e a preocupação com o arrastamento do processo, requerendo fosse designada sessão para julgamento do mérito. A petição traz a seguinte advertência:

[...] de 2015 para cá, não se empreendeu nenhuma melhora na situação carcerária brasileira. Ao contrário, se à data da propositura desta ADPF, o cenário era calamitoso, dantesco e manifestamente inconstitucional, os números mais recentes

⁴⁷⁶ Acerca dos impactos gerados nos três Poderes após a decisão da medida cautelar na ADPF 347, remeto o leitor ao artigo publicado por Breno Baía Magalhães, referenciado na nota anterior, no qual o autor faz uma análise detalhada de como foi a reação de cada um dos Poderes às medidas determinadas pelo STF, destacando, porém, que nenhuma das providências adotadas foi capaz de gerar modificação no cenário de inconstitucionalidade das prisões brasileiras. MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, jul. 2019b.

⁴⁷⁷ Conforme asseverado por Magalhães: “A resposta do Poder Legislativo ao ECI é bastante peculiar: o Senador autor do PL reconheceu que o STF está indo além de seus limites, que a decisão na ADPF impactou e reduziu o poder dos ramos políticos da República, mas a solução foi criar “balizas” à doutrina, em vez de rejeitá-la. A baliza criada inspira-se em categoria empregada pela Corte Constitucional Sul-Africana, o Compromisso Significativo.” *Ibidem*.

mostram que caminhamos, a passos largos, para um aprofundamento ainda maior dessa crise humanitária sem paralelos no Brasil.⁴⁷⁸

O Ministro Marco Aurélio, então relator da ADPF, na iminência de se aposentar, determinou a inclusão do processo na pauta de julgamento virtual, tendo a Corte iniciado o julgamento do mérito no dia 25 de maio de 2021. Entretanto, após o voto do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Roberto Barroso pediu vista dos autos e assim permanece desde então⁴⁷⁹.

Quanto aos pedidos definitivos, a petição inicial abarca uma série detalhada de medidas que visam melhorar o sistema carcerário como um todo, seja no que tange à infraestrutura prisional, seja quanto à execução penal e qualidade de vida dos presos. Os principais pedidos podem ser sintetizados da seguinte maneira:

- a) a elaboração, no prazo de 3 meses, de planos de atuação detalhados, a serem elaborados pelo Governo Federal (“Plano Nacional”) e Governos Estaduais (“Planos Estaduais”), sendo arroladas ainda as providências mínimas que devem constar nesses planos. O prazo para implementação dos planos é de 3 anos (pedidos contidos nas letras ‘a’ e ‘f’);
- b) A submissão desses planos ao CNJ, Ministérios Públicos da União e Estaduais, Defensorias Públicas da União e Estaduais, Conselhos da OAB, Procuradorias Jurídicas da União e Estaduais e outros órgãos e instituições públicas que queriam intervir, com auxílio de juízes locais (pedidos de letras ‘d’ e ‘g’);
- c) Análise e homologação dos planos pelo Supremo Tribunal Federal, com o auxílio do CNJ, por meio de seus órgãos de acompanhamento da execução penal (pedido de letra ‘h’);
- d) Monitoramento pelo Supremo Tribunal Federal da implementação dos Planos Nacional e Estaduais, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema prisional brasileiro (pedido de letra ‘i’)⁴⁸⁰.

Como visto, os pedidos formulados pelo autor são bastante abrangentes e flexíveis, deferindo a cada ente governamental a responsabilidade e discricionariedade de elaborar um plano que condiz com a realidade local. Além disso, o plano deve passar pela análise das Instituições e órgãos que possuem atribuições referentes à execução da pena.

⁴⁷⁸ Inteiro teor da manifestação processual disponível em no sítio do STF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 28 de maio de 2015. Brasília: STF, 2015b.

⁴⁷⁹ A ADPF não conta nem mesmo com um novo relator, após a aposentadoria do Ministro Marco Aurélio.

⁴⁸⁰ A íntegra dos pedidos foi transcrita no capítulo 4.

A opção pela elaboração de planos locais, a serem elaborados pelos governos estaduais parece bem acertada. Isso porque, embora seja certo que os problemas nas prisões atinjam todo o Brasil, não sendo localizado em alguns estabelecimentos prisionais ou alguns dos Estados da federação, pelo tamanho e diversidade do país, não há dúvida de que as principais e mais urgentes demandas variam de lugar para lugar. Dessa forma, cada Estado poderá elaborar um plano que melhor se adeque à situação local, dando preferência para sanar os problemas de maior urgência e gravidade naquela localidade.

O mais importante pedido, entretanto, é o referente à necessidade de monitoramento da implantação dos planos pelo STF. Conforme já repisado várias vezes nessa pesquisa, a retenção da jurisdição e o monitoramento pelo Tribunal são fundamentais para o sucesso da reforma estrutural⁴⁸¹.

Os pedidos formulados na ADPF demonstram a vontade da parte autora de que sejam adotadas medidas flexíveis e horizontalizadas. No entanto, a postura dos Ministros no âmbito desta ação tem demonstrado a tendência da Corte para a adoção de medidas mais verticalizadas, típicas do modelo de comando e controle.

A decisão proferida na medida cautelar inicial, bem como o voto de mérito do Ministro Marco Aurélio denotam que, até então, não há intenção de se manter a jurisdição da Corte durante a implementação dos planos de reforma estrutural. Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, embora tenha julgado procedente os pedidos de elaboração de Planos Nacional e Estaduais, votou pela improcedência dos pedidos de homologação dos planos pelo STF e monitoramento do cumprimento das medidas⁴⁸². Apenas um voto foi proferido, portanto, ainda não se pode ter ideia de qual será a postura dos demais Ministros da Corte.

Ainda sobre o mérito da ação, é de extrema importância que os Ministros do STF, para além de deferir ou indeferir os pedidos elencados na petição inicial, determinem expressamente qual o *standard* ou padrão de conformidade a ser alcançado. Em outras palavras, qual seria o “estado de coisas ideal” a ser buscado.

Quanto à necessidade de estabelecimento desse padrão de conformidade, sustenta Jordão Violin que

A definição da forma de tutela exige o estabelecimento de um *standard* de cumprimento: um parâmetro mínimo de adequação, abaixo do qual a instituição

⁴⁸¹ A petição inicial não aborda, porém, um plano detalhado de como seria feito esse monitoramento, se por meio de audiências públicas e avaliações periódicas e se há possibilidade de revisões do plano ao longo de sua execução.

⁴⁸² O inteiro teor do voto ainda não foi publicado no sítio do STF, portanto não há como saber qual a fundamentação utilizada pelo Ministro em sua decisão.

permanecerá sob interferência judicial. Para tanto, é preciso estabelecer um conjunto de indicadores, que auxiliarão a monitorar o funcionamento da instituição. É preciso que o juiz diga mais do que simplesmente “determino ao réu que adequue seu funcionamento à Constituição”. Comandos vagos abrem margem para que o réu se esquive do cumprimento.⁴⁸³

Essa definição é imprescindível para a definição da forma de tutela, especialmente caso o Tribunal reconheça a necessidade de retenção da jurisdição e acompanhamento da implementação da reforma estrutural. Isso porque, conforme assevera Breno Baía Magalhães, caso não seja estabelecido o *standard* de conformidade,

[...] o STF terá de estar preparado para ter de manter o monitoramento indefinidamente (como no caso colombiano), pois não foram estipulados critérios para aferir quando um ECI se encerra, mas também porque qualquer queda nos indicativos de melhora deverá exigir da Corte o retorno ao caso.⁴⁸⁴

O estabelecimento de preceitos constitucionais de adequação mínimos é imprescindível para primeiro, saber onde se quer chegar; segundo, encerrar a atuação jurisdicional quando tal patamar for alcançado.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, não é preciso ir muito longe para se determinar um padrão de conformidade a ser atingido. A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84⁴⁸⁵) em vigor é o mais adequado padrão normativo mínimo de conformidade a ser atingido. Se somente for cumprido o que está estabelecido na lei de regência sobre a matéria, grandes melhorias seriam efetivadas no sistema.

Em relação às medidas concretas a serem determinadas pela Corte para o processo de reforma do sistema carcerário, os pedidos formulados na petição inicial já apontam um caminho inicial bem consistente e, ao menos tempo que contemplam alguns requisitos mínimos acerca dos planos de reforma a serem apresentados pelos governos federal e estaduais, deixam margem de discricionariedade para cada ente propor o que entender necessário, de acordo com as particularidades de cada localidade.

Dessa forma, ainda que sejam necessárias revisões posteriores, a partir das experiências concretas na implementação dos planos, certo é que o acatamento dos pleitos trazidos na inicial,

⁴⁸³ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 167.

⁴⁸⁴ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, jul. 2019b.

⁴⁸⁵ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 10227, 13 jul. 1984.

da ADPF, da forma como foram apresentados, já é suficiente para que se inicie um projeto de reforma estrutural amplo e complexo, que abrange todo o sistema carcerário nacional⁴⁸⁶.

Quanto à implementação da reforma propriamente dita, ainda que no âmbito da ADPF nº 347 os Ministros não tenham até o momento demonstrado disposição para enfrentamento direto do problema, a atuação dos Ministros da 2ª Turma no HC 165.704 (tratado no capítulo 4) representa um paradigma a ser seguido na ADPF e demonstra que há o interesse de pelo menos alguns dos Ministros da Corte em assumir o papel de condução da reforma do sistema carcerário⁴⁸⁷,

A retenção da jurisdição pelo STF e o acompanhamento da execução dos planos de reforma, com realização de audiências públicas periódicas, diálogo entre os Poderes, revisões e reavaliações constantes dos planos, constituem medidas imprescindíveis para o sucesso da reforma, conforme se constatou nos precedentes colombiano e estadunidense.

Não há ainda um prognóstico exato quanto à atuação do STF nessa ação constitucional, porém, para que se vislumbre alguma melhoria na situação atual é preciso que se faça mais do que se fez até agora. Conforme enfatizou a Ministra Carmem Lúcia,

[...] a jurisdição constitucional será eficiente quando ela for capaz de constitucionalizar o que está inconstitucional através das suas decisões e de mudar uma cultura constitucional dos Poderes, dos integrantes dos Poderes, para que a sociedade assuma. Porque aí é que nós vamos passar a viver uma democracia constitucional sustentada.⁴⁸⁸

6.4 A adequação do experimentalismo ao ordenamento jurídico brasileiro.

Antes de passar finalmente à resposta da pergunta de pesquisa, é necessário demonstrar a adequação do experimentalismo ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente à Constituição de 1988 e ao Código de Processo Civil.

⁴⁸⁶ Talvez a única adaptação a se fazer seja quanto aos prazos, uma vez que a inicial traz prazos muito exíguos, quais sejam, 3 meses para a apresentação dos Planos e 3 anos para seu cumprimento. Pelas experiências semelhantes de reformas carcerárias ocorridas nos Estados Unidos e Colômbia, pode-se afirmar que, certamente, três anos não são suficientes para a realização de uma reforma de tamanha complexidade, especialmente levando-se em consideração a gravidade e extensão dos problemas brasileiros referentes às prisões e os limites orçamentários dos entes governamentais.

⁴⁸⁷ Esse interesse é notado especialmente nos Ministros Gilmar Mendes e Carmem Lúcia.

⁴⁸⁸ Ministra Carmem Lúcia – decisão da 41ª extensão no HC 165.704. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Quadragesima Primeiro Extensão no Habeas Corpus nº 165.704/DF**. Penal. Processo Penal. Habeas Corpus coletivo em favor de todos os presos que têm sob a sua única responsabilidade pessoas com deficiência e crianças. Substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Art. 318, III e VI, do CPP. Ordem concedida. Pedidos de extensão. Matéria estranha ao feito ou não demonstração dos requisitos necessários à extensão da ordem. Fase de implementação do acórdão. Necessidade de realização de audiência pública. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 13 abr. 2021. Brasília: STF, 2021c.

Assentar tal compatibilidade é importante uma vez que se trata de teoria estrangeira, elaborada para outro ordenamento jurídico, qual seja, os Estados Unidos, com regras próprias e particularidades que o distinguem do ordenamento brasileiro.

Inicialmente, é preciso deixar anotado que já não paira mais dúvidas acerca da compatibilidade dos processos estruturais com o Direito brasileiro. Nesse sentido, a doutrina brasileira é praticamente unânime em assentar que a Constituição Federal e o Código de Processo Civil, bem como diversas leis esparsas⁴⁸⁹, dão embasamento à teoria dos processos estruturais no Brasil.⁴⁹⁰ Conforme assegura Leonardo Silva Nunes,

Os processos estruturais ou (re)estruturantes são uma realidade no Direito brasileiro. Não porque estejam formalmente regulamentados no ordenamento jurídico. Mas porque vêm sendo utilizados, na prática, como método adequado à solução de problemas que o rígido modelo tradicional de processo civil é incapaz de fazê-lo. E são muitos exemplos positivos extraídos da prática judiciária e documentados na literatura especializada⁴⁹¹.

Além disso, conforme assevera Edilson Vitorelli, ainda que possa ainda existir divergências doutrinárias no Brasil quanto à possibilidade de interferência do Poder Judiciário em matérias afetas aos direitos sociais e às políticas públicas, “[...] o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já firmaram posição no sentido de que é possível que o Poder Judiciário intervenha para impor ao Poder Público determinada atuação, e ela for direcionada a garantir direitos fundamentais.”⁴⁹².

Ultrapassada essa premissa, resta investigar se o experimentalismo também se compatibiliza com o sistema jurídico brasileiro, assim como a teoria dos processos estruturais.

⁴⁸⁹ Como por exemplo, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-lei nº 4.657, de 1942, modificada pela Lei 12.376/2010, especialmente em seu art. 21; alguns dispositivos da Lei de Falências – Lei nº 11.101/2005 e da Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12529/2011; Lei nº 9.868/1999(ADI); Lei nº9.882/1999 (ADPF) e Lei nº13.100/2016 (Mandado de Injunção). Há também dois projetos de lei tramitando no Congresso Federal, cujo objetivo é criar uma regulamentação própria para os processos estruturais: PL 8.058/2014 e PL 4441/2020.

⁴⁹⁰ Por todos, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do Processo Estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 15. p. 423-465; JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 27. p. 815-834; NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 22. p. 687-702.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 691.

⁴⁹² VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 95.

Como visto no capítulo anterior, o experimentalismo é um método jurisdicional de implementação de decisões estruturais que tem como base o consenso, a ampla participação das partes e interessados, e a transparência (publicidade e programas de avaliação).

Não é preciso ir muito longe para se concluir pela compatibilidade desse método com o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015⁴⁹³.

Na verdade, a mesma fundamentação utilizada para justificar a adequação dos processos estruturais ao contexto jurídico brasileiro pode ser adotada quando se trata do modelo experimentalista. As premissas e bases doutrinárias são as mesmas. Afinal, o experimentalismo se propõe a ser um modelo a ser utilizado “dentro” de um processo estrutural, ou seja, faz parte desse processo.

De toda forma, vale registrar alguns aspectos mais relevantes que alicerçam essa conformidade entre o experimentalismo e o Direito brasileiro.

Na esfera constitucional, acredito que seja suficiente anotar o princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV)⁴⁹⁴, em seus aspectos substancial e procedimental, com seus corolários, contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV)⁴⁹⁵. Em seu aspecto procedimental, o devido processo legal é constituído pelas garantias processuais do juiz natural, inafastabilidade da jurisdição, direito ao contraditório, processo com duração razoável, etc.⁴⁹⁶. Em sua dimensão substancial, um processo é devido “[...] não é apenas aquele em que se observam as exigências formais: devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas.”⁴⁹⁷.

No experimentalismo, como visto, o devido processo legal é garantido na medida em que o juiz deve assegurar em cada caso concreto, observando os princípios e regras processuais, o melhor caminho para se alcançar a efetividade e o sucesso da reforma estrutural que se pretende implementar. O contraditório e a ampla defesa estão assegurados pela ampla participação dos atores processuais na fase de elaboração dos planos de atuação e nas revisões

⁴⁹³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015.

⁴⁹⁴ CRFB/88. Art. 5º, LIV. “Ninguém será privado da Liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988.

⁴⁹⁵ CRFB/88. Art. 5º LV. “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” *Ibidem*.

⁴⁹⁶ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 21. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. 1 v. p. 93.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 93.

periódicas, bem como na transparência das medidas adotadas e processos de avaliação acerca do efetivo cumprimento das medidas pelos demandados.

No âmbito do direito processual civil, o Código de Processo vigente traz previsões expressas no sentido de se priorizar os métodos consensuais de resolução de conflitos, deixando registrada também a relevância da efetividade das decisões judiciais.

Com efeito, já no art. 3º, parágrafos 2º e 3º, do Código de Processo Civil (CPC), encontra-se previsão no sentido de que o Estado deve promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; os juízes, advogados, membros do Ministério Público e Defensoria Pública devem sempre estimular a utilização de métodos baseados na consensualidade, em todas as fases do processo⁴⁹⁸.

O art. 4º do CPC estabelece que “[...] as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”⁴⁹⁹. Ou seja, o Código prescreve a proeminência não só da decisão de mérito, mas também da satisfação da tutela. Nada é mais prejudicial à confiança do jurisdicionado no Poder Judiciário do que o descumprimento reiterado de seus provimentos. A efetividade da tutela é hoje, a maior preocupação e o maior desafio enfrentado pelos tribunais.

Por essa razão, foram inseridos no CPC de 2015 diversos dispositivos com o intuito de garantir a efetividade das decisões judiciais. Além disso, optou-se claramente no texto do código pela adoção de medidas e técnicas procedimentais que fossem mais flexíveis e adaptáveis, permitindo aos juízes uma adequação no caso concreto. Nesse sentido, evidenciam-se os artigos 139, IV, 297 e 536, §1º, que estabelecem medidas atípicas de execução; o art. 190, que prevê a possibilidade de realização de convenção processual que disponha sobre mudanças no procedimento para adequá-lo às particularidades da causa, dando poder às partes acordar sobre os mais diversos aspectos processuais (ônus, poderes, faculdades, deveres, etc.); o art. 191 que prevê a possibilidade de calendarização do processo; o art. 67, que estabelece a cooperação judiciária nacional; o art. 327, §2º que prescreve a possibilidade de cumulação de técnicas processuais diferenciadas, dentre outros⁵⁰⁰.

Todos esses artigos acima mencionados dão embasamento jurídico não só aos processos estruturais de uma maneira geral, mas também ao método experimentalista, cujas

⁴⁹⁸ CPC, Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015a.

⁴⁹⁹ CPC. Art. 4º. *Ibidem*.

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

características de flexibilidade procedimental, consensualidade, participação e transparência são compatíveis com o escopo do Código processual civil vigente no país.

6.5 Afinal, o experimentalismo é o modelo jurisdicional mais adequado para a busca do “estado ideal de coisas” no sistema prisional brasileiro?

Desde logo, gostaria de ressaltar que esta pergunta foi elaborada a partir da leitura de diversos textos acadêmicos acerca dos processos estruturais, que elencam a ADPF nº 347 como exemplo de processo dessa natureza⁵⁰¹. Além disso, ainda que não façam referência explícita à ADPF e a reforma estrutural do sistema prisional, outros autores brasileiros demonstraram que o experimentalismo, por suas características, é o método mais eficaz para a resolução dos chamados processos de interesse público.

Em relação ao experimentalismo como método adequado de resolução dos processos de interesse público, Dierle Nunes, Alexandre Bahia, Renata Gomes e Rafaela Assis entendem que,

Por vários motivos o modelo experimentalista é mais adequado para dar resposta aos litígios de interesse público. Inicialmente porque o fato das determinações judiciais serem programáticas abre a possibilidade de revisão das medidas adotadas ao contrário da rigidez do comando-e-controle de Chayes. Ademais, o fato dos agentes administrativos estarem presentes na construção da lide e participarem da geração das soluções mais adequadas, torna aquela medida final adotada mais facilmente executável por tais agentes, que em geral, terão mais compromisso com o cumprimento das determinações. Ainda, a publicidade dos diálogos que envolvem a solução do litígio de interesse público, podem mover os cidadãos a participarem mais do processo decisório e contribuir mais ativamente na fiscalização das organizações públicas.⁵⁰²

Jordão Violin também aponta as vantagens do método experimentalista, quando comparado ao método de comando e controle. Para o autor, problemas “[...] policêntricos

⁵⁰¹ Por todos, Marco Félix Jobim, que, ao se referir à ADPF nº 347 como exemplo de “litígio voltado ao modelo estruturante”, salienta que os pedidos voltados à reestruturação ampla do sistema carcerário em processo transparente e aberto à participação colaborativa da sociedade, “[...] parece ser o cerne do conteúdo de uma teoria para o litígio estrutural.” JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 27. p. 815-834. p. 832.

⁵⁰² NUNES, Dierle *et al.* Processo e Litigância de Interesse Público. In: BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo *et al.* **Processo e Constituição**: estudos sobre a judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 291-310. p. 295.

costumam ser resolvidos por meio de método de tentativa-e-erro.”⁵⁰³. Além disso, sustenta ainda que

[...] agir de maneira incremental, dando um passo de cada vez, resolvendo problemas imediatos e postergando outros mais distantes e incertos, é uma estratégia menos arriscada que promover um choque institucional. O experimentalismo abre várias oportunidades para correção de rumos e desperta menos oposição que o método de comando-e-controle.⁵⁰⁴

Além disso, no direito comparado, Mariela Puga⁵⁰⁵, professora e pesquisadora argentina, compartilha do entendimento de que os casos estruturais que se caracterizam pela existência de “multicausalidade do agravo”⁵⁰⁶, além de serem marcados pela antiguidade da situação de violação de direitos e longo histórico de enfrentamento pela Corte e, ainda, verificada a situação de bloqueio político, incapacidade estatal e “incerteza remedial”⁵⁰⁷, são casos ideais para a intervenção experimentalista pelo Poder Judiciário. Ademais, como exemplo de demanda estrutural que atrai a necessidade de utilização do método experimentalista, a professora cita expressamente a situação carcerária enfrentada em alguns países da América Latina.

Partindo dessas análises e preliminares e, após tudo que foi estudado ao longo desta pesquisa, é possível concluir que o modelo experimentalista é adequado à implementação da reforma estrutural no sistema penitenciário brasileiro, pelos motivos que passo a expor.

Em primeiro lugar, o objeto da ADPF nº347, complexo e multipolar, requer uma atuação que seja voltada para a resolução baseada na consensualidade, participação e transparência. A imposição de medidas fixas e verticalizadas por parte do Tribunal tendem a não surtir os efeitos práticos desejados, especialmente se não houver o devido acompanhamento de sua implementação. As decisões de comando e controle não servem nesse caso, é preciso a adoção de medidas mais flexíveis, provisórias, cuja construção conte com a participação ativa de todos os envolvidos no problema.

⁵⁰³ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 165-166.

⁵⁰⁵ MANHA do dia 08.04.22 - III Congresso Internacional de Coletivização e Unidade do Direito. Palestrante: Mariela Puga. Porto Alegre: Grupo de Pesquisa Cultura e Processo – PUCRS, 2022. 1 vídeo (263 min).

⁵⁰⁶ Ou seja, múltiplos fatores contribuem para a configuração e o agravamento da situação de violação de direitos. *Ibidem*.

⁵⁰⁷ De acordo com Puga, em casos com essas características, embora seja patente e indiscutível a existência da situação de violação de direitos, não se sabe ao certo quais as medidas mais adequadas a serem tomadas para contornar o problema, sendo necessário, então, a colaboração das partes e interessados para a construção de um “regime experimentalista”. *Ibidem*

Além disso, certo é que, na ADPF nº 347, a desestabilização do *status quo* foi promovida pela declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional”, que promoveu o “desmascaramento” do sistema, demarcando a existência de violações massivas de direitos fundamentais e necessidade de atuação para sanar essas inconstitucionalidades. Nesse caso, a desestabilização não atingiu uma instituição específica, mas teve como alvo especificamente os Poderes Executivos Federal e Estaduais, bem como o próprio Poder Judiciário.

Na verdade, o que a ADPF fez foi escancarar a omissão e desídia por parte dos Poderes Públicos quanto à implementação de políticas públicas voltadas ao cumprimento das normas constitucionais e legais e tratados internacionais que regulamentam a execução penal no Brasil e descrevem os direitos humanos e fundamentais reconhecidos às pessoas em situação de encerramento no país.

Cotejando as características do modelo experimentalista, traçadas por Sabel e Simon⁵⁰⁸, constata-se que a aplicação desse modelo é o mais acertado para dotar a ADPF nº 347 de eficácia e concretude, possibilitando-se sanar a inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro.

A primeira delas é negociação das partes interessadas, ou seja, as partes se reúnem para deliberar um plano negocial. Além das partes do processo, podem tomar parte na negociação outras pessoas interessadas, bem como especialistas na matéria em discussão.

A segunda característica apresentada por Sabel e Simon⁵⁰⁹ é intervenção que toma forma de “*rolling-rule*”, isto é, que consiste na adoção de regras provisórias, sujeitas a revisões e reavaliações permanentes, com participação contínua das partes envolvidas. Além disso, o regime de “*rolling-rule*” se baseia na experimentação local, isto é, os responsáveis pela reforma em cada local usam propostas e resultados reportados para reformular os padrões mínimos e os objetivos desejados.

Por fim, em relação à transparência, terceira característica do experimentalismo, o mínimo esperado é que as medidas e regras adotadas na forma do “*rolling-rule*” sejam explícitas e públicas. A transparência deve servir também para que sejam implantados procedimentos e medidas para avaliação do cumprimento do plano, e que estes sejam públicos.

Como visto neste capítulo, os pedidos elencados na petição inicial da ADPF nº 347 são totalmente compatíveis com as características do modelo experimentalista. Ainda que seja possível ao Tribunal proferir decisão que vá além do que foi pleiteado pelo autor da ação, tendo

⁵⁰⁸ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018.

⁵⁰⁹ *Ibidem*.

em vista que nos processos estruturais há mitigação do princípio da demanda, conforme foi estudado no capítulo 2, no caso da ADPF os próprios pedidos já abarcam todos os aspectos necessários à aplicação do experimentalismo.

A negociação e a participação das partes e interessados estão asseguradas nos pedidos de elaboração dos planos pelo Governo Federal e cada Governo Estadual, de acordo com as demandas de cada localidade, bem como no pedido de submissão dos Planos à análise do Conselho Nacional de Justiça, Ministério Público, da Defensoria Pública, do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas (pedidos constantes das letras ‘c’, ‘d’, ‘f’ e ‘g’ da petição inicial).

Nesse ponto, é necessário que se assegure, seja no processo de elaboração dos planos em cada ente governamental, seja no momento destinado à análise e discussões com os órgãos públicos responsáveis pela execução penal, ampla participação da sociedade civil organizada, das associações e grupos de presos e familiares de presos, dos órgãos locais responsáveis pela administração dos presídios, funcionários desses estabelecimentos, estudiosos sobre a matéria, dentre outros.

Dessa maneira, garante-se que a escolha dos meios para chegar ao padrão de conformidade permaneça sob discricionariedade de cada órgão local, mas garante-se a ampla participação dos órgãos públicos relacionados à execução penal e aos demais interessados.

A adoção de regras provisórias, sujeitas a revisões e reavaliações permanentes também podem ser implementadas caso seja dado provimento aos pedidos iniciais consistentes na deliberação e homologação dos planos pelo Tribunal, bem como na possibilidade de imposição de medidas alternativas e complementares, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, ambos órgãos do Conselho Nacional de Justiça (pedidos constantes das letras ‘e’ e ‘h’ da inicial).

Para além disso, a adoção de planos diversos, elaborados de acordo com as realidades de cada Estado, possibilitará a existência de experiências também diversas, uma vez que as medidas e formas de implementação serão distintas, a depender do que constar em cada plano. Essa experimentação local permitirá a troca de informações entre os governos federal e estaduais, usando as propostas e resultados reportados para reformular os padrões mínimos e

os objetivos desejados, aproveitando ainda das experiências exitosas de outros Estados para aprimoramento de seus próprios planos.

Por fim, o pedido constante na letra 'i' indica de forma expressa a necessidade de retenção da jurisdição e monitoramento pelo Supremo Tribunal Federal da implementação das medidas, em processo público e transparente, aberto à participação da sociedade civil, até que se constate que a situação de inconstitucionalidade do sistema prisional brasileiro já não mais existe.

Diante disso, conclui-se que a natureza, o objeto e a qualidade dos pedidos estruturados na ADPF nº 347 permitem a adoção de um modelo de solução baseado no diálogo, na consensualidade e na transparência, de modo a se alcançar as expectativas almejadas de mudanças no sistema carcerário brasileiro, conduzindo-o a um “estado ideal de coisas”, sendo o experimentalismo o modelo adequado a tal objetivo.

7 CONCLUSÃO

A partir do estudo de um caso paradigmático, qual seja, a ADPF nº 347, a pesquisa teve por fim analisar as bases teóricas e práticas do processo de natureza estrutural e do modelo de jurisdição experimentalista, de forma a contribuir para a definição e implementação dessa forma de processo, que ganha importância principalmente a partir do surgimento de debates doutrinários acerca da necessidade de solução e efetivação das demandas complexas e multipolares, e da tentativa de realização de mudanças sociais pela via jurisdicional.

A ADPF nº 347 é uma ação de natureza constitucional que tramita no Supremo Tribunal Federal, desde o ano de 2015, na qual se pleiteia a realização da reforma estrutural de todo o sistema carcerário brasileiro, em razão da ocorrência de massivas violações de direitos fundamentais e da inércia dos Poderes Públicos em buscar solução para os graves problemas que atingem as prisões brasileiras. Nessa ação, em medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal declarou que há um verdadeiro “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro.

Para chegar à conclusão sobre o problema de pesquisa proposto, foi preciso percorrer um caminho histórico e doutrinário acerca dos problemas e processos estruturais, destacando sua origem no direito estadunidense e suas principais características. Destaquei que os processos estruturais são complexos e multipolares e que objetivam sanar um estado de desconformidade vivenciado por instituição ou entidade pública (ou privada), buscando pelo “estado de coisas ideal”

Além disso, analisei precedentes no direito comparado acerca de reformas estruturais realizadas pelo Poder Judiciário, optando pela investigação das experiências vivenciadas pelos Estados Unidos, no contexto das *structural reforms*, e pela Colômbia, no contexto do “Estado de Coisas Inconstitucional”, teoria utilizada pela Corte Constitucional Colombiana em casos de violação massiva de direitos sociais. A escolha desses dois precedentes se deu em razão do recorte proposto pela pesquisa, qual seja, a relação entre os processos estruturais e o “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Além disso, foram relacionadas algumas ações judiciais que aportaram nos Tribunais Superiores do Brasil (STF e STJ), cujo objetos se constituem de problemas referentes aos cárceres brasileiros, demonstrando que a situação de violação de direitos nessa área não é novidade, mas se arrasta por várias décadas, culminando, então, no ajuizamento da ADPF nº 347.

Em seguida, foi preciso analisar de forma mais minuciosa os contornos da referida ADPF, de modo a constatar sua natureza e peculiaridades, enquadrando-a como um processo de natureza estrutural, bem como demonstrando que o “Estado de Coisas Inconstitucional” pode ser considerado um diagnóstico de problema estrutural.

Para tanto, foram investigados os requisitos utilizados pelo STF para a declaração do estado de inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro, comparando-os com os atributos característicos de um problema de natureza estrutural. A conclusão que cheguei é a de que todo “Estado de Coisas Inconstitucional” é um problema estrutural, mas nem todo problema estrutural é um “Estado de Coisas Inconstitucional”.

O último ponto examinado, antes das conclusões apresentadas, foi sobre a execução das decisões estruturais, ou seja, a implementação da reforma estrutural propriamente dita, com foco sobre o papel do Poder Judiciário. Foram analisadas as principais críticas doutrinárias sobre a atuação ativista das Cortes e duas teorias doutrinárias que, ao mesmo tempo que pretendem traçar um modelo de atuação dos juízes nos processos estruturais, buscam responder às críticas doutrinárias, assentando a legitimidade e capacidade do Poder Judiciário para o enfrentamento de demandas envolvendo o reconhecimento e concretização de direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, optei pelo aprofundamento da teoria experimentalista desenvolvida pelos autores estadunidenses, Charles Sabel e William Simon, cujas bases são voltadas à resolução negociada, consensual, participativa e transparente dos problemas estruturais. A teoria estabelece a adoção de medidas judiciais horizontalizadas, flexíveis e temporárias, contrapondo-se às decisões baseadas no modelo de comando-e-controle, típicas dos processos tradicionais.

A conclusão da pesquisa é a de que o Poder Judiciário é legítimo e dotado de capacidade para promover reformas de natureza estrutural, cujo objeto é o reconhecimento e a efetivação de direitos fundamentais, e o modelo experimentalista é o mais eficaz para promover a necessária reforma estrutural decorrente da declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema prisional brasileiro, de modo a se contornar a situação de violação de direitos dos sujeitos invisíveis e vulneráveis que se encontram submetidos ao cárcere, buscando um cenário de conformidade com os direitos fundamentais dessas pessoas.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual** (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito material coletivo: Superação da Summa Divisio** Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, [S. l.], v. 225, p. 389-410, nov. 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 36. p. 1071-1096.
- ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2021.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como Superego da Sociedade. **Revista CEJ**, Brasília, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/672/852>. Acesso em: 25 mar. 2022.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos Extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesse público e privado**. Curitiba: Juruá, 2012.
- BAUERMAN, Desirê. Strutural Injunctions no Direito Norte-Americano. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 11, p. 275-328.
- BERGALLO, Paola. Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. *In*: SEMINARIO EN LATINOAMERICA DE TEORIA COSNTITUCIONAL Y POLÍTICA, 2005. **Anais [...]**. [S. l.]: Yale Law School, 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/2644089/Justicia_y_experimentalismo_la_funcion_remedial_del_poder_judicial_en_el_litigio_de_derecho_publico_en_Argentina. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...]. **Diário Oficial da**

União: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União:** seção 1, Rio de Janeiro, p. 1, 09 set. 1942.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1, 09 fev. 2005.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1, 01 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015a.

BRASIL. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1, 24 de junho de 2016a.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 10227, 13 jul. 1984.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 nov. 1999a.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1, 06 dez. 1999b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 1.537.530/SP.** Processual civil. Ação civil pública. Garantia de banho aquecido aos presos. Direitos humanos fundamentais. Arts. 12 e 39, IX, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). Tutela provisória de urgência. Art. 273, I, do Código de Processo Civil de 1973 (art. 300 do Código de Processo Civil de 2015). Tutela da Evidência (art. 311 do Código de Processo Civil de 2015). [...]. Relator: Min. Herman Benjamin, 27 de abril de 2017. Brasília: STJ, 2017a. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201403207740&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Estado de São Paulo deverá fornecer banho quente a presidiários**. Brasília: STJ, 2017b. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-04-27_17-48_Estado-de-Sao-Paulo-devera-fornecer-banho-quente-a-presidiarios.aspx. Acesso em: 06 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ministro manda contar em dobro todo o período de pena cumprido em situação degradante**. Brasília: STJ, 2021a. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/07052021-Ministro-manda-contar-em-dobro-todo-o-periodo-de-pena-cumprido-em-situacao-degradante-.aspx>. Acesso em: 06 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Execução no Habeas Corpus nº 165.704/DF**. Penal e Processo Penal. Habeas Corpus coletivo. Fase de implementação do acórdão. Realização de audiência pública para identificação dos entraves ao cumprimento da decisão, conforme estabelecido pela Segunda Turma. Necessidade de monitoramento do cumprimento do acórdão. Expedição de ofícios aos Tribunais para que apresentem dados sobre o cumprimento. Designação de nova audiência de seguimento/monitoramento direto. Submissão da questão à Segunda Turma. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 ago. 2021. Brasília: STF, 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755132401>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 165.704/DF**. Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Lesão a direitos individuais homogêneos. Caracterização do habeas corpus como cláusula pétrea e garantia fundamental. Máxima efetividade do writ. Acesso à justiça. 2. Direito Penal. Processo Penal. Pedido de concessão de prisão domiciliar a pais e responsáveis por crianças menores ou pessoas com deficiência. 3. Doutrina da proteção integral conferida pela Constituição de 1988 a crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. Normas internacionais de proteção a pessoas com deficiência, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional. Consideração dos perniciosos efeitos que decorrem da separação das crianças e pessoas com deficiência dos seus responsáveis. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 out. 2020. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5596542>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Quadragésima Primeiro Extensão no Habeas Corpus nº 165.704/DF**. Penal. Processo Penal. Habeas Corpus coletivo em favor de todos os presos que têm sob a sua única responsabilidade pessoas com deficiência e crianças. Substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Art. 318, III e VI, do CPP. Ordem concedida. Pedidos de extensão. Matéria estranha ao feito ou não demonstração dos requisitos necessários à extensão da ordem. Fase de implementação do acórdão. Necessidade de realização de audiência pública. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 13 abr. 2021. Brasília: STF, 2021c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347355201&ext=.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 28 de maio de 2015.

Brasília: STF, 2015b. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS**. Embargos de declaração. Inexistência de vícios de fundamentação no acórdão embargado. Rejeição. Questões inauguradas nesta fase indicativas de mero inconformismo. Meio processual ilegítimo. 1. O acórdão embargado contém fundamentação apta e suficiente a resolver todos os pontos do recurso que lhe foi submetido. [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 18 de dezembro de 2017. Brasília: STF, 2017c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313604581&ext=.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas De Custódia [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 09 de setembro de 2015. Brasília: STF, 2015c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 580.252/MS**. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 16 de fevereiro de 2017. Brasília: STF, 2017d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**. Repercussão geral. Recurso do MPE contra acórdão do TJRS. Reforma de sentença que determinava a execução de obras na casa do albergado de Uruguaiana. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes e desbordamento dos limites da reserva do possível. Inocorrência. Decisão que considerou direitos constitucionais ementa: repercussão geral. Recurso do MPE contra acórdão do TJRS. Reforma de sentença que determinava a execução de obras na casa do albergado de Uruguaiana. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes e desbordamento dos limites da reserva do possível. Inocorrência. Decisão que considerou direitos constitucionais de presos meras normas programáticas. Inadmissibilidade. Preceitos que têm eficácia plena e aplicabilidade imediata. [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Brasília: STF, 2015d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563123&ext=.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 641.320/RS**. Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na

hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016. Brasília: STF, 2016b. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310034651&ext=.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**. Constitucional. Integridade física e moral dos presos. Determinação ao poder executivo de realização de obras em presídio. Limites de atuação do poder judiciário. Relevância jurídica, econômica e social da questão constitucional. Existência de repercussão geral. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 22 de outubro de 2009. Brasília: STF, 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1242/false>. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.170/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 20 de outubro de 2014. Brasília: STF, 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4655662>. Acesso em: 12 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro Gilmar Mendes abre audiência pública sobre sistema prisional brasileiro**. Brasília: STF, 2021d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=467517&tip=UN>. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 56**. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Brasília, DF: STF, 2016c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula815/false>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. São Paulo: Editora Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Uma alternativa para a atuação do STF ante situações de violação massiva e contínua de direitos. **Jota**, [S. l.], 04 maio 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, [S. l.], ano 51, n. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503043/001011324.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Tradução de Olivia Minatta e Francisco Verbic. **Revista de Processo**, [S. l.], n. 268, jun. 2017. Disponível em:

https://www.academia.edu/33807119/El_rol_del_juez_en_el_litigio_de_inter%C3%A9s_p%C3%BAblico. Acesso em: 12 abr. 2022.

CHIZZOTTI, Antônio. **Pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais**. Petrópolis: Vozes, 2006.

COLOMBIA. Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión). **Sentencia T-153/98**. Santa Fe de Bogotá: Corte Constitucional, 1998a. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 20 mar. 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión). **Sentencia T-025/04**. Bogotá: Corte Constitucional, 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 20 mar. 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-606/98**. Santa Fe de Bogotá: Corte Constitucional, 1998b. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-606-98.htm>. Acesso em: 20 mar. 2022.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo**. Dados do infopen publicados nesta sexta (14) computam 773 mil pessoas presas; 8,6% a mais que em 2018. São Paulo, 18 fev. 2020. Disponível em: https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/?gclid=Cj0KCQiAuvOPBhDXARIsAKzLQ8E85E06ZyPpOFooqFo8iVV0dvlqf8aoxWHuzTompXr4rNfsx-us-ZEaArkaEALw_wcB. Acesso em: 12 abr. 2022.

COSTA, André de Abreu; LANZA, Karina Ferreira, Necropolítica: o “Estado de Coisas Inconstitucional” e a gestão da morte nos sistemas carcerários brasileiros. *In*: COSTA, André de Abreu (org.). **Escritos de Ciências Penais**. Belo Horizonte, Conhecimento, 2021. 2 v. p. 119-148.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 38-68, May/Aug. 2016. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/123>. Acesso em: 20 jan. 2022.

COTA, Samuel Paiva. **Do Pedido e da Participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos Processos Estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas Estruturais no Ordenamento Jurídico Brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 217, p. 243-255, jan./mar. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243. Acesso em: 02 out. 2020.

CRUZ, Clenderson Rodrigues da. **Técnicas processuais estruturais e processualismo constitucional democrático**: proposta de um modelo para a construção compartilhada da solução para os litígios de direito público. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ClendersonRodriguesDaCruz_19121_Texto_completo.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.

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

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 21. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. 1 v.

DIDIER JR., Fredie; ZANET JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do Processo Estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 15. p. 423-465.

FARIA, Ana Maria D.; NUNES, Leonardo Silva. O tratamento adequado aos conflitos de interesse público no direito brasileiro. **Revista de Interés Público**, [S. l.], n. 2, p. 99-109, dez 2018. Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/6352>. Acesso em: 12 abr. 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FISS, Owen M.; SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GALDINO, Matheus Souza. **Processos Estruturais**: Identificação, funcionamento e finalidade. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social**. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009.

GRILLO, Brenno. Veja sustentação oral de Daniel Sarmento sobre sistema carcerário no Supremo. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 15 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-15/veja-sustentacao-oral-daniel-sarmiento-sistema-carcerario-stf>. Acesso em: 02 mar. 2022.

JOBIM, Marco Félix. **As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

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

JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 27. p. 815-834.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da Rocha. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of education*. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 29. p.853-872.

LAGE, Daniel Dore Lage; BRUGGER, Andrey da Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 193-240, 2017. DOI: 10.12957/publicum.2017.29042. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/29042>. Acesso em: 20 jan. 2022.

MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM**, [Santa Maria], v. 14, n. 3, e32760, 2019a. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760>. Acesso em: 12 jun. 2021.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, jul. 2019b. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200203. Acesso em: 20 out. 2019.

MANHÃ do dia 08.04.22 - III Congresso Internacional de Coletivização e Unidade do Direito. Palestrante: Mariela Puga. Porto Alegre: Grupo de Pesquisa Cultura e Processo – PUCRS, 2022. 1 vídeo (263 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pPteipiQWB0>. Acesso em: 25 abr. 2022.

MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade** – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. [S. l.], 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309113051_Judiciario_como_Superego_da_Sociedade_de_Traducao_do_alemao_por_Martonio_M_B_Lima_e_Paulo_A_de_M_Albuquerque. Acesso em: 10 mar. 2022.

MELO, João Ozorio. Biden começa a reforma do sistema penitenciário dos EUA. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 30 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-30/biden-comeca-reforma-sistema-penitenciario-eua>. Acesso em: 12 mar. 2022.

MONGE, Yolanda. Senado dos EUA aprova reforma do sistema de Justiça para reduzir número de presos. A maior conquista bipartidária da era Trump busca reduzir uma população carcerária de mais de 2,2 milhões de presidiários. **El País**, Washington, 19 dez. 2018.

Internacional. Disponível em:

https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/19/internacional/1545175543_159466.html. Acesso em: 12 mar. 2022.

MORATO, Luciana Cecília Morato. **Implementação compartilhada de medidas estruturantes na litigância de interesse público**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

MORATO, Luciana Cecília; FREITAS, Helena Patrícia. Implementação compartilhada de medidas estruturantes na litigância de interesse público para tutela de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Belém, v. 5, n. 2, p. 154-173, Jul./Dez. 2019.

NUNES, Dierle *et al.* Processo e Litigância de Interesse Público. *In*: BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo *et al.* **Processo e Constituição**: estudos sobre a judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 291-310.

NUNES, Dierle José Coelho Nunes. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 22. p. 687-702.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. **RJLB**, [S. l.], ano 5, n. 5, p. 1051-1076, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_1051_1076.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

OEA RECONHECE condições precárias de presídio gaúcho. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 03 jan. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-03/oea-manda-uniao-resolver-problemas-presidio-central-porto-alegre>. Acesso em: 04 mar. 2022.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. *In*: BAZÁN, Victor (ed.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Bogotá: [s. n.], 2015. p. 91-116. (Colección Konrad Adenauer, 5). Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4504-justicia-constitucional-y-derechos-fundamentales-la-proteccion-de-los-derechos-sociales-las-sentencias-estructurales-coleccion-konrad-adenauer>. Acesso em: 12 abr. 2022.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: M. Fontes, 1997.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luís Henrique Borges. As *structural injunctions* e o Direito Processual Brasileiro. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 24. p. 729-758.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradução de María Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, [S. l.], 2018. Disponível em:

https://www.academia.edu/33807119/El_rol_del_juez_en_el_litigio_de_inter%C3%A9s_p%C3%ABlico Acesso em: 24 out. 2019.

SANTOS, Eneida Maria dos; MUNIZ, Natália Soprani Valente. Resenha do documentário “A 13ª Emenda”: A Perpetuação da Escravidão na “Terra da Liberdade”. In: CARELLI, Rodrigo; GRILLO, Sayonara (coord.). **Trab21**. Rio de Janeiro, RJ, 12 jan. 2021. Disponível em: <https://trab21.blog/2021/01/12/a13emenda/>. Acesso em: 20 mar. 2022.

SARAIVA, Hemily Samila da Silva; BARBALHO, Rebeca de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Políticas públicas através de decisões estruturais: um estudo sobre a acessibilidade em barreiras urbanísticas. In: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 1., 2020, Florianópolis. **Direitos sociais e políticas públicas I**. Florianópolis: CONPEDI, 2020. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/olpbq8u9/9qrdj9qh/5Y580ICzZ6338TI2.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Pensar a legitimidade da jurisdição constitucional em tempos de crise política. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 1 p. 163-190, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/986>. Acesso em: 24 out. 2019.

SILVA, Marcos de Souza e. **Governança Experimentalista** – Construção Histórica, conceitos atuais e limitações para aplicação no caso brasileiro. 2013. Monografia (Especialização em Gestão de Políticas Públicas de Proteção e Desenvolvimento Social) – Escola Nacional de Administração Pública, Brasília. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo judicial e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em:

<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7771/material/ENTRE%20O%20ATIVISMO%20E%20A%20JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O%20POL%C3%8DTICA%20-%20STRECK.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Revista Conjur**, [S. l.], 24 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 02 mar. 2022.

STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 138, n. 3, p. 849-850, jan. 1990.

TEIXEIRA, Paulo. **Projeto de Lei nº 4441/2020**. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2261966>. Acesso em: 13 abr. 2022.

TEIXEIRA, Paulo. **Projeto de Lei nº 8.058/2014**. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 04 nov. 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>. Acesso em: 13 abr. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**, Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

UNGER, Roberto Mangabeira. **False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy**. 2. ed. Londres: Ed. Verso, 2001a.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Política: os textos centrais, a teoria contra o destino**. Tradução de Paulo César Castanheira. São Paulo: Biotempo, 2001b.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 21. p. 637-686.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

VITORELLI, Edilson (org.). **Manual de Direitos Difusos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. cap. 12. p. 329-384.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.