



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO**

**WALENBERG RODRIGUES LIMA**

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO TÉCNICA**  
**PARA A SOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS EM**  
**SEDE DE CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL**  
**NO BRASIL**

Salvador

2020

**WALENBERG RODRIGUES LIMA**

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO TÉCNICA  
PARA A SOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS EM  
SEDE DE CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL  
NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público.

Linha de Pesquisa: Estado Democrático de Direito e Acesso à Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Dias Marques da Cruz

Salvador

2020

L732

Lima, Walenberg Rodrigues

O estado de coisas inconstitucional como técnica para a solução de litígios estruturais em sede de controle difuso incidental no Brasil / por Walenberg Rodrigues Lima. – 2020.

296 f.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Dias Marques da Cruz.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2020.

1. Controle da constitucionalidade. 2. Constitucionalidade – Brasil. 3. Controle difuso - Brasil. I. Cruz, Gabriel Dias Marques da. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 342.023

**WALENBERG RODRIGUES LIMA**

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO TÉCNICA  
PARA A SOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS EM  
SEDE DE CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL  
NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como um dos requisitos para a obtenção do título de mestre em Direito.

Aprovada em:, 01 de Outubro de 2020.

Banca Examinadora:

Gabriel Dias Marques da Cruz- Orientador\_\_\_\_\_

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo

Universidade Federal da Bahia

Jaime Barreiros Neto\_\_\_\_\_

Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia

Universidade Federal da Bahia

Flávia Danielle Santiago Lima\_\_\_\_\_

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco

Universidade Federal de Pernambuco

Dedico esse trabalho à minha filha Anna Vitória, razão do meu existir e inspiração maior para esse mestrado.

## AGRADECIMENTOS

É então chegada a hora de agradecer aqueles que de alguma forma fizeram e ainda fazem parte de todo esse processo, o qual consistiu em uma série de abdições, proações e empenho, e que agora se mostra tão mais grandioso do que se previa e se achava.

Nesse sentido quero agradecer primeiro a Deus, posto que sem ele esse projeto não seria possível. Ainda que muitos não acreditem e eu respeite também essa postura, nada do que sou, fui ou vou ser, depende só de mim, mas também da crença que tenho em Deus.

Aqui também cabe um agradecimento aos meus pais, João Bosco e Maria Joseane, por compartilharem comigo o maior legado que um pai pode deixar ao seu filho, que é a educação. Foram eles que desde cedo me ensinaram a ler, a fazer cálculos matemáticos, mas acima de tudo, a ser gente e a respeitar a todos, sendo esse para mim, o respeito ao próximo, um valor humano imprescindível. Também os agradeço por estarem comigo sempre, e não ter sido diferente ao longo de todo este processo, que como eles bem sabem foi de muito sacrifício. Mas vencemos juntos!!

À minha esposa Maria José, por ser minha companheira, não no sentido de estar simplesmente ao meu lado, mas por ser alguém com quem compartilho tudo de minha vida, as coisas boas e ruins, e sempre me sentir plenamente eu mesmo ao seu lado. Agradeço a sua paciência, a sua coragem e o seu amor e carinho por mim.

Ao meu irmão Ronisberg por seu apoio emocional, por seu incentivo que não vem apenas da verbalização com palavras, mas por meio de suas atitudes e postura de dedicação aos estudos, e por querer sempre o melhor para toda a nossa família.

Ao professor Dr. Gabriel Dias Marques da Cruz, meu orientador, e de quem sempre eu ouvi falar bem pelos outros, mas que pude comprovar por mim mesmo, a sua competência e a sua gentileza quase nunca vista hoje em dia no mundo. Agradeço por ter sido orientado pelo professor, pesquisador e estudioso, Gabriel Marques, o qual se mostrou tão sério e comprometido com o que faz, a ponto de muitos colegas do mestrado já terem me revelado ter inveja de mim por ser orientado pelo professor Gabriel. Que sorte a minha!!

Ao querido professor Dr. Jaime Barreiros Neto, por suas magníficas aulas ministradas na turma de “Tópicos Especiais de Direito do Estado” no semestre de 2018.2. Nessas aulas

muito aprendi, e ainda hoje me sinto estimulado a aprender mais. Foi uma experiência muito enriquecedora para mim compartilhar o pouco que sei com os colegas da turma e com o professor Jaime, de quem virei fã, por sua competência e posição como professor, profissional e doutrinador do direito, mesmo sendo tão jovem.

Ao meu querido amigo de longa data, Dr. José Evandro dos Santos, pelos conselhos sábios que sempre me presenteou. Lembro-me de grandes conselhos que me deu, e que em grande parte desse projeto me nortearam e me direcionaram sobre como agir, sobre como ver as coisas pelo lado certo. Agradeço pela sua grande amizade e sabedoria sempre compartilhadas comigo.

À minha querida amiga e brilhante professora Maria Soledade Soares Cruzes, pelo seu carinho comigo, pela sua atenção em me mostrar os caminhos e as particularidades do ambiente acadêmico, pelos ensinamentos e dicas que me dava, e que muito contribuíram para que eu me sentisse mais à vontade naquele ambiente novo que passei a frequentar.

Ao meu colega Cristian Patric de Sousa Santos, colega de ingresso e orientação no mestrado da UFBA, por sempre compartilharmos as nossas preocupações durante o processo, por sempre estar disponível para ouvir as minhas ideias sobre o meu tema e sobre a dissertação. Pelas conversas que sempre tivemos sobre como teríamos de chegar até onde nós chegamos, nesse momento tão especial em nossas vidas.

LIMA, Walenberg Rodrigues. **Estado de Coisas Inconstitucional como técnica para a solução de litígios estruturais em sede de controle difuso incidental no Brasil**. Orientador: Gabriel Dias Marques da Cruz, 2020. 296 f. il. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

## RESUMO

O presente trabalho trata do estado de coisas inconstitucional, uma técnica jurídica criada e desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia para dar conta de solucionar litígios estruturais. O objetivo da pesquisa foi o de verificar se o estado de coisas inconstitucional (ECI) pode ou não ser uma técnica jurídica capaz de solucionar os litígios estruturais, além de um meio que possa estar à disposição de qualquer juiz ou tribunal no exercício do controle de constitucionalidade difuso no Brasil. A importância da pesquisa está em poder contribuir para um debate mais profundo acerca dos reais efeitos da utilização do ECI para as partes envolvidas no litígio, bem como contribuir para um debate sobre a ampliação do ECI para além da competência do STF. Trata-se de pesquisa que se classifica ao mesmo tempo como descritiva e exploratória, e cuja técnica de coleta de dados utilizada foi a bibliográfica, com a utilização de livros e artigos científicos sobre o tema, além de ser também uma pesquisa documental, já que foram utilizados decisões e acórdãos de juízes e tribunais sobre o tema. Como resultados mais importantes da pesquisa, foi possível concluir que o estado de coisas inconstitucional não constitui técnica capaz de solucionar os litígios estruturais, mas que pode contribuir com a melhoria no grau de satisfação dos direitos fundamentais, através do seu efeito simbólico e desbloqueador. Por outro lado, pôde-se confirmar a possibilidade de migração da técnica do ordenamento jurídico colombiano para o brasileiro, e a sua possibilidade de aplicação em sede de controle difuso, portanto, por qualquer juiz ou tribunal, mediante a utilização de instrumentos processuais que já se encontram estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-Chave:** estado de coisas inconstitucional. controle difuso. litígios estruturais.



LIMA, Walenberg Rodrigues. **Unconstitutional State of Affairs as a technique for resolving structural disputes under diffuse control in Brazil.** Advisor: Gabriel Dias Marques da Cruz, 2020. 296 f. il. Dissertation (Master Degree in Law) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

## **ABSTRACT**

This paper deals with the unconstitutional state of affairs, a legal technique created and developed by the Constitutional Court of Colombia to deal with resolving structural disputes. The aim of the research was to verify whether the ECI (for its meaning in Portuguese: Estado de Coisas Inconstitucional) may or may not be a legal technique capable of resolving structural disputes, in addition to being a means that can be available to any judge or court in the exercise of diffuse constitutionality control in Brazil. The importance of research is to be able to contribute to a deeper debate about the real effects of the use of ECI for the parties involved in the litigation, as well as to contribute to a debate about the extension of ECI beyond the competence of the STF for its meaning in Portuguese: Supremo Tribunal Federal - Federal Supreme Court). It is research that is classified at the same time as descriptive and exploratory, and whose data collection technique used was bibliographic, with the use of books and scientific articles on the subject, in addition to being also a documentary research, since decisions and judgments of judges and courts on the subject were used. As the most important results of the research, it was possible to conclude that the unconstitutional state of affairs is not a technique capable of resolving structural disputes, but that it can contribute to the improvement in the degree of satisfaction of fundamental rights, through its symbolic and unlocking effect. On the other hand, it was possible to confirm the possibility of migrating the technique of the Colombian legal system to the Brazilian one, and its possibility of application under diffuse control, therefore, by any judge or court, through the use of procedural instruments that have already are established in the Brazilian legal system.

**Keywords:** unconstitutional state of affairs. diffuse control. structural litigation.

LIMA, Walenberg Rodrigues. **Estado de Cosas inconstitucional como técnica para solución de disputas estructurales bajo control difuso en Brasil**. Asesor: Gabriel Dias Marques da Cruz, 2020. 296 f. Illinois. Disertación (Maestría en Derecho) - Facultad de Derecho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

## RESUMEN

Este trabajo aborda el estado de cosas inconstitucional, una técnica jurídica creada y desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia para abordar la resolución de disputas estructurales. El objetivo de la investigación fue verificar si el ECI (por si sigla en español -Estado de Cosas Inconstitucional) puede ser o no una técnica jurídica capaz de resolver disputas estructurales, además de ser un medio que puede estar a disposición de cualquier juez o tribunal en el ejercicio del control de constitucionalidad difuso en Brasil. La importancia de la investigación es poder contribuir a un debate más profundo sobre los efectos reales del uso del ECI para las partes involucradas en el litigio, así como contribuir a un debate sobre la extensión del ECI más allá de la competencia del STF (por si sigla en portugués para Supremo Tribunal Federal). Es una investigación que se clasifica a la vez como descriptiva y exploratoria, y cuya técnica de recolección de datos utilizada fue bibliográfica, con el uso de libros y artículos científicos sobre el tema, además de ser también una investigación documental, ya que se utilizaron decisiones y sentencias de jueces y tribunales sobre el tema. Como resultado más importante de la investigación, se pudo concluir que el estado de cosas inconstitucional no es una técnica capaz de resolver disputas estructurales, sino que puede contribuir a mejorar el grado de satisfacción de los derechos fundamentales, a través de su efecto simbólico y desbloqueo. Por otro lado, se pudo constatar la posibilidad de migrar la técnica del ordenamiento jurídico colombiano al brasileño, y su posibilidad de aplicación bajo control difuso, por tanto, por cualquier juez o tribunal, mediante el uso de instrumentos procesales que ya han están establecidos en el sistema jurídico brasileño.

**Palabras clave:** estado de cosas inconstitucional. control difuso. litigio estructural.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
Art.	Artigo
CCC	Corte Constitucional da Colômbia
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
COVID	Corona Virus Disease
CP	Constitución Política
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DESC	Direitos econômicos, sociais e culturais
DF	Distrito Federal
DJ	Diário da Justiça
EC	Emenda Constitucional
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
EUA	Estados Unidos da América
FUNPEC	Fundo Penitenciário Nacional
HC	Habeas Corpus
IN	Instrução Normativa
INPEC	Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário da Colômbia
MC	Medida Cautelar
MC-Rcl	Medida Cautelar na Reclamação
MS	Mandado de Segurança
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONGS	Organizações não governamentais
PA	Pará

PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
Resp	Recurso Especial
RN	Rio Grande do Norte
RS	Rio Grande do Sul
SE	Sergipe
SP	São Paulo
SU	Sentencia de Unificación
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União
TJ-SP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TPI	Tutela Provisória Incidental
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
2	<b>O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO INCIDENTAL NO BRASIL: LEITURA CRÍTICA DAS ORIGENS, DO CONTEXTO E DAS TENDÊNCIAS ATUAIS.....</b>	<b>22</b>
2.1	ORIGEM DO <i>JUDICIAL REVIEW</i> E O MITO DE <i>MARBURY VS MADISON</i> .....	22
2.2	ORIGENS DO CONTROLE JUDICIAL NO BRASIL: SOBRE O PODER MODERADOR E O CONTROLE EXERCIDO PELO PODER JUDICIÁRIO.....	30
2.3	CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL NO BRASIL: A PERMANENTE INSPIRAÇÃO NO MODELO AMERICANO.....	36
2.3.1	<b>O atual modelo de controle judicial nos EUA: O modelo de inspiração..</b>	<b>37</b>
2.4	TENDÊNCIAS DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O CASO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NO BRASIL.....	39
2.4.1	<b>A hibridação, circulação e a exportação dos sistemas constitucionais: Uma tendência global.....</b>	<b>39</b>
2.4.2	<b>A abstrativização como uma das facetas da dupla hibridação no sistema brasileiro.....</b>	<b>43</b>
2.4.2.1	A abstrativização e o caso do amianto.....	44
2.4.2.2	A abstrativização e a teoria da transcendência dos motivos determinantes....	45
2.4.2.3	A abstrativização e o papel mutacional do Senado.....	50
2.4.2.4	O mais recente exemplo da tendência: A objetivação do controle difuso no novo CPC.....	52
2.5	TENDÊNCIAS NOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO PLANO DOS SISTEMAS DE CONTROLE.....	55
2.5.1	<b>Conceito e as causas para a judicialização da política.....</b>	<b>56</b>
2.5.2	<b>Possíveis causas para a judicialização no Brasil.....</b>	<b>63</b>
2.5.3	<b>Vantagens e desvantagens da judicialização da política e o ambiente propício para um novo modelo de processo civil.....</b>	<b>65</b>
3	<b>LITÍGIOS ESTRUTURAIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....</b>	<b>69</b>
3.1	A ORIGEM DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS.....	69
3.2	<i>INJECTION STRUCTURAL</i> : CARACTERÍSTICAS E COMPARAÇÃO COM O MODELO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS.....	73
3.3	DA COMPATIBILIDADE DAS MEDIDAS ESTRUTURAIS COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	79
3.4	O LITÍGIO ESTRUTURAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE OUTROS PAÍSES.....	83
3.4.1	<b>O compromisso significativo na África do Sul: Um modelo de solução compartilhada entre as partes.....</b>	<b>83</b>

3.4.2	<i>Public Interesting Litigation (PIL) na Índia</i> .....	86
3.4.3	<b>O alegado declínio do estruturalismo nos EUA e a sua invalidação como modelo para outros ordenamentos jurídicos</b> .....	90
3.5	ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ADOÇÃO DO <i>STRUCTURAL LITIGATION</i> : CRÍTICAS DEMOCRÁTICA, INSTITUCIONAL E LIBERAL.....	96
3.5.1	<b>Crítica democrática</b> .....	96
3.5.2	<b>Crítica institucional</b> .....	100
3.5.3	<b>Crítica liberal</b> .....	102
3.6	ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À ADOÇÃO DO <i>STRUCTURAL LITIGATION</i> NO BRASIL.....	105
3.6.1	<b>A eficácia e a justiciabilidade dos direitos sociais</b> .....	105
3.6.2	<b><i>Structural Injunction</i> como um dos instrumentos processuais de justiciabilidade dos direitos sociais</b> .....	112
3.7	SOBRE O MODELO DE INTERVENÇÃO JUDICIAL MAIS ADEQUADO NO CASO DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS.....	115
4	<b>O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO TÉCNICA PARA SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS</b> .....	124
4.1	ORIGENS, CONCEITOS E ATUAL ESTÁGIO DE DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL.....	124
4.1.1	<b>Origens</b> .....	124
4.1.2	<b>Conceitos e objeto</b> .....	127
4.1.3	<b>Aspectos descritivos e analíticos do desenvolvimento jurisprudencial do ECI</b> .....	134
4.1.3.1	Aspectos descritivos do desenvolvimento da jurisprudência: Os casos mais emblemáticos da CCC.....	135
4.1.3.1.1	A ineficiência administrativa no direito de petição dos aposentados.....	135
4.1.3.1.2	A violação estrutural dos direitos nos presídios colombianos.....	137
4.1.3.1.3	A não convocação dos notários após concurso público.....	139
4.1.3.1.4	O caso dos defensores de direitos humanos.....	140
4.1.3.1.5	Mora no pagamento de verbas de aposentadoria.....	141
4.1.3.1.6	O caso dos deslocados internos.....	143
4.1.3.2	Aspectos analíticos do desenvolvimento da jurisprudência: Requisitos de configuração e estágios de desenvolvimento do ECI.....	146
4.1.3.2.1	Pressupostos de configuração.....	146
4.1.3.2.2	Estágios de desenvolvimento jurisprudencial: Da fase de configuração à reiteração.....	149
4.1.3.2.3	Fim da utilização do ECI pela CCC? O caso da sentença T-760 de 2008.....	153
4.2	CRÍTICAS E MATIZAÇÕES EM RELAÇÃO À AÇÃO DE TUTELA COMO MEIO PROCESSUAL ADEQUADO NA APLICAÇÃO DO ECI....	155
4.2.1	<b>Críticas em torno da utilização da Ação de Tutela na aplicação do ECI.</b>	156
4.2.2	<b>Matizações às críticas apresentadas</b> .....	161

4.3	OS EFEITOS DAS DECISÕES SOB OS ENFOQUES CONSTRUTIVISTA, NEORREALISTA E ECLÉTICO.....	166
4.3.1	<b>O enfoque neorrealista.....</b>	<b>167</b>
4.3.2	<b>O enfoque construtivista.....</b>	<b>168</b>
4.3.3	<b>Efeitos das decisões estruturais: Ampliando o campo de observação para além do tangível.....</b>	<b>170</b>
4.3.4	<b>Além dos enfoques construtivista e neorrealista: O enfoque eclético.....</b>	<b>171</b>
4.3.5	<b>Um diagnóstico sobre a efetividade do ECI na Colômbia: Da inefetividade para uma “efetividade a meio caminho”.....</b>	<b>173</b>
4.3.5.1	A falta de efetividade do ECI no sistema carcerário.....	173
4.3.5.2	“A efetividade a meio caminho” no caso do <i>desplazamiento forzado</i> .....	176
4.4	CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DO ECI: APORTES TEÓRICOS E PROPOSTAS METODOLÓGICAS.....	181
4.4.1	<b>Aportes teóricos sobre a utilização de indicadores de monitoramento em relação aos DESC.....</b>	<b>182</b>
4.4.1.1	Critérios de estrutura, resultado e processo.....	186
4.4.1.2	Sobre o emprego de indicadores nos litígios de reforma estrutural.....	188
4.4.2	<b>Propostas metodológicas.....</b>	<b>188</b>
4.4.2.1	A proposta metodológica de Eitan Felner.....	189
4.4.2.2	A proposta metodológica de Cesar Garavito para a superação do ECI.....	190
5	<b>O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO NO BRASIL.....</b>	<b>196</b>
5.1	TRANSPLANTES JURÍDICOS, EMPRÉSTIMOS E MIGRAÇÕES DE IDEIAS CONSTITUCIONAIS: DA COLÔMBIA PARA O BRASIL.....	196
5.1.1	<b>Terminologia.....</b>	<b>196</b>
5.1.2	<b>Fundamentos para uma migração de ideias constitucionais: Da Colômbia para o Brasil.....</b>	<b>202</b>
5.2	O ATUAL “ESTADO DE COISAS” DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	209
5.2.1	<b>A cautelar na ADPF n 347: O descompasso entre a petição e a decisão...</b>	<b>210</b>
5.2.2	<b>O último movimento processual na ADPF n 347: O indeferimento de tutela provisória incidental requerida por <i>Amicus Curiae</i>.....</b>	<b>217</b>
5.3	ESBOÇO DE UM MODELO POSSÍVEL PARA A APLICAÇÃO DO ECI NO BRASIL.....	219
5.3.1	<b>Do ativismo judicial estrutural dialógico: Um modelo compatível com o ECI no Brasil.....</b>	<b>220</b>
5.3.1.1	As origens do ativismo judicial.....	220
5.3.1.2	A indefinição conceitual.....	223
5.3.1.3	Definições de ativismo judicial.....	226
5.3.1.4	Sobre o modelo de ativismo judicial mais adequado para a aplicação do ECI no Brasil.....	231
5.3.2	Um esboço possível em relação aos instrumentos processuais compatíveis com o ECI em sede de controle difuso no Brasil.....	236

5.3.2.1	Do processo estrutural como espécie de processo coletivo.....	238
5.3.2.2	Da competência para aplicação do ECI.....	244
5.3.2.3	Instrumentos processuais compatíveis com a aplicação do ECI em sede de controle difuso.....	254
5.3.2.3.1	Do Recurso Extraordinário como ação possível no exercício de competência do STF em controle difuso.....	254
5.3.2.3.2	Mandado de injunção como instrumento possível para a aplicação do ECI...	259
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>266</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>272</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que se tem notado uma expansão do Poder Judicial, a qual se tem denominado pejorativamente de ativismo judicial. Aliás, a própria criação do *judicial review* é encarada em uma perspectiva que se poderia dizer ampla, como ativismo judicial. O debate sobre a legitimidade do *judicial review* é algo que os estudiosos e operadores do direito ainda travam, e provavelmente não terá fim.

Certo é que ao longo de todos esses anos, se nota uma expansão do papel do poder Judiciário. Nesse sentido, o entendimento de C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder, para quem a expansão judicial é fruto da evidência que fora dada ao sistema jurídico norte-americano e, por via de consequência, aos institutos jurídicos norte-americanos, como é o caso do *judicial review*, evidência essa que foi o resultado de os EUA terem se tornado a única superpotência mundial, após a queda dos regimes comunistas no leste europeu e da União Soviética<sup>1</sup>. Mas tão certo quanto a expansão judicial são as críticas em torno da falta de legitimidade democrática e capacidade institucional do Poder Judiciário para lidar com a concretização dos preceitos constitucionais.

Para superar essa tensão entre constitucionalismo e democracia, eis que surgiram alternativas ditas dialógicas. Inauguradas no Canadá através da *notwithstanding clause* nos anos de 1985, essas alternativas dialógicas prometiam superar o longo debate que existe sobre a intervenção judicial em relação a temas que supostamente não lhe dizem respeito. Também surgiram propostas dessa natureza em outros países, tais como Índia, África do Sul e Colômbia. Mas passado tanto tempo depois que foram aplicadas essas alternativas dialógicas no contexto de seus respectivos países, muito ainda se discute sobre a sua eficácia, não apenas como instrumentos que permitem superar a tensão entre constitucionalismo e democracia, mas sobre a sua eficácia no sentido de concretização real dos preceitos constitucionais.

O presente trabalho versa então sobre o chamado “estado de coisas inconstitucional”, uma das alternativas dialógicas que é fruto da criação pretoriana da Corte Constitucional colombiana. Para compreender o ECI, no entanto, se mostrou imprescindível fazer um estudo sobre os litígios estruturais, como antecedente histórico dessa criação colombiana, e como

---

<sup>1</sup> VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. 1995. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York: New York University, p. 16.

modelo teórico a partir do qual fora possível o desenvolvimento da técnica, adotando-se, portanto, o recorte de o ECI como uma das técnicas jurídicas do modelo de reforma estrutural.

Mas não é só disso que trata o trabalho. No ano de 2015 fora movida Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental cujo objetivo era o de que fosse reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário em território brasileiro. Julgada em sede de cautelar, eis que o STF reconheceu a aplicação do ECI no ordenamento jurídico brasileiro, e desde então, diversos artigos e trabalhos científicos foram produzidos para tentar compreender o seu funcionamento.

Aqui no Brasil coube ao professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>2</sup> defender tese que posteriormente viria a se tornar livro intitulado “Estado de Coisas Inconstitucional”, se debruçar de forma aprofundada e pela primeira vez sobre o tema. A partir daí diversos outros trabalhos de destaque se debruçaram sobre o tema<sup>3</sup>. Grande parte deles, no entanto, cuidou de analisar, dentre outros aspectos relevantes, a postura do STF na análise da ADPF n 347 ou a própria legitimidade do ECI a partir da consideração de que seria mais uma espécie de ativismo judicial<sup>4</sup>. Nesse sentido, não se encontra nenhum trabalho, ou pelo menos, nenhum

<sup>2</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodvim, 2016.

<sup>3</sup> A título de exemplo citam-se os trabalhos acadêmicos de: COUTO, Edenildo Souza. **O ativismo estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no “estado de coisas inconstitucional”**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito- Universidade Federal da Bahia, 2018; SANTOS, Rafael Seixas. **Política Penitenciária, STF e Estado de coisas Inconstitucional: Diálogos Institucionais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília 2017; FAGUNDES, Ricardo Antonio Menezes Cabral. **O sistema prisional brasileiro frente a omissão estatal e ao estado de coisas inconstitucional: Uma análise do controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2016; FRANCA, Mariana Wanderley Cabral Monteiro da. **Estado de coisas Inconstitucional: A precária capacidade institucional do Poder Judiciário em efetivar o direito fundamental à educação**. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de João Pessoa, 2018; ROSA, Camila Maria. **Estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro ativismo judicial estrutural dialógico como superação de falhas nas políticas públicas e efetividade dos direitos fundamentais dos presos**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2017; BORGES, Pedro Henrique Libanio. **O custo do direito em contraste com o mínimo existencial ecológico: Uma análise à luz da teoria do estado de coisas inconstitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito- Universidade Federal do Mato Grosso, 2018; SILVA, Victor Oliveira. **O estado de coisas inconstitucional e o caso dos dependentes de crack e similares em situação de rua**. Dissertação (Mestrado Profissional em Justiça Administrativa). Universidade Federal Fluminense, 2018; BELICE, Afonso Codolo. **Combate à cultura do encarceramento: Estado de Coisas Inconstitucional e as audiências de custódia**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Instituto Brasiliense de Direito Público, 2019; REZENDE, Claudiney Rocha. **Medindo e compreendendo a superlotação carcerária no Brasil: discussões conceituais, caracterização empírica e fatores explicativos no contexto pós estado de coisas inconstitucional**. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas). Universidade Federal de Goiás, 2019, dentre outros.

<sup>4</sup> Nesse sentido diversos artigos científicos publicados em revistas científicas e em outros meios, inclusive digitais tais como: GLEZER, Rubens; MACHADO, Eloísa. **Decide, mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional**; DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Opinião: Estado de coisas inconstitucional**; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Estado de coisas surreal**; VIERA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. **Estado de coisas fora do lugar(?)**; STRECK, Lenio Luiz. **Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo**, dentre outros tantos exemplos.

que trate diretamente da possibilidade da aplicação do ECI em sede de controle difuso-incidental.

Em sua maioria, os trabalhos até então desenvolvidos se dedicam a analisar o papel da corte suprema brasileira na ADPF n 347, e, portanto, em sede de controle de constitucionalidade concentrado, sem abarcar o não menos importante debate sobre a possibilidade da aplicação do ECI por qualquer juiz ou tribunal no exercício do controle incidental de constitucionalidade<sup>5</sup>. Para não dizer que nenhum trabalho se debruça sobre o tema, diga-se apenas as obras de Eduardo Sousa Dantas<sup>6</sup> e Gianfranco Andrea<sup>7</sup>, ambas resultado de trabalhos acadêmicos de mestrado, e que trazem um debate um pouco na linha desse trabalho, mas que não chegam a tratar diretamente da possibilidade de aplicação do ECI em sede de controle difuso.

Além dessa circunstância justificativa do trabalho, ainda é preciso ressaltar que o julgamento da ADPF n° 347 ainda se encontra pendente, sem análise definitiva de mérito, de tal forma que se espera, portanto, um parecer final acerca do tema pelo STF, o que demonstra a relevância prática e jurídica do tema.

Por fim, debate-se ainda na doutrina o fato de se o ECI teria ou não produzido efeitos positivos e concretos nos contextos e ordenamentos jurídicos em que utilizado. São várias as críticas que se dirigem inclusive à própria legitimidade do uso do ECI no contexto do controle de constitucionalidade, dada a dificuldade contra majoritária apontada por Bickel. É preciso ressaltar que não será esse o recorte desse trabalho, posto que não se debruçará sobre a questão democrática em si mesmo, com todas as teorias que debatem acerca da legitimidade ou falta de legitimidade do Poder Judiciário com relação ao controle de constitucionalidade.

Parte-se do princípio de que o Judiciário já alberga, pelo menos do ponto de vista prático, como seu o papel de exercer o controle de constitucionalidade, e de defesa dos direitos fundamentais, de tal forma que já admite em certos casos, exercer o controle jurisdicional de políticas públicas. O recorte aqui será outro, e, portanto não será debatido se o

---

<sup>5</sup> É preciso ressaltar que a presente pesquisa teve origem a partir de questionamento do professor Dr. André Karam Trindade, que ao participar de banca de mestrado na condição de examinador externo de dissertação defendida no âmbito da Faculdade de Direito da UFBA (“O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no estado de coisas inconstitucional”, de autoria de Edenildo Souza Couto), indagou sobre a possibilidade de aplicação ou não do ECI também em sede de controle difuso de constitucionalidade no Brasil e não apenas em sede de controle concentrado.

<sup>6</sup> DANTAS, Eduardo de Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: A tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público**. Curitiba: Editora Juruá, 2019.

<sup>7</sup> ANDREA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

Judiciário tem ou não legitimidade para exercer o controle jurisdicional de políticas públicas, pelo menos, não diretamente.

O recorte do trabalho será o de analisar o ECI a partir de sua eficácia ou não, e se pode ele ser um instrumento à disposição de qualquer juízo ou tribunal com fins de concretização dos preceitos constitucionais na análise de casos concretos. Nesse sentido, adotar-se-á uma perspectiva eclética do direito, no sentido de unir a perspectiva neorrealista<sup>8</sup>, segundo a qual o direito só se mostra eficaz quando é capaz de alterar as condutas das partes envolvidas; à perspectiva construtivista do direito, segundo a qual, o direito tem eficácia quando produz alterações nas percepções de pessoas que inclusive não estão diretamente envolvidas no litígio<sup>9</sup>.

Diante desse quadro é que surgiu a necessidade da referida pesquisa, cujos problemas centrais a serem solucionados poderiam ser descritos da seguinte forma: O estado de coisas inconstitucional é uma técnica capaz de solucionar litígios estruturais? É possível a sua aplicação em sede de controle de constitucionalidade difuso, ou seja, como técnica a ser utilizada por todos os juízes e tribunais?

Como resposta ou solução provisória para esses problemas, as hipóteses adotadas para o trabalho foram a de que o “estado de coisas inconstitucional” pode constituir técnica capaz de solucionar os chamados litígios estruturais desde que a sua aplicação se dê com base nos pressupostos teóricos dos litígios estruturais. Ademais, a competência para a sua aplicação pertence a qualquer juiz ou tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade difuso e não apenas ao STF.

Do ponto de vista metodológico pode se dizer que se trata de pesquisa que se classifica ao mesmo tempo como descritiva e exploratória. Descritiva porque apresenta o estado da arte do ECI, tanto no contexto do ordenamento jurídico colombiano, quanto no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se também de pesquisa exploratória, já que a partir dos dados coletados procura-se apresentar hipóteses e inclusive propostas de aperfeiçoamento do

---

<sup>8</sup> Sobre isso, conferir estudo realizado pelo autor na obra “The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?” ROSENBERG, Gerald. N. **The hollow hope: can courts bring about social change**. 2ª ed. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 2007.

<sup>9</sup> Nesse sentido conferir BOURDIEU, Pierre. Elementos para una sociologia del campo jurídico. pp. 153-216. In: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Ghunter. **La fuerza del derecho**. Estudio preliminar y Traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000.

ECI, no que tange à possibilidade de sua aplicação em sede de controle difuso, o que também marca o caráter propositivo da pesquisa<sup>10</sup>.

Em relação ao procedimento para a coleta de dados, a presente pesquisa se classifica como pesquisa bibliográfica já que se baseia majoritariamente em livros e artigos científicos sobre o tema. Consoante nos alerta Antonio Carlos Gil, a vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de que por meio dela se possibilita ao investigador uma cobertura muito mais ampla de conhecimentos e fatos do que se fosse a forma de coleta, por via direta<sup>11</sup>. A pesquisa ora desenvolvida também se enquadra como pesquisa documental, já que também se utilizou de documentos como sentenças e acórdãos expedidos pelo Poder Judiciário.

O método de pesquisa será o hipotético-dedutivo de Karl Popper. Consoante assenta o autor, o método da ciência é o de conjecturas e tentativas engenhosas para refutá-las<sup>12</sup>. O método preconizado por Popper parte da premissa de que nunca se pode dizer que uma teoria seja a melhor, de tal modo que o que, de fato podemos, é sempre buscar o conteúdo de falsear a nossa melhor teoria. Se após esses testes de falseabilidade, a teoria passar por esses testes, pode-se ter uma boa razão para se concluir que aquela teoria, que tem maior conteúdo de verdade do que a antecessora é uma melhor aproximação da verdade do que a outra.<sup>13</sup> Ainda assim, e mesmo que passe em todos os testes rigorosos, a teoria sempre poderá ser falsa<sup>14</sup>.

Consoante informam Marconi e Lakatos, o método hipotético-dedutivo de Popper, parte da ideia de que dado um problema, este sempre terá uma solução provisória, uma teoria-tentativa, que passa a ser criticada com vistas à eliminação do erro, de tal modo que esse processo renovaria a si mesmo, dando origem a outros problemas<sup>15</sup>.

Com base nisso, dividiu-se o trabalho em quatro capítulos. **No capítulo 1** buscou-se sistematizar o chamado controle difuso incidental, analisando-se de forma crítica as suas origens, o contexto atual e as tendências, especialmente a tendência de mescla e aproximação dos sistemas clássicos de controle de constitucionalidade no contexto do Brasil.

<sup>10</sup> Conquanto seja difícil retirar o caráter meramente demonstrativo da dissertação de mestrado, deve ela apresentar uma proposição, para que não se limite à explanação de determinado assunto. Afinal de contas, o objetivo de toda pesquisa consiste na análise e interpretação de todo o material que foi coletado ao longo da sua realização. É a partir dessa análise que se pode avaliar quais os resultados e avanços que ela proporcionou para uma determinada área do conhecimento científico. SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Cortez, 2007, p. 222-223.

<sup>11</sup> GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 45.

<sup>12</sup> POPPER, Sir Karl R. **Conhecimento objetivo: Uma abordagem evolucionária**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1972, p. 84.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 95.

No **capítulo 2** buscou-se apresentar o que são os litígios estruturais, desde as suas origens, bem como as suas características peculiares que o fazem ter uma lógica totalmente singular em relação ao modelo de solução de conflitos dito clássico ou tradicional. Nesse sentido, foram ainda apresentados exemplos de mecanismos que exemplificariam como se dá ao redor do mundo, a busca pela solução judicial dos litígios estruturais, especialmente os exemplos vindos do Sul Global.

No **capítulo 3** buscou-se apresentar uma análise inicialmente descritiva do estado de coisas inconstitucional, de modo a serem apresentados os principais casos que deram origem e consolidaram o ECI como técnica de matiz jurídica. Além disso, buscou-se demonstrar o atual estágio de amadurecimento da técnica em território colombiano, e ainda, sob que perspectiva se devem analisar os efeitos da utilização do ECI como técnica voltada para a solução de litígios estruturais.

No **capítulo 4** buscou-se apresentar uma abordagem mais analítica acerca das possibilidades teóricas e práticas do transplante do ECI do ordenamento jurídico colombiano para o ordenamento jurídico brasileiro. Foi analisada ainda a postura do STF ao julgar, em sede de cautelar, a ADPF n 347 para tentar extrair da observação se o tribunal está ou não em consonância com a mais atualizada e amadurecida compreensão do ECI pela Corte Constitucional da Colômbia. Ademais, buscou-se apresentar um possível esboço de modelo que possa permitir a aplicação do ponto de vista prático do estado de coisas inconstitucional, não apenas pelo STF, mas por qualquer juiz ou tribunal, ou seja, pela via difusa no Brasil. Nesse sentido foram apresentadas inclusive sugestões de ações que se mostrariam mais compatíveis e promissoras no âmbito da aplicação do ECI no controle difuso no Brasil.

Amparado pelo aspecto da cientificidade<sup>16</sup>, espera-se que essa pesquisa contribua com uma compreensão mais clara do que é o estado de coisas inconstitucional, de modo a se permitir que seja aplicado em sede de controle difuso-incidental, tomando-se por base os

---

<sup>16</sup> Consoante nos alerta Umberto Eco, para que uma pesquisa seja dotada de cientificidade deve ela se debruçar sobre um objeto reconhecível e definido de uma forma que seja igualmente reconhecível e identificável pelos outros; deve ainda dizer algo que ainda não foi dito do objeto ou revisar algo que já foi dito, mas sob uma ótica diferente; a pesquisa deve ser útil para os demais; a pesquisa deve fornecer elementos para a verificação e a contestação de hipóteses que são levantadas. ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. 22ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2009, pp. 20-23.

Aqui não se deve confundir com o cientificismo que amparado pelas visões positivistas, adota o método científico como único meio capaz de tornar possível a apreensão da realidade. PÁDUA, Elisabete Matallo Marchesini de. **Metodologia da Pesquisa: Abordagem teórico-prática**. 18ª ed. Campinas: Editora Papirus, 2019, pp. 34-35.

pressupostos teóricos o modelo de litígio estrutural, e, sobretudo, adotando-se os instrumentos processuais que já se encontram sedimentados no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO INCIDENTAL NO BRASIL: LEITURA CRÍTICA DAS ORIGENS, DO CONTEXTO E DAS TENDÊNCIAS ATUAIS

### 2.1 ORIGEM DO *JUDICIAL REVIEW* E O MITO DE *MARBURY VS MADISON*

O ano de 1803 é marcado como a data de nascimento do controle judicial de constitucionalidade, considerada como a contribuição mais singular dos EUA à ciência política<sup>17</sup>. No entanto, consoante se demonstrará ao longo desse texto, é preciso fazer uma

---

<sup>17</sup> Nesse sentido Charles A. Beard para quem “A pedra angular de toda a estrutura é, de fato, o sistema previsto para o controle judicial – a contribuição mais singular à ciência política que foi feita pelo gênio político americano.” (tradução nossa). BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of The Constitution of The United States**. New York The Macmillan Company. 1962, p. 162. Disponível em: <http://people.tamu.edu/~b-wood/GovtEcon/Beard.pdf> Acesso em: 15 mar. 2019.

Embora não considere como disse Charles Beard a mais singular contribuição dos EUA à ciência política, assim se manifesta J. A. C. Grant, acerca do controle judicial de constitucionalidade “Em verdade, se pode dizer que a confiança nos tribunais para fazer cumprir a Constituição como norma superior às leis estaduais é uma contribuição das Américas à ciência política. Posto que o meu próprio país é que deu origem a essa contribuição, é natural que inicie essas conferências com a atuação em meu país”. GRANT, J. A.C. El control jurisdiccional de constitucionalidad: Una contribución de las Américas a la ciencia política. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, n. 49, pp. 417-437, 1963, p. 419. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25948>. Acesso em: 16 jul.2019. Nesse sentido, se mostra imprescindível citar Alexis de Tocqueville, que em sua obra, *Democracia na América*, afirma que o que mais lhe surpreendeu do que pôde observar nos EUA, fora o quão eficaz se dava o funcionamento do regime democrático e o quão consolidadas estavam as instituições democráticas naquele país, cujas causas o autor francês aponta como: a) as causas acidentais; b) as leis e c) os hábitos e os costumes. Isso nos indica que para Tocqueville a maior contribuição dos EUA para a ciência política é a eficácia do regime democrático naquele país. Para maiores informações, ver: TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Tradução de Eduardo Brandão. Martins Fontes Editora: São Paulo, 2005.

Embora não seja o objetivo principal deste trabalho fazer uma análise histórica tão ampla que considere precedentes que não sejam fruto de uma atuação do Poder Judiciário (juízes e tribunais) (controle judicial) não se pode negar a existência de precedentes históricos de grande importância no que diz respeito ao surgimento da ideia de controle de constitucionalidade, consoante é o caso da Grécia Antiga, em especial, do direito ateniense, como o mais antigo precedente histórico do controle de constitucionalidade. Mauro Capelletti reconhece a ação grega como um importante precedente histórico do controle judicial de constitucionalidade. De acordo com o autor, no direito ateniense havia o *nómos* e a *pséfisma*. O primeiro corresponderia ao que modernamente poderia ser associado às leis constitucionais, e a *pséfisma* seria o decreto. Nessa época, a alteração da *nómos* era algo de extrema gravidade, com responsabilização inclusive penal para as proposições que não fossem aprovadas, ou ainda que aprovadas fossem posteriormente consideradas inoportunas. Segundo o autor, essa dificuldade para a alteração das leis era uma forma de retirar o poder de mudar as leis por via de caprichos da maioria da assembleia popular (*Ecclesia*). Em que pese tal fato, a *Ecclesia* tinha um vasto poder legislativo, por via do *pséfisma*, ou seja, dos decretos, os quais poderiam ter os mais diversos conteúdos, inclusive estabelecer normas gerais e abstratas. Mas consoante nos alerta Capelletti, havia o princípio fundamental, segundo o qual o *pséfisma* deveria ser legal em sua forma e em sua substância, ou trazendo para o direito moderno, ser constitucional, ou seja, não ser contrário às leis constitucionais. A consequência para a ilegalidade ou inconstitucionalidade do decreto era dúplice. Havia uma responsabilização penal para aquele que havia proposto o decreto, e essa responsabilidade poderia se fazer valer dentro de um ano através da *graphe paranomon*, uma espécie de ação pública de ilegalidade. Ademais, a outra consequência seria a invalidade do decreto contrário à lei. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 49, 50 e 51.



leitura mais crítica de *Marbury vs Madison*, a partir das constatações de alguns juristas americanos que vêm apresentando diversos argumentos em favor do revisionismo dessa importante decisão<sup>18</sup>.

Consoante nos relata Keith E. Whittington e Amanda Rinderle, há três aspectos que determinam a necessidade de tal revisionismo: a) um aspecto se concentra na opinião em si e no significado legal e teórico que teve o argumento de John Marshal; b) o segundo aspecto se concentra na originalidade de *Marbury* e na extensão em que o caso foi distintivo para reivindicar o poder de revisão judicial; c) o terceiro se concentra na recepção e amplitude ou reconhecimento que teve o caso no seu próprio tempo<sup>19</sup>. Assim, há três mitos que foram, ao longo do tempo, construídos acerca de *Marbury*, os quais aqui serão examinados.

Inicialmente, é preciso dizer que para a grande maioria da doutrina, *Bonham's case*<sup>20</sup> é o grande precedente histórico do *judicial review of legislation*<sup>21</sup>. Segundo Boyer<sup>22</sup>, a doutrina

---

Nesse mesmo sentido é a compreensão de Acácio Vaz de Lima Filho para quem “tudo indica que o procedimento conhecido no Direito Ático, sob o nome de *graphe paranomon* seja o mais remoto ancestral daquilo que, hoje, recebe o *nomen juris* de controle de constitucionalidade.” LIMA FILHO, A. V. de. O controle de constitucionalidade: bosquejo de sua história. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 95, pp. 293-323, 2000, p. 297.

<sup>18</sup> Nesse sentido, autores como CLINTON, Robert Lowry. **Marbury v. Madison and Judicial Review**, Lawrence: University of Kansas Press, 1989; KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**; New York: Oxford University Press, 2004; FRIEDMAN, Barry. The Myths of Marbury. In: TUSHNET, Mark. (ed.). **Arguing Marbury v. Madison**. California: Stanford University Press, 2005, p. 65-103; GRIFFIN, Stephen. The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights. In: TUSHNET, Mark. (ed.). **Arguing Marbury v. Madison**. California: Stanford University Press, 2005, pp. 104-166.

<sup>19</sup> WHITTINGTON, Keith. E; RINDERLE, Amanda. **Making a Mountain Out of a Molehill? Marbury and the Construction of the Constitutional Canon**, pp. 1-31, 2005, p. 3. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2003083](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2003083) Acesso em: 18 jul.2019.

<sup>20</sup> Trata-se de um célebre caso julgado no ano de 1610 na Inglaterra cujo pano de fundo era a discussão relativa ao Dr. Thomas Bonham que apesar de médico formado com doutoramento na Universidade de Cambridge não tinha licença para atuar na cidade de Londres, posto que não tinha autorização da *Royal College of Physicians*. Tendo Bonham sido notificado a se abster de continuar praticando a medicina em Londres e a pagar uma multa ao College, o mesmo negou-se a pagar a multa e a deixar de praticar a medicina, tendo sido condenado à prisão. O caso então chegou ao Tribunal de *Common Pleas*, cujo presidente, Sir Edward Coke decidiu libertá-lo. Um dos principais argumentos apresentados por Coke foi o de que: “e aparece em nossos livros que em muitos casos o Direito Comum controla as leis do Parlamento e às vezes deve declará-las nulas, pois quando uma lei do Parlamento é contrária ao Direito Comum e à razão, é contraditória ou impossível de ser cumprida, o Direito Comum deve ter autoridade sobre ela e declarar que tal lei é nula”. Muitos autores divergem sobre se o caso seria um precedente da teoria da revisão judicial da legislação ou uma mera enunciação de uma máxima da interpretação do Direito. Para mais informações, ver FERNÁNDEZ SEGADO. Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Instituto de Direito Público, Brasília, Ano 6, n. 2, p. 168-236, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/913>. Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>21</sup> Nesse sentido, estão autores como BERGER, Raoul, Dr. Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory? **University Pennsylvania Law Review**, v. 117, n. 4, pp. 521-545, February/1969. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6082&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6082&context=penn_law_review). Acesso em: 22 jul. 2019; GREY, Thomas C. Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought. **Stanford Law Review**, v. 30, n. 5, pp. 843-893, may.1978. Disponível em:

do *judicial review* se deve a opinião que fora formulada por Edward Coke quando do julgamento do Dr. Thomas Bonham. Fora a partir das premissas fundadas por Coke que fora possível o surgimento de *Marbury vs Madison*<sup>23</sup>, e conseqüentemente dois princípios fundamentais do direito constitucional surgiram, quais sejam: a) o de que os juízes são árbitros finais do que é constitucional; e b) o juiz é independente em relação aos demais ramos do governo.

Há, no entanto, autores segundo os quais, *Bonham's case* não pode ser considerado como precedente histórico do *judicial review*<sup>24</sup>, sendo este o caso de Keith Whittington para quem “[...]De qualquer forma, o caso Bonham não lançou uma prática de revisão constitucional na Inglaterra. O Parlamento, e não os tribunais, teria a palavra final sobre a validade das leis”<sup>25</sup>. Segundo nos diz esse autor, o caso *Bonham* ganhou vida nas colônias americanas, através principalmente de James Otis<sup>26</sup>, quando este argumentou o caso *Bonham* como limite ao poder do Parlamento, utilizando-se de panfletos e resumos legais para dizer que os tribunais poderiam deixar de aplicar estatutos que fossem inconstitucionais. Para os

---

[https://www.jstor.org/stable/1228166?read-now=1&seq=2#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1228166?read-now=1&seq=2#page_scan_tab_contents). Acesso em: 22 jul. 2019; McGOVNEY, Dudley Odell. The British Origin of Judicial Review of Legislation. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 93, pp. 1-49, 1944. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9362&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9362&context=penn_law_review). Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>22</sup> BOYER, Allen Dyer. Understanding, Authority, and Will: Sr. Edward Coke and the Elizabethan Origins of Judicial Review. **Boston College Law Review**, v. 39, Issue 1, n. 1, p.43-93, 1998. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2085&context=bclr>. Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>23</sup> Nesse sentido é a compreensão de Francisco Fernández Segado, se referindo à tese firmada em Coke e que influenciou sobremaneira o pensamento nas ex-colônias e posteriormente no país independente: “Certamente, após o triunfo da Revolução Gloriosa, esta doutrina ficou relegada ao esquecimento na Inglaterra, onde a doutrina da soberania parlamentar será imposta sem paliativos. No entanto, o pensamento do juiz Coke não ficará esquecido nas colônias inglesas dos territórios norte-americanos. A decisão do juiz Coke no sentido de atribuir aos juízes a tarefa de garantir a supremacia do *common law* em face das possíveis arbitrariedades do Rei e do Parlamento será integralmente acolhida nas Colônias, primeiro, e no novo Estado independente, mais tarde.” (tradução nossa). FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. **Pensamiento Constitucional** Año XI v. 11, n 11, pp. 19-75, 2005, p.20.

<sup>24</sup> Nesse sentido, autores como GRAY, Charles M. Bonham's Case Reviewed. **Proceedings of the American Philosophical Society**, v. 116, n. 1, p. 35-58, february.1972. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/985705?read-now=1&refreqid=excelsior%3A2a92804e07e6df15a1aa55fe28b0ecf6&seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/985705?read-now=1&refreqid=excelsior%3A2a92804e07e6df15a1aa55fe28b0ecf6&seq=1#page_scan_tab_contents). Acesso em: 23 Jul. 2019; SMITH II, George P. Dr. Bonham's Case and the Modern Significance of Lord Coke's Influence. **Washington Law Review**, v. 41, p. 297-314, 1966. Disponível em: <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1794&context=scholar>. Acesso em: 23 jul. 2019.

<sup>25</sup> WHITTINGTON, Keith. E. **Judicial Review and Constitutional Politics**. Washington DC: American Historical Association, 2015, p.9.

<sup>26</sup> James Otis foi um grande advogado e ativista político, que redigiu algumas obras bem como panfletos num período ainda pré-revolucionário das colônias britânicas, nos quais defendia dentre outros pontos, uma restrição do poder parlamentar britânico sobre as colônias. Para maiores informações ver: BILDER, Mary Sarah. The Corporate Origins of Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 116, n. 3, p. 502-566, 2006, p. 542.

americanos, diferente dos ingleses, vigia a ideia de supremacia da Constituição sobre a legislatura, consoante fica claro nessa passagem da obra de Keith Wittington:

Mas as colônias americanas estavam familiarizadas com outros ideais tais como a supremacia das constituições sobre as legislaturas. Cada colônia norte-americana era governada por uma carta escrita, que servia como uma constituição local. A carta especificava os poderes, deveres e direitos dos vários oficiais da colônia, e eles prometiam que os colonos gozariam das liberdades e direitos legais ingleses tradicionais <sup>27</sup>. (tradução nossa)

É dizer que os norte-americanos tinham verdadeira repulsa ao Parlamento inglês e por isso deram tanto poder aos magistrados. Em sentido contrário era o modelo francês que adotava a supremacia do Parlamento<sup>28</sup>.

Segundo Mark Tushnet, o *judicial review* nos moldes em que se conhece hoje nos EUA, se iniciou entre a época colonial e o período pós-independência. Durante esse período, as legislaturas locais só detinham o poder que lhes asseguravam as cartas locais, similares às cartas que foram criadas após a independência, sendo que cabia ao Conselho Real da Grã-Bretanha, um conselho político, regular a legislação colonial. Logo os tribunais locais

<sup>27</sup> WHITTINGTON, Keith. E. **Judicial Review and Constitutional Politics**. Washington DC: American Historical Association, 2015, p.9.

<sup>28</sup> Sobre a repulsa que os norte-americanos tinham à supremacia parlamentar, assim nos relata Mark Tushnet: “A ideia de supremacia parlamentar, ou seja, a ideia de que o legislador poderia fazer o que quisesse, foi uma das causas da insatisfação dos colonos com o tratamento da Grã-Bretanha. Após a independência, os estados criaram sua própria constituição, que continha restrições ao poder do governo. Sem muito alarde, os tribunais de vários estados invalidaram as regras que, em sua opinião, violavam tais restrições. A maioria, embora nem todas as normas declaradas inconstitucionais pelas constituições estaduais, tratou de mudanças que afetaram os próprios tribunais, limitando seu poder ou mudando a forma como os júris, entendidos como parte funcional do sistema judicial, deveriam operar.” (tradução nossa). TUSHNET, Mark. **Constitucionalismo y Judicial Review**. Lima: Palestra Editores, Palestra Extramuros n° 8, Spanish Edition, 2013. Ebook. Edição do Kindle, posição 1493 a 1497.

Segundo Jose Acosta Sanchez, há diversas opiniões diferentes acerca da origem da revisão judicial nos EUA, desde aqueles que consideram que desde a época colonial já havia um consolidado controle; outros antes da Convenção da Filadélfia de 1787 e ainda antes da guerra da Independência; outros que fixam o seu início a partir do constitucionalismo em 1776. Toda essa diversidade de opiniões obscurece o problema primordial, que segundo o autor consiste em um problema de ordem metodológica, que pode ser formulado da seguinte maneira: “de que se fala exatamente, ou seja, o que se deve entender como *judicial review*? É possível falar em revisão judicial em se tratando das difusas práticas coloniais, nos raros e polêmicos casos que se registram entre 1776 e 1787 em sua obscura história de final do século XVIII e princípios do século XIX, num período em que se operam apenas exceções como regra, frente às leis dos estados, ou somente quando se estende às leis do Congresso? Cabe falar de *judicial review* antes da criação de seu órgão central, o Supremo Tribunal Federal? Para o autor, o sistema de revisão judicial surgiu quando da Guerra de Secessão nos EUA, quando já existente um órgão central de controle que era a Suprema Corte e quando se passou a permitir o controle de leis federais, sendo que tudo que é anterior a isso se trata de largo processo de incubação e lenta eclosão. SANCHEZ, Jose Acosta. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la democracia constitucional**. Madri: Editorial Tecnos, 1998, p. 94.

aprenderam as lições com o Conselho e muitas vezes acabavam por impedir que os legisladores coloniais excedessem os seus limites<sup>29</sup>.

No entanto, a primeira ideia que se tem de controle de constitucionalidade nos EUA está associada ao pensamento de Alexander Hamilton, o qual, no ano de 1788, argumentando favoravelmente a que todos os Estados adotassem a recém-criada Constituição norte-americana, apresenta de fato os primeiros argumentos em defesa da ideia do controle de constitucionalidade nas mãos do Judiciário. Trata-se do artigo de nº 78<sup>30</sup>, que posteriormente se junta a uma série de artigos publicados pelos chamados *founding fathers*<sup>31</sup>, os quais defendiam a união dos estados norte-americanos independentes<sup>32</sup>.

Ao analisar o texto escrito por Hamilton, de fato se constata aquilo que pode ser considerada como uma ideia do controle de constitucionalidade, principalmente, quando o autor se refere ao Poder Judiciário como sendo o mais fraco dos três poderes, e que deve ser ele o responsável por declarar nulo um ato legislativo que contrarie a Constituição. Aí, aliás, está o primeiro mito de *Marbury vs Madison*, segundo o qual, o *chef Justice* John Marshall foi original em seus argumentos<sup>33</sup>. Ora, basta ler o artigo 78, para perceber que estão lá, as bases

<sup>29</sup> TUSHNET, Mark. **Constitucionalismo y Judicial Review**. Lima: Palestra Editores, Palestra Extramuros nº 8, Spanish Edition, 2013. Ebook. Edição do Kindle, posição 1487 a 1493.

<sup>30</sup> “Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrários à Constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que de tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra. Uma vez que tal doutrina é muito observada em todas as constituições americanas, convém uma breve análise de seus fundamentos. Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Conseqüentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas, sobretudo o que eles proíbem”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 577.

<sup>31</sup> Numa interpretação literal da expressão significa “Pais Fundadores”, referindo-se a James Jay, James Madison e a Alexander Hamilton, como homens que modelaram a nação americana e que testemunharam a guerra da Independência e logo após, a Convenção da Filadélfia de 1787, tendo tais homens participado, de forma ativa, desses eventos. SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos EUA: Principais Decisões**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 3.

<sup>32</sup> Posteriormente os artigos foram publicados de forma conjunta em uma obra denominada de “*Federalist Papers*.”

<sup>33</sup> Em relação à ausência de originalidade dos argumentos de Marshall em *Marbury vs Madison*, interessante o que diz Michael Stokes Pausen, segundo o qual: “Em *Marbury*, Marshall mostra suas habilidades como um plagiador sutil e talentoso, pegando emprestado vergonhosamente do *Federalista* nº 78 de Hamilton. Mas ele acrescenta sua própria mudança característica e importante, como veremos a seguir.” PAUSEN, Michael Stokes. The Irrepressible Myth of *Marbury*. **Michigan Law Review**, v. 101, issue 8, p. 2706-2743, 2003, p. 2711. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1764&context=mlr>. Acesso em: 10 jul. 2019.

conceituais para a defesa do Poder Judiciário como poder competente para declarar nulo um ato que seja contrário à Constituição<sup>34</sup>.

Pois bem, *Marbury vs Madison* ainda que seja considerada uma decisão fundamental, no sentido de ser a decisão mais clara ao descrever a competência do Judiciário de declarar inconstitucional um ato ou lei que contrarie a Constituição, também não pode ser considerada como a primeira decisão em que um tribunal declarou a inconstitucionalidade de uma lei nos EUA. Nesse sentido, será demonstrado que diversos outros casos anteriores foram julgados, nos quais tribunais federais declararam a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

Segundo um estudo realizado pelo professor William Michael Treanor<sup>35</sup>, há pelo menos 31 (trinta e um) casos julgados antes de *Marbury*, nos quais uma lei foi invalidada por ser considerada inconstitucional, bem como mais 7 (sete) casos em que embora a lei não tenha sido invalidada pelo juiz, o mesmo juiz concluiu que a lei era inconstitucional. Tal conjunto de casos rechaça a tese segundo a qual o *judicial review* foi criado pelo presidente da Suprema Corte, John Marshall.

Ademais, nem mesmo se pode dizer que *Marbury* tenha sido o primeiro caso em que a Suprema Corte e não um juiz ou qualquer tribunal estadual ou federal declarou inválida ou reconheceu o poder do Judiciário declarar a invalidade de uma lei frente à Constituição. Em relação a esse período anterior a *Marbury*, em que a Suprema Corte de fato atuou no sentido de exercer o *judicial review*, três casos são fundamentais: *Hylton vs United States* (1796), *Ware vs Hylton* (1796), e *Hollingsworth vs Virginia* (1798).

*Hylton vs United States* foi o único caso, desse período, em que a corte teve de julgar a compatibilidade de um ato legislativo do Congresso frente à Constituição. Trata-se de caso em que se discutia se o imposto criado por uma lei federal para carruagens individuais era ou não constitucional. Fato é que por se tratar de um imposto direto, a Constituição americana exigia que sua cobrança fosse repartida entre os Estados, não sendo, portanto, de competência da União. O caso, segundo Treanor, não teve uma resposta fácil, na medida em que o termo “imposto direto” não tinha um conceito claro e bem definido. Utilizando-se de argumentos de

<sup>34</sup> Nesse sentido, a observação de Jose Acosta Sánchez, para quem: “Hamilton ocupa um lugar de destaque no controle judicial das leis constitucionais, como autor da primeira doutrina sobre o assunto, publicada no artigo 78 do *The Federalist*, e como mentor de John Marshall, autor da sentença mítica da Suprema Corte de 1803.” (tradução nossa). SANCHÉZ, Jose Acosta. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la democracia constitucional**. Madri: Editorial Tecnos, 1998, p.106.

<sup>35</sup> TREANOR, William Michael. Judicial Review Before Marbury. *Stanford Law Review*, v. 58, p. 455-562, 2005, pp. 457-458. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/13a1/858f2424f373b5079b1481d9883f80d898ce.pdf>. Acesso em: 17 Jul. 2019.

ordem política, os juízes da Suprema Corte julgaram como válida a lei federal, desconsiderando-se o que estabelecia a letra da Constituição. Os juízes teriam sido motivados pela necessidade de proteção da autoridade do Congresso no que diz respeito à competência do Legislativo sobre o tema relativo à tributação<sup>36</sup>.

Já *Ware vs Hylton* teria sido o primeiro caso nos EUA em que se estabeleceu a supremacia de um tratado internacional, devidamente ratificado de acordo com as regras constitucionais, sobre uma lei estadual. Trata-se de caso em que um administrador de uma propriedade pertencente a um britânico processa dois cidadãos americanos em razão de dívida contraída por estes, junto ao proprietário britânico. O fato é que no ano de 1780, um dos devedores pagou parte da dívida ao britânico, mas passou a alegar que uma lei do estado da Virgínia, publicada no ano de 1777, o isentava da obrigação original, razão pela qual não deveria mais pagar o restante da dívida.

Havia, no entanto, um tratado internacional, devidamente ratificado pelas ex-colônias e pelos britânicos e que deu fim à guerra revolucionária, que estabelecia em seu item IV que “[...] os credores de ambos os lados não enfrentariam qualquer impedimento legal para a recuperação do valor integral, em libras esterlinas, de todas as dívidas até então contratadas”<sup>37</sup>.(tradução nossa) Em razão de tal dispositivo, a corte julgou procedente o pedido do administrador, por entender que o tratado havia revogado a Lei da Virgínia de 1777.

Já *Hollingsworth vs. Virginia* trata-se do primeiro caso julgado pela Suprema Corte após a vigência da décima primeira emenda, tendo como pano de fundo a discussão sobre se um cidadão poderia processar outro Estado que não o de sua residência.

Diante de tais precedentes históricos, fica claro, então, que *Marbury* não pode ser considerado como a certidão de batismo, no sentido de ser o primeiro caso em que o Poder Judiciário reconheceu a sua competência para declarar inconstitucional uma lei perante a Constituição.

O último mito construído acerca de *Marbury* se concentra no fato de seu reconhecimento, em seu próprio tempo, como importante decisão em relação ao *judicial review*. Este, aliás, um aspecto pouco debatido dentro das teorias revisionistas.

---

<sup>36</sup> TREANOR. William Michael. Judicial Review Before Marbury. *Stanford Law Review*, v. 58, p.455-562, 2005, pp. 541-546.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 549-554.

Nos dias atuais, *Marbury* é referência quando se trata da origem do controle judicial de constitucionalidade, bem como é apontado como fundamento da supremacia judicial. No entanto, no seu próprio tempo, *Marbury* não teve grande importância e sequer era citado pela própria Suprema Corte dos EUA como caso que exemplificava o *judicial review*.

Tal constatação fora realizada por Keith Whittington e Amanda Randelet, que analisaram as citações feitas ao longo dos anos posteriores à decisão, verificando que *Marbury vs Madison* quase não era lembrado.

Segundo os referidos autores, *Marbury* passa a ser mais incisivamente citado a partir do momento em que se dá uma maior contestação legal e política em relação ao próprio *judicial review*, sendo que a clareza e a contundência dos argumentos de Marshall passaram a ser fundamentais na defesa da revisão judicial e da amplitude da competência do Judiciário:

Marbury tem um significado particular para nós no início do século XXI, e o caso ocupa um lugar especialmente proeminente no cânone constitucional moderno. Marbury nem sempre teve a mesma ressonância que hoje. Levou tempo para converter Marbury em um caso importante sobre revisão judicial (...). À medida que o poder da revisão judicial tornou-se mais saliente para o sistema constitucional e político, e mais contestado, juízes e comentaristas recorreram à poderosa retórica de John Marshall para ajudar a legitimar a revisão judicial às novas gerações<sup>38</sup>.

Ao contrário do que se vê nos dias atuais, em que *Marbury* é verdadeiro mito quando se fala em controle de constitucionalidade e como anteparo para a fundamentação da supremacia judicial<sup>39</sup>, em seu próprio tempo, *Marbury* não passou de mais uma decisão, que sequer era lembrada como inerente ao exercício do *judicial review*.

É preciso deixar claro, no entanto, que o papel de *Marbury vs Madison* vai, em nosso entendimento, muito além do debate acerca de ter sido a certidão de batismo do *judicial review*. Na verdade, mesmo as teorias revisionistas não desprezam o papel fundamental desempenhado pela decisão histórica, no sentido de consolidar a legitimidade de qualquer juiz

<sup>38</sup> WHITTINGTON, Keith. E; RINDERLE, Amanda. Making a Mountain Out of a Molehill? Marbury and the Construction of the Constitutional Canon. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, v. 39, n. 4, p. 1-30, Summer/2012, p. 2-3. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2003083](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2003083) Acesso em: 18 jul. 2019.

<sup>39</sup> Segundo Keith Whittington e Amanda Randelet, as referências a Marbury fazem parte de uma estratégia retórica para afirmar a supremacia judicial em face do conflito político. O processo de canonização gira menos em quão novo ou persuasivo, influente ou importante Marbury estava em seu próprio contexto como uma declaração sobre a revisão judicial do que em como é útil para comentaristas posteriores na construção do poder dos tribunais para determinar o significado constitucional e exercer o poder de revisão judicial. *Ibid.*, p. 6.

dos EUA para declarar nula uma lei que seja incompatível com a Constituição norte-americana, dada a grande capacidade retórica da *opinion* de John Marshall. Esse papel desempenhado por *Marbury vs Madison* não pode ser relegado, e por isso mesmo, merece destaque mencionar a decisão como uma das mais importantes, senão a mais importante da história da Suprema Corte dos EUA.

## 2.2 ORIGENS DO CONTROLE JUDICIAL NO BRASIL: SOBRE O PODER MODERADOR E O CONTROLE EXERCIDO PELO PODER JUDICIÁRIO

Quando se fala no surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil, a grande maioria dos doutrinadores logo afasta a Constituição de 1824 como um exemplo de existência de controle, afirmando-se desde logo que o surgimento no Brasil do controle de constitucionalidade se deu a partir da Constituição de 1891, que inspirada pela ideia concebida nos EUA, e tendo como grande artífice, Rui Barbosa transplantou o modelo estadunidense para o território brasileiro.

A maioria da doutrina não concebe a existência de um controle de constitucionalidade anterior a 1891. A inexistência de tal controle está associada à concepção da supremacia do Parlamento e da vigência, em nossa Constituição, do chamado Poder Moderador<sup>40</sup>. Nesse sentido, é a compreensão de Gilmar Ferreira Mendes para quem:

A Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de fazer leis,

---

<sup>40</sup> O chamado Poder Moderador é uma criação de Benjamin Constant, publicista nascido em Lausanne na Suíça, cujo objetivo era o de evitar que um poder destruísse o outro, fazendo com que os poderes se apoiassem e se compreendessem. CONSTANT, Benjamim. **Princípios Políticos Constitucionais**. Organização e Introdução Aurélio Wander Bastos. 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, p. 38.

De acordo com Braz Florindo Henriques de Souza, o Poder Moderador fora uma criação de Constant que orientado por Clemont Tonnerre, e superando os seus antecessores caracteriza o poder moderador, indicando os seus fins e as suas atribuições. SOUZA, Braz Florindo Henriques de. **Do poder moderador: Ensaio de direito constitucional**. Recife: Typologia Universal, 1864, p. 4.

Em sentido um pouco diverso, o entendimento do Visconde do Uruguai para quem o Poder Moderador ou Neutro não foi uma criação de Benjamin Constant, o qual teria colhido o germe da ideia em escritos de Clemont Tonnerre. Para o autor, Constant não fez mais do que desenvolver a ideia, e dar o nome de um poder distinto a um conjunto de atribuições que por sua natureza não poderia ser conferido ao Executivo, algo, que segundo, o autor, já havia sido notado por diversos publicistas anteriores a Constant. SOUSA, Paulino José Soares de. **Ensaio de Direito Administrativo**. Tomo II. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, p. 37 e 38.



interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como velar na guarda da Constituição<sup>41</sup>. (art. 15, nº 8 e 9)

Paulo Bonavides também entende não ter havido um controle de constitucionalidade na época imperial. Ademais, afirma que o Poder Moderador, cuja vocação era a de promover a harmonia e o equilíbrio de poderes, em verdade teria sido desvirtuado no Brasil, tanto em seu sentido, quanto em sua aplicação. Em sentido, pois conferiu de forma expressa na carta constitucional, poderes sem paralelo na história dos países do hemisfério sul como que uma profissão de fé<sup>42</sup>. Em aplicação, na medida em que o Imperador o exercitou em termos absolutos de exceção, tendo para isso se utilizado de Comissões Militares como um instrumento de repressão. Finaliza o autor, ao afirmar que poderia ter sido o Poder Moderador, desde que respeitado a sua vocação de promover a harmonia e o equilíbrio de poderes, uma antecipação, na *práxis* e na teoria, dos tribunais constitucionais aos quais foi entregue posteriormente o controle de constitucionalidade<sup>43</sup>.

Segundo Pinto Ferreira, o projeto da Constituição de Antônio Carlos<sup>44</sup> admitia, ainda que implicitamente, o controle de constitucionalidade em seu artigo 266. No entanto, a primeira Constituição do Brasil de 1824 não admitiu o controle de constitucionalidade já que a sanção imperial completava a sua legalidade<sup>45</sup>.

Para Celso Ribeiro Bastos também não houve a implantação do controle de constitucionalidade das leis durante a vigência da Carta Imperial de 1824, em razão de o controle ser de competência do próprio Poder Legislativo, o que inviabilizou o sistema

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 1803.

<sup>42</sup> Sobre o que Paulo Bonavides quer se referir à “profissão de fé”, significa que a Constituição considerava o Imperador como uma pessoa inviolável e sagrada, não estando ele sujeito a qualquer responsabilidade. Nesse sentido o artigo 99 da Constituição de 1824, que assim dispunha: “**A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.**” (grifo nosso). BRASIL. [Constituição (1824)]. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824). Rio de Janeiro: Secretaria de Estado de Negócios do Império do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 21 set. 2018.

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo v. 14, n. 40, pp. 155-176, Sept./Dec.2000, p. 167. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v14n40/v14n40a16.pdf> Acesso em: 25 jul. 2019.

<sup>44</sup> O autor se refere ao projeto desenvolvido pela Comissão da Assembleia Constituinte que em 1823 se reuniu para elaborar a constituição do país recém-independente de Portugal. Embora a relatoria tenha ficado a cargo de Antônio Ribeiro de Andrada Machado e Silva, ficou historicamente conhecido como Projeto Antônio Carlos, ou ainda o Projeto Andrada, nesse último caso em razão da participação ativa dos irmãos Andrada (José Bonifácio, Antônio Carlos e Martim Francisco). O fato é que incomodado com alguns dispositivos da Constituição que se mostrava extremamente liberal, D. Pedro I acabou por dissolver a Constituinte e em seu lugar determinou a elaboração de uma nova Constituição, segundo o Imperador duplamente mais liberal que a elaborada pela Constituinte de 1823, mas que em verdade se mostrou extremamente autoritária, ao prever a figura do Poder Moderador como um poder acima de quaisquer outros previstos pela Constituição do Império.

<sup>45</sup> FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1964, p. 422.

controlador. Além disso, a existência de um quarto poder, o denominado Poder Moderador, como um superpoder acima dos demais poderes, tornava impossível o exercício do controle de constitucionalidade<sup>46</sup>.

Durante a vigência do Poder Moderador no Brasil, diversos juristas se manifestaram a favor da ideia de uma organização tetrapartite de poder na forma como elaborada por Constant, dentre eles, podem ser citados Pimenta Bueno, Zacharias de Góes e Vasconcelos, e Paulino José Soares de Sousa, o Visconde do Uruguai<sup>47</sup>.

No que se refere ainda ao poder Moderador, é preciso dizer que, na prática, ele assumiu uma outra feição, própria e à brasileira, que desvirtuou a essência daquilo que Constant defendia em sua teoria<sup>48</sup>.

Há autores, no entanto, que defendem a ideia segundo a qual havia sim um modelo de controle de constitucionalidade vigente no período do Brasil Império, um controle cujo único legitimado para exercê-lo seria o Poder Legislativo.

Nesse sentido é o entendimento de Walber de Moura Agra para quem a Carta de 1824 não instituiu o controle judicial de constitucionalidade, tendo ficado este a cargo do Poder Legislativo, composto por Senado e pela Assembleia Geral Legislativa. A Constituição

---

<sup>46</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 397.

<sup>47</sup> Pimenta Bueno defendia a existência do Poder Moderador, ao afirmar que ele se trata da suprema inspeção da nação, sendo direito desta de examinar como os poderes políticos estão sendo exercidos por seus mandatários. BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro y Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp e Const. de J. Villeneuve E. C, 1857, p. 203.

Zacharias de Góes é outro autor que concordava com a existência do Poder Moderador, consoante se pode verificar da leitura de sua obra. VASCONCELOS, Zacharias de Góes e. **Da natureza e limites do poder Moderador**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1862.

Também Paulino José Soares de Souza defendia a existência do Poder Moderador, o qual não poderia deixar de existir em nenhuma organização política. Para o autor, o Poder Moderador não se trata de um poder que venha para constituir algo de novo, não sendo assim, um poder ativo. O seu fim é o de conservar, moderar a ação e manter o equilíbrio entre os poderes, o que não ocorreria se estivesse ele no mesmo patamar dos demais poderes. SOUSA, Paulino José Soares de. **Ensaio de Direito Administrativo**. Tomo I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. p. 40 e 60.

<sup>48</sup> Nesse sentido, autores como Boris Fausto, para quem no Brasil, o Poder Moderador não foi tão claramente separado do Poder Executivo, resultando no acúmulo de atribuições dos dois poderes pelo Imperador. FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14ª ed. São Paulo: Editora Edusp, p. 152.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade entendem que o Poder Moderador no Brasil foi concebido de forma diferente da que preconizada por Constant, dada a profundidade, a amplitude e a soma de atribuições que foram concedidas ao seu titular, que era o Imperador. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. 8ª ed. Brasília: OAB Editora, 2006, p. 106.

Iara Lis Carvalho Souza argumenta que no Poder Moderador concebido por Constant, o ministério se subordina ao Imperador, responde pelos crimes imperiais à justiça e negocia com o legislativo, o que relativiza o poder imperial, totalmente o contrário do que no Brasil ocorria. SOUZA, Iara Lis Carvalho. **Pátria coroada: o Brasil como corpo autônomo 1780-1831**. São Paulo: Fundação Editora Unesp, 1999, p. 336.

Imperial determinava em seu artigo 15, inciso IX, que cabia ao Legislativo “velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da nação”<sup>49</sup>.

Marcelo Cassebi Continentino também é outro autor que defende a existência de um controle de constitucionalidade em plena vigência durante o Império. Para o autor, o controle de constitucionalidade, nessa época, se processava de modo diferenciado e era operacionalizado de três formas: a) através do Presidente da Província; b) através da Assembleia Geral; e c) através de uma desvirtuada atuação do Poder Executivo<sup>50</sup>.

Para além do debate sobre se houve ou não controle de constitucionalidade durante a vigência do Império, fato é que o controle judicial de constitucionalidade no Brasil surgiu tão somente a partir de 1891. A razão se explica: adotando os conceitos de Paulo Bonavides, para quem o controle jurisdicional é aquele no qual se atribui aos órgãos do Poder Judiciário a legitimidade para o exercício do controle, o que, aliás, é o ponto de vista aqui defendido, não se pode deixar de reconhecer que o papel do Judiciário durante o Império é de quase subserviência absoluta em relação ao Poder Executivo, não tendo ele o papel de interpretar a lei, mas tão somente de aplicar a lei, ou seja, o juiz como “*La bouche de la Loi*”. Assim, e em que pese haver autores que defendam a existência de um controle de constitucionalidade anterior a 1891, fato é que esse controle, a que alude essa parte da doutrina, foi praticamente ineficiente ou não há grandes registros de sua existência de uma forma clara e sistematizada tanto quanto se pode observar durante a vigência da Constituição republicana que veio *a posteriori*.

De acordo com Bonavides, com a proclamação da República em 1891, o Brasil ingressou na segunda época constitucional de sua história. Os novos contornos dessa época constitucional deslocaram o Brasil da Europa para os Estados Unidos, das influências da Constituição francesa para a Constituição americana, de Montesquieu para Jefferson, da Assembleia Nacional para a Constituição da Filadélfia e depois para a Suprema Corte de

---

<sup>49</sup> AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Coleção Temas de Direito Constitucional em Homenagem ao Professor Pinto Ferreira. Editora Juspodivm: Salvador, 2008, p. 18. Nesse sentido também defende Oswaldo Luiz Palu para quem na Constituição de 1824 não havia controle judicial de constitucionalidade de leis ou atos normativos, mas não se pode deixar de dizer que não havia um controle de constitucionalidade, não com essa designação, mas político, previsto no artigo 15, IX da Constituição Imperial, o qual expressava que cabia ao Poder Legislativo velar pela guarda da Constituição. PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceito, sistemas e efeitos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 120.

<sup>50</sup> CONTINENTINO, Marcelo Cassebi. **A história do Controle de constitucionalidade das leis no Brasil: Percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)**. São Paulo: Editora Almedina, 2015, pp. 279-292.

Marshall.<sup>51</sup> Com a Constituição de 1891, o Brasil traslada literalmente alguns aspectos da Constituição norte-americana, por via da influência de Rui Barbosa, que segundo Bonavides era “um jurista confessadamente admirador da organização política dos Estados Unidos”<sup>52</sup>.

Para Pinto Ferreira, coube a Rui Barbosa introduzir o controle de constitucionalidade por via da Constituição de 1891. Posteriormente, coube à Lei n 221, de 1894, artigo 13, § 10, atribuir aos tribunais o poder de não aplicar as leis inconstitucionais, completando, dessa forma, o sistema de controle de constitucionalidade<sup>53</sup>.

Nesse sentido, fundamental o papel de Rui Barbosa para a concepção de um modelo judicial de controle de constitucionalidade no Brasil. Foi Rui Barbosa quem transplantou o modelo americano para o território nacional<sup>54</sup>, modelo esse que permite a qualquer juiz ou tribunal realizar o controle de constitucionalidade. Assim se pronuncia o próprio Rui Barbosa acerca da influência norte-americana sobre o sistema de controle constitucional brasileiro:

Nesta excursão pelas novidades de um régimen inteiramente sem passado entre nós, através dos artifícios, com que as conveniências e os infortúnios de uma época anormal lhe vão solapando o solo, e cavando-lhe mina a mina o esboroamento, nossa lâmpada de segurança será o direito americano, suas antecedências, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha dele, e a própria lei nos pôs nas mãos esse foco luminoso, prescrevendo, nos artigos orgânicas da justiça federal, que "os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity serão subsidiários da jurisprudência e processo federal"<sup>55</sup>. (3)

Para além do papel de artífice de Rui, no que diz respeito à adoção do modelo americano no Brasil, no plano constitucional, coube ao jurista ser o responsável por aplicar pela primeira vez o modelo norte-americano na prática, quando do julgamento dos reformados

---

<sup>51</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 364.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 365.

<sup>53</sup> FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1964, p. 422.

<sup>54</sup> Nesse sentido é o entendimento de Themístocles Cavalcanti que assim se pronuncia sobre as origens do controle de constitucionalidade no Brasil: “O sistema republicano no Brasil conduziria necessariamente a adotar-se a técnica de exame da constitucionalidade dos atos legislativos e executivos, consagrada no direito americano. Coube a primazia da provocação a Rui Barbosa, segundo declara no Direito do Amazonas, na demanda cujas razões ele publicou no volume “Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo”. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do contrôlo da constitucionalidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1966, p. 57.

<sup>55</sup> BARBOSA, Rui. **A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlântida Editora, 1893, p. 18.

no ano de 1892<sup>56</sup>, sendo este de fato o primeiro precedente histórico do controle de constitucionalidade judicial que se tem notícia no âmbito da jurisprudência pátria.

As origens do controle judicial de constitucionalidade estão ligadas ao período que se denomina de Primeira República (1889-1930), isso porque fora durante o governo de Floriano Peixoto, então vice-presidente, que ocorreu o manifesto dos treze generais em favor da realização de uma nova eleição presidencial. Consoante afirma Boris Fausto, em que pese a passagem da Monarquia para a República ter sido quase um passeio, os anos que se sucederam a 15 de Novembro de 1889 foram de grande incerteza. Isso em razão de fortes dissidências entre os grupos que disputavam sobre como deveria se organizar a República<sup>57</sup>.

Coube a Rui Barbosa defender os reformados e demitidos de 1892, constando do livro “Obras completas de Rui Barbosa”, tomo V, de 1893 todo o desenlace do caso. Sustentando a inconstitucionalidade do decreto, requeria Rui o retorno à ativa de um dos muitos militares então reformados, o marechal José de Almeida Barreto, pedido esse feito à justiça federal, a qual havia sido recentemente criada pelo decreto de nº 848 de 1890, e que trazia como uma das competências desse novo ramo da justiça, justamente o exercício do controle de constitucionalidade<sup>58</sup>.

Embora fosse pouco provável à época, o juiz federal Henrique Vaz Pinto Coelho julgou inconstitucional o decreto presidencial, tendo surpreendido o próprio Rui Barbosa, que se encontrava no exílio em Londres<sup>59</sup>. A razão da surpresa está no fato de que muitos dos juízes

---

<sup>56</sup> “Em 6 de abril de 1892, treze generais protestam contra a falta de convocação da eleição presidencial. Floriano reage, reformando-os, e agita-se o Rio. Poucos dias depois, várias pessoas promovem manifestação de rua a Deodoro, já quase moribundo, precedidos de uma fanfarrina militar que passava no momento. Floriano reage prendendo e deportando vários civis, inclusive parlamentares, os quais gozavam de imunidades. Entre os presos, figurava Olavo Bilac, que veio a ser considerado o maior poeta do Brasil nas duas primeiras décadas do século XX. Rui apressa-se em requerer um habeas corpus em favor dos presos, que permaneciam no cárcere ou no desterro, após extinguir-se o prazo de 72 horas do estado de sítio. O Supremo Tribunal lhe nega a ordem pedida, contra o voto apenas do Ministro Pisa e Almeida, cujas mãos Rui beijou num gesto comovido. O Congresso concordou em entrar em recesso. Rebenta a revolta da esquadra e Rui consegue retirar-se para Buenos Aires e, depois, para Londres, onde permaneceu até o fim do reinado de Floriano.” (Trecho retirado da obra de Aliomar Baleeiro) . BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras (1891)**. v. II. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, 2012, pp. 44 e 45.

<sup>57</sup> FAUSTO, op. cit., p. 245.

<sup>58</sup> Art. 3º Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte; Art. 15. Compete aos juízes de secção processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a acção ou a defesa em disposições da Constituição Federal, ou que tenham por origem actos administrativos do Governo Federal. Artigos retirados do Decreto nº 848 de 11 de Outubro de 1890, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

<sup>59</sup> “Ontem recebi do Rio um telegrama anônimo nêstes termos-- Vitória. Juiz seccional reformas militares. Hurra maior campeão liberdades civis militares tempo legalidade. Quer isto dizer que o juiz federal sentenciou a favor dos meus clientes na famosa questão? É um triunfo que eu não esperava, descrente que estou das

que acabaram por julgar inconstitucionais leis e decretos do Poder Executivo, já haviam sido até mesmo condenados por crimes, e inclusive, perdido os seus cargos, o que apenas reforça a ideia de quão importante fora essa decisão para fins de se consolidar um controle judicial de constitucionalidade no Brasil<sup>60</sup>. O caso dos generais reformados é sem dúvida alguma o primeiro exemplo do que se pode ter de um controle judicial de constitucionalidade em terras brasileiras<sup>61</sup>.

### 2.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL NO BRASIL: A PERMANENTE INSPIRAÇÃO NO MODELO AMERICANO

Antes de adentrarmos propriamente na análise do desenho do modelo brasileiro de controle judicial, é preciso apontar algumas características do vigente modelo americano, que sem dúvida alguma, ainda vem exercendo forte influência no sistema constitucional adotado no Brasil, em especial no que se entende ser uma busca pela construção de um modelo de precedentes à brasileira.

---

qualidades morais da nossa magistratura.” BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Tomo V. Vol. XX. Ministério da Educação e Cultura: Rio de Janeiro, 1893, p. XXXVI.

Diz Rui ainda de Londres, em março do no ano de 1895 sobre a questão: “Vejo que venci a questão dos generais e lentes demitidos, perante a Justiça federal. É um triunfo que me surpreendeu atenta a desmoralização geral do país, Noutra terra êsse aresto seria recebido como a primeira conquista para a liberdade constitucional.” No Brasil não sei se êle terá merecido as honras do comentário”. Ibid., p. XXXVI.

Em 14 de Novembro de 1895, o governo de Prudente de Moraes anulava o decreto de 7 de Abril de 1893, de modo que essa anulação fez com que diversas ações judiciais restassem com o seu objeto prejudicado, já que diversos autores acabaram por ser reintegrados depois da anulação do decreto pelo governo. Ibid., p. XXXVII.

<sup>60</sup> Essa decisão fora posteriormente confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante o julgamento da Apelação Cível de n° 112, cujo resumo do acórdão fora “É nulo o ato do Poder Executivo que reforma forçadamente um oficial militar, fora dos casos previstos na lei. A Fazenda Nacional é obrigada a pagar os vencimentos e vantagens pecuniárias que deixou de perceber o oficial assim reformado e que serão abonados enquanto perdurarem os efeitos dêsse ato ilegal.” Ibid., p. 224.

<sup>61</sup> A importância do caso dos reformados no contexto da formação e consolidação de um modelo judicial de controle de constitucionalidade no Brasil, fez com que George Marmelstein comparasse o caso ao célebre caso *Marbury vs Madison*, dizendo o autor se tratar o caso dos reformados de 1892 do “*Marbury vs Madison* brasileiro”. MARMELESTEIN, George. **Quando tudo começou: o Marbury vs. Madison brasileiro**. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/04/13/quando-tudo-comecou-o-marbury-vs-madison-brasileiro/>. Acesso em: 24 jul. 2019.

### 2.3.1 O atual modelo de controle judicial nos EUA: O modelo de inspiração

O *judicial review* fora o primeiro modelo de controle judicial de constitucionalidade que se tem notícia no mundo, em que pese haver precedentes históricos já na Grécia Antiga do controle de constitucionalidade, consoante já exemplificado em páginas anteriores. A característica fundamental do modelo americano é a possibilidade de que qualquer juiz possa declarar a incompatibilidade de uma lei ou ato do poder público para com a Constituição no caso concreto<sup>62</sup>, através da *petition for certiorari*<sup>63</sup>.

Ademais, é preciso dizer que nos EUA não se admite que um tribunal realize o controle de constitucionalidade de forma abstrata, sendo que em todos os casos de controle, os tribunais federais só podem decidir as questões que ocorrem no bojo de um processo judicial de partes adversas, num processo vivo, real, consoante previsão do artigo III da Constituição americana. No modelo americano, a Corte Suprema também não tem conferido legitimidade para que uma parte possa requerer em nome de interesses gerais, sendo legitimadas para propor uma ação de inconstitucionalidade apenas aquelas pessoas que no caso concreto tenham sofrido uma “lesão de fato”<sup>64</sup>. (*injury in fact*)

Via de regra, a decisão que reconhece a incompatibilidade de uma lei para com a Constituição no direito estadunidense tem efeitos retroativos, o que quer dizer que uma vez reconhecida que a lei é inconstitucional, ela sempre fora inconstitucional, e, portanto, nunca

<sup>62</sup> Nesse sentido nos aponta Keith S. Rosenn, para quem: “O modelo clássico de controle judicial difuso é o dos Estados Unidos. Qualquer tribunal federal ou estadual tem o poder de decidir sobre a constitucionalidade de qualquer lei ou decreto federal, estadual ou municipal. Enquanto a Suprema Corte americana é o último árbitro do significado da Constituição e do Direito Federal, os Supremos Tribunais dos Estados são os últimos árbitros do significado das Constituições e leis estaduais.” RONSENN, Keith. S. Trad. Paulo Gomes Pimentel Júnior. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, pp. 159-185, Jan./Mar. 2004, p. 162. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45131/45053](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45131/45053). Acesso em: 25 jul. 2019.

<sup>63</sup> Nesse sentido nos esclarece José Carlos Barbosa Moreira, segundo o qual: “A principal via de acesso do litigante à Suprema Corte é a *petition for certiorari*, isto é, o requerimento pelo qual se pleiteia que a Corte reexamine causa julgada por tribunal inferior. Cabe o remédio quando se questiona a compatibilidade entre a decisão do tribunal e a Constituição, os tratados e as leis dos Estados Unidos, ou quando se invoca algum título, direito, privilégio ou imunidade conferido pelo ordenamento jurídico nacional. Somente a “*federal question*” é objeto da cognição da Corte - o que limita sensivelmente o âmbito de sua atuação, levando-se em conta que áreas numerosas do direito, noutros países reservadas ao legislador federal, nos Estados Unidos se submetem à legislação estadual, consoante em geral ocorre com o direito civil e o comercial. Pode-se afirmar que, essencialmente, a Suprema Corte norte-americana é uma corte constitucional.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte Americana: um modelo para o mundo? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 233, pp. 201-211, Jul./Set. 2003, p. 204. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45448>. Acesso em: 10 de Jul. 2019.

<sup>64</sup> ROSENN. Op. cit., p. 162.

deveria ter produzido quaisquer efeitos. No entanto, o contexto atual americano de controle de constitucionalidade tem permitido a modulação de efeitos, principalmente a partir do julgamento em *Linkleter vs Walker* em 1965, quando a Suprema Corte entendeu que a Constituição não exige nem proíbe que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade devam ou não ser retroativos.

Uma das características fundamentais do modelo americano é a teoria do *stare decisis*<sup>65</sup>, a qual garante a segurança jurídica e o bom funcionamento de todo o sistema adotado naquele país. Por meio do *stare decisis*, os juízes de grau inferior estão vinculados aos precedentes das cortes superiores quando estejam diante do julgamento de casos análogos. Na verdade, há no sistema americano dois tipos de vinculação: a) vinculação horizontal entre os juízes de cortes superiores e de cortes inferiores, e de outro lado b) uma vinculação horizontal que se aplica dentro dos próprios tribunais, mas que não impede a evolução da jurisprudência, por meio do *overruling*<sup>66</sup>, que é quando a corte supera o entendimento de um julgamento anterior. Essa teoria simplesmente evita que haja duas decisões contraditórias e uma insegurança jurídica que possa ser gerada quanto à análise da constitucionalidade em relação a casos semelhantes. Trata-se, em verdade, de um mecanismo bastante desenvolvido nos ordenamentos jurídicos do *common law*<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Sobre o significado do *stare decisis* assim se manifesta Sergio Resende de Barros: “Essa forma jurisprudencial é nativa do direito baseado antes nos precedentes judiciais do que nas regras postas pelo legislador. Na matriz inglesa, como na sua prole, inclusive nos Estados Unidos, é dever maior dos juízes *stare decisis et non quieta movere*. A sentença há de estar com as coisas decididas e não mover as quietas.” BARROS, Sergio Resende de. Constituição, artigo 52, X, reversibilidade?. **Revista de Informação Legislativa**, v. 40, n. 158, p. 233-239, abr./jun. 2003, p. 234. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/858/R158-14.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 01 Ag. 2019.

Para Eduardo Appio, o “*stare decisis* não está expressamente previsto na Constituição dos Estados Unidos ou mesmo em lei federal. Trata-se de uma construção prudencial, derivada da própria *common law*, a qual se baseava nas decisões judiciais já proferidas anteriormente, com o sentido de garantir coerência e estabilidade nos julgamentos posteriores. Um juiz pode até discordar da correção da decisão anterior, firmada no precedente e, ainda assim, terá de aderir ao que já foi decidido no passado. Nos casos de vinculação vertical, a adesão é irrestrita e obrigatória. Nos casos de vinculação horizontal, os juízes estão vinculados aos precedentes de seus antecessores e somente podem deixar de aplicar estes precedentes caso optem por revogá-los de forma expressa (*overruling*).” APPIO, Eduardo. **Controle Difuso de Constitucionalidade: Modulação dos Efeitos, Uniformização de Jurisprudência e Coisa Julgada**. Juruá: Curitiba, 2009, p. 57.

<sup>66</sup> Segundo Appio, “no sistema do *stare decisis* tem-se os casos de revogação (*overruling*) que permitem a evolução da jurisprudência. (...) O *overruling* não pode ser invocado por uma Corte ou juízo inferior com a finalidade de revogar uma decisão de uma Corte Superior e que os precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos- porque órgão máximo do Judiciário norte-americano somente podem ser revogados pela própria Suprema Corte ou pelo Congresso.” *Ibid.*, p. 60.

<sup>67</sup> Sobre isso, interessante a opinião de Sérgio Resende de Barros para quem: “Já um direito de feitiço romanístico, como o brasileiro, mais valoriza a livre convicção do juiz na sua prudente aplicação da lei. Não condiz espontaneamente com a rigidez jurisprudencial, mesmo no topo constitucional. Esse fator impediu o *stare decisis* entre nós.” BARROS, Sergio Resende de. Constituição, artigo 52, X, reversibilidade?. **Revista de informação legislativa**, v. 40, n. 158, p. 233-239, abr./jun. 2003, p. 234. Disponível em:



O *stare decisis* acaba por fazer com que uma decisão que inicialmente era restrita às partes possa ser estendida a outras partes originariamente não integrantes da lide, mas cujos casos se enquadrem na tese fixada pelo tribunal superior. Para que se compreenda o exato funcionamento do *stare decisis* nos EUA é preciso levar em conta a existência de quatro instrumentos, ou melhor, quatro parâmetros objetivos, quais sejam: a *ratio decidendi* (*holding*), o *obiter dictum*, o *distinguishing* e o *overruling*<sup>68</sup>, os quais não serão objeto de profundo debate nesse texto, por não se coadunarem com os objetivos pretendidos aqui.

## 2.4 TENDÊNCIAS DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O CASO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NO BRASIL

### 2.4.1 A hibridação, circulação e a exportação dos sistemas constitucionais: Uma tendência global

Uma das principais tendências que se tem notado durante os últimos anos, principalmente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial é o fenômeno da hibridação dos sistemas constitucionais, um fenômeno de extensão global, que tem ocorrido nos mais diversos países, como que uma mescla constante no âmbito dos diversos sistemas constitucionais de controle de constitucionalidade.

De acordo com Segado, a expansão da justiça constitucional a partir do último quarto do século tem a ver com a defesa da liberdade e pela valorização da dignidade de cada homem como uma regra fundamental de todo governo democrático e sociedade que se julgue civilizada<sup>69</sup>. Trata-se, enfim, de fenômeno que se dá principalmente a partir da queda de

---

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/858/R158-14.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 01 ago. 2019.

<sup>68</sup> “A *ratio decidendi* é a razão determinante do julgado, ou seja, o motivo da decisão judicial. No sistema norte-americano, o juiz tem a liberdade de se utilizar dos precedentes como sua *ratio decidendi*, ou seja, os precedentes se tornam fonte formal e material do Direito. É a *ratio decidendi* que se torna vinculante para os demais juízes e para as partes. (...) Já no caso do *Obiter Dictum*- fundamentos de fato e de direito- estes não vinculam os demais juízes, na medida em que são elementos acessórios em favor de uma determinada solução (...). O método *Distinguishing* é aplicado pelos juízes norte-americanos de maneira a buscar similitude entre os fatos que compuseram um caso concreto anterior e os fatos que compõem o atual. Não havendo semelhança substancial entre os fatos do caso anterior e os do caso atual, o juiz rejeitará a aplicação do precedente invocado.” APPIO, op. cit., pp. 59-60.

<sup>69</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. **Pensamiento Constitucional**, Año XI, v. 11, n. 11, pp. 19-75, 2005, p. 22.

regimes autoritários na Alemanha, na Itália e no Japão, após o fim da Segunda Guerra, e no caso da América do Sul, a partir do fim dos regimes ditatoriais militares<sup>70</sup>.

Essa expansão da justiça constitucional gerou uma mescla entre os sistemas constitucionais clássicos, batendo frontalmente com a ideia de bipolaridade clássica, que coloca de um lado o modelo do *judicial review of legislation* americano e de outro o modelo kelseniano (*Veifassungsgerichtsbarkeit*)<sup>71</sup>. Exemplo dessa mescla, segundo Segado, foi a introdução de elementos incidentais em modelos como o da Alemanha e da Itália, ou seja, da chamada questão de constitucionalidade, que na Itália denomina-se de *questioni di legittimità costituzionale*<sup>72</sup>. Trata-se de uma via intermediária, sendo que enquanto nos Estados Unidos todo e qualquer juiz deve analisar a compatibilidade de uma lei para com a Constituição, nos casos de Itália e Alemanha, o juiz pode e deve, em algumas circunstâncias, realizar um controle preliminar de compatibilidade da lei para com a norma fundamental, e se tiver dúvida ou uma razoável certeza da incompatibilidade da norma, deve suscitar a questão à corte constitucional, único órgão especializado para realizar o controle de constitucionalidade<sup>73</sup>.

O próprio sistema austríaco, disciplinado e amparado na Constituição de 1920<sup>74</sup>, passou a ter elementos incidentais a partir da reforma *Zweite Bundesveifassungsnovelle*, de 7 de dezembro de 1929, que permitiu que qualquer parte na “*litis*” pudesse alegar em sede da justiça ordinária, a inconstitucionalidade de uma lei no caso concreto, em órgãos jurisdicionais de alta hierarquia como o Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) e Tribunal de Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*), ainda que o mérito da

<sup>70</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. **Pensamiento Constitucional**, Año XI, v. 11, n. 11, pp. 19-75, 2005, p. 22.

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> Ibidem.

<sup>73</sup> PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. Trad. Maria Auxiliadora Castro e Camargo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, p. 59-76, jan/mar. 2005, p. 63. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril\\_v42\\_n165\\_p59.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p59.pdf). Acesso em: 03 ago. 2019.

<sup>74</sup> Consoante aponta Favoreu, o modelo europeu de justiça constitucional não teria existido sem a criação de Kelsen através dos trabalhos desenvolvidos quando da elaboração da Constituição austríaca de 1920. Ao contrário do modelo estadunidense, no qual não se verifica quaisquer distinções entre contencioso constitucional e ordinário, ou seja, em que a justiça constitucional é confiada de uma forma ampla a todo o Poder Judiciário, no modelo europeu, o contencioso constitucional é de competência exclusiva de um tribunal especialmente criado para este mistér e que pode ademais da necessidade de um litígio propriamente dito estabelecer preceitos gerais. FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, pp. 17-18.

inconstitucionalidade fosse de competência exclusiva do Tribunal Constitucional. (*Verfassungsgerichtshoj*)<sup>75</sup>.

Até mesmo em relação aos efeitos das decisões, cuja bipolaridade clássica estabeleceu que sendo o modelo kelseniano, tem eficácia *erga omnes* e efeitos *ex nunc*, ou sendo o modelo do *judicial review*, a eficácia é *inter partes* e os efeitos são *ex tunc*, se verifica também a hibridação. A primeira relativização se dá pelo próprio *stare decisis* que acaba por expandir os efeitos que antes eram entre as partes e na prática passa a ser *erga omnes*, dada a regra do *the rule of precedent*, o que torna, nessa medida, o modelo americano análogo ao *Veifassungsgerichtsbarkeit*. De outro lado se tem o modelo alemão, cuja lei, quando declarada incompatível com o *Grundgesetz* pelo Tribunal Constitucional Federal, é considerada nula, o que se opõe ao modelo austríaco e se aproxima do modelo americano<sup>76</sup>.

Ademais, a Corte Suprema americana tem se tornado cada vez mais uma corte que analisa as questões constitucionais de uma forma mais restrita, o que aproxima a sua atuação do modelo austríaco. Segundo Segado e sobre o tipo de demandas da Suprema Corte dos EUA “[...] na atualidade, os casos de natureza constitucional dominam a agenda deste Tribunal, e a maior parte deles suscitam temas de liberdades civis”<sup>77</sup>. (tradução nossa)

Essa mescla entre os sistemas se dá de forma tão acentuada que talvez não seja mais possível se adotar uma tipologia para os sistemas constitucionais<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. **Pensamiento Constitucional**, Año XI, v. 11, n. 11, pp. 19-75, 2005, p. 30.

<sup>76</sup> Ibid., p. 38.

<sup>77</sup> Ibid., p. 40.

<sup>78</sup> Para o autor, o único sistema adotado no continente europeu em que ainda se pode verificar uma homogeneidade é o sistema francês, “pois é um controle legal que é exercido independentemente de sua aplicação, de forma preventiva e monopolizada pelo Conseil Constitutionnel”. (tradução nossa). Ibid., p. 50. No caso francês, o *Conceil Constitutionnel* além do controle de regularidade das eleições, também exerce o controle de constitucionalidade das leis, de modo que quando um texto de lei ou tratado internacional já está definitivamente elaborado mas ainda não promulgado, o Presidente da República, o primeiro Ministro ou o Presidente de uma das câmaras, seja da Assembleia Nacional ou Senado, pode remeter esse texto ao Conselho que terá um prazo de 30 dias, ou em alguns casos de 8 dias para decidir se aquela norma é compatível com a Constituição. O pronunciamento do *Conceil Constitutionnel* é obrigatório nos casos em que se trate de controle relativo às leis orgânicas, que são leis que dizem respeito a organização do próprio Estado. Durante o período de julgamento da constitucionalidade pelo *Conceil*, a promulgação da lei fica suspensa. CAPPELLETTI. op. cit., p.28.

Ainda sobre os sistemas adotados no continente europeu, interessante verificar os modelos em que a mescla ou hibridação salta aos olhos, consoante é o caso de Portugal e Grécia. Aliás, é importante que se rechace a equivocada tipologia denominada de “sistema europeu” de controle de constitucionalidade, considerando-se os diversos e particulares sistemas que existem naquele continente, de maneira alguma, padronizado, conforme se infere da supracitada tipologia. Nesse sentido dispõe Francisco Rubio Llorente para quem: “Falar hoje de um modelo europeu tende a perder todo sentido se considerarmos que as diferenças existentes entre certos sistemas europeus são às vezes mais significativas do que as que geralmente se opõem ao modelo

Em suma, se pode falar de uma dupla hibridação, na medida em que se tem por um lado ordenamentos que fundiram elementos dos dois sistemas clássicos, austríaco e americano, e formou um terceiro gênero, o incidental; e por outro, cada ordenamento (com exceção dos Estados Unidos) não utiliza mais tão somente um modelo, mas reúne os dois sistemas<sup>79</sup>.

No caso da América Latina<sup>80</sup>, o fenômeno da hibridação também se faz presente, aqui de uma forma bastante peculiar, diga-se isto em razão da forte influência do modelo clássico norte-americano nos sistemas adotados pelo conjunto dos países dessa região. Nestes países, os quais adotam o *civil law*, sempre houve grande resistência por parte dos juristas em reconhecer a aproximação do *civil law* com o *common law*. Essa recusa está dentre as causas para a ausência de elementos de coesão, tais como são o *stare decisis* e o sistema de precedentes (*binding ou persuasive*) nesses países. Por outro lado, essa ausência é o que

---

norte-americano.” (tradução nossa). RUBIO LLORENTE, Francisco Rubio. Traduzido por Annabelle Pena-Gaia e Jérôme Tremeau. Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe. **Annuaire international de justice constitutionnelle**, L'école, la religion et la Constitution Constitution et élections, p. 11-29, 12/1996-1997, p. 16. Disponível em: [https://www.persee.fr/docAsPDF/aijc\\_0995-3817\\_1997\\_num\\_12\\_1996\\_1395.pdf](https://www.persee.fr/docAsPDF/aijc_0995-3817_1997_num_12_1996_1395.pdf). Acesso em: 08 ago. 2019.

Esse posicionamento pelo fim da clássica bipolarização dos modelos de controle de constitucionalidade não parece ser o entendimento adotado por Louis Favoreu, o qual ademais de defender essa bipolarização clássica, ainda esclarece quais teriam sido as razões para que o implante do modelo norte-americano fracasse na Europa, e por outro lado, o modelo dito kelseniano tenha obtido êxito no Velho continente. Para o autor, em que pese as diversas tentativas de implante do modelo de justiça constitucional estadunidense nos países europeus (Itália, França, Alemanha), houve segundo Favoreu um fracasso no implante do modelo norte-americano em decorrência das seguintes razões: a) a sacralização da lei, de modo que na Europa desde a revolução de 1789 vigorou um influente pensamento segundo o qual a lei era o próprio direito, a lei era segundo o modelo rousseauiano, infalível e raramente esta visão fora posta em dúvida. Ao passo que nos EUA, a constituição era sagrada, na Europa, sagrada era a lei; b) a incapacidade de o juiz ordinário exercer a justiça constitucional, de modo que a fraqueza do juiz ordinário para lidar com a questão constitucional está atrelada ao seu *status* de magistrado de carreira, sem investidura por via democrática; c) a ausência de unidade de jurisdição é outra causa para o fracasso do implante, de modo que o sistema como o que adotado nos EUA só funcionaria bem ante a existência de uma unidade de jurisdição, e não numa dualidade. Nos países do *common law*, não há separação entre os contenciosos e a dimensão constitucional; d) a insuficiência rigidez da Constituição também pode ser atribuída como causa para o fracasso do implante. FAVOREU, op. cit., pp. 18-22.

Por outro lado, apontam-se diversas razões para que o modelo desenvolvido por Kelsen obtivesse sucesso e ter se expandido pelos países europeus, dentre elas, apontando: a) razões históricas, de modo que em países como Alemanha e Áustria já invocavam esse modelo de um Tribunal do Império com atribuições de uma Corte Constitucional; b) razões teóricas, de modo que da forma como fora elaborada a proposta de Kelsen superava os obstáculos relacionados com a separação de poderes; por fim, c) razões institucionais ou políticas, de modo que a existência de um desenho institucional (parlamentarismo e semi-parlamentarismo) marcado muito das vezes pela estabilidade de um poder majoritário, fez surgir a necessidade de uma justiça constitucional do tipo continental. Ibid, pp. 18-26.

<sup>79</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. **Pensamiento Constitucional**, Año XI, v. 11, n. 11, pp. 19-75, 2005, p. 64.

<sup>80</sup> Analisando o caso da justiça constitucional na América Latina, Favoreu conclui que ai existe mesmo é um modelo próprio, sul-americano, ainda sem características bem definidas, e que nem adotou de fato o modelo estadunidense nem o modelo europeu, posto que coexiste o modelo concentrado com o difuso. Além disso, entende o autor, que mesmo nos países em que se estabeleceu uma Corte Constitucional, consoante é o caso do Chile, a corte está ligada à Corte Suprema, já que possui membros que também são juízes simultaneamente desta. FAVOREU, op. cit., p. 131.

explica o fato de terem sido adotados nesses países diversos mecanismos para evitar a inoperatividade desses elementos de coesão do *common law*<sup>81</sup>.

No que tange, portanto, à hibridação, à circulação e à exportação dos sistemas constitucionais, o fato é que após a ocorrência de recepções acrílicas seja do sistema americano seja do sistema austríaco, o que importa é que cada sistema, considerando “[...] as diversidades estruturais de cada ordenamento – imputáveis à família jurídica pertencente às tradições históricas e culturais, à forma de governo, ao nível de desenvolvimento, etc”<sup>82</sup> (tradução nossa), tem adaptado os modelos ditos clássicos às específicas regras de funcionamento próprias de seu sistema, sendo de fato esse, o caso do sistema brasileiro, reconhecidamente complexo e dotado de inúmeros arranjos estruturais próprios.

#### **2.4.2 A abstrativização como uma das facetas da dupla hibridação no sistema brasileiro**

Uma das principais tendências apontadas no cenário do sistema brasileiro de constitucionalidade é a abstrativização do controle difuso, fenômeno no qual o controle concreto incidental passa a ter um movimento cada vez mais constante na direção de adotar os mesmos efeitos do controle abstrato, em especial, o efeito *erga omnes*. Trata-se de fenômeno debatido principalmente a partir da Recl. n.º 4335/AC<sup>83</sup>, cujo mérito a ser julgado era o de dizer se ações que fossem julgadas pelo STF no âmbito do controle difuso teriam ou não efeitos que ultrapassem as partes litigantes do processo subjetivo. Ademais, trata-se de uma das facetas da dupla hibridação, já que também tem ocorrido a concretização do controle abstrato em outros sistemas constitucionais, consoante já anteriormente demonstrado.

---

<sup>81</sup> PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. Trad. Maria Auxiliadora Castro e Camargo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, p. 59-76, jan/mar. 2005, p. 67. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril\\_v42\\_n165\\_p59.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p59.pdf). Acesso em: 03 ago. 2019.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>83</sup> Trata-se de reclamação interposta pela Defensoria Pública da União contra atos do juízo da comarca de Rio Branco no Acre em razão de suposto descumprimento de decisão do STF no HC 82.959/SP, no qual a Corte havia declarado a inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime nos casos do cometimento de crimes considerados hediondos pela Lei nº 8.072/90, portanto, em sede de controle de constitucionalidade *in concreto*. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4335/AC. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101> Acesso em: 27 jul.2019.

#### 2.4.2.1 A abstrativização e o caso do amianto

Quando se fala em abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, também é importante trazer à discussão o caso do amianto. Trata-se de duas ações diretas de inconstitucionalidade de nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ, e movidas pela Confederação Nacional da Indústria. Nessas ações, alegava-se a inconstitucionalidade da lei estadual de nº 3579/2001 do Rio de Janeiro, por esta contrariar os princípios da livre iniciativa e da liberdade econômica. O STF julgou ambas as ADIN's improcedentes, declarando a lei estadual do Rio de Janeiro constitucional.

Ocorre que no bojo dos debates em plenário, os ministros também declararam incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º da lei nº 9055/99, o qual permitia o uso do amianto crisólito.

Para além de ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade de um dispositivo que se caracterizava como fundamentação das petições apresentadas e não como pedido das partes, o STF deu efeitos *erga omnes* a essa declaração de inconstitucionalidade, inovando o seu próprio entendimento até ali, no sentido de que nas declarações de inconstitucionalidade incidental, os efeitos seriam apenas *inter partes*. Os ministros também argumentaram que o caso reforçava a tese já defendida pelo ministro Gilmar Mendes, de que não haveria a necessidade de manifestação do Senado por via de resolução suspensiva, consoante os termos do artigo 52, X da Constituição da República.

Para Dirley da Cunha Júnior não resta dúvida de que se trata de um caso de abstrativização do controle de constitucionalidade difuso<sup>84</sup>.

Por outro lado, José Roberto Melo Porto e Daniel Adriano Araldi Martins entendem que se tratou apenas de uma ampliação do objeto da ADIN proposta, tendo sido estendidos os efeitos *erga omnes* e vinculantes para uma questão incidental, dentro de uma ação que não cuidava de uma situação concreta, mas sim em sede de controle abstrato. Segundo os autores, o caso do amianto seria um exemplo da teoria da transcendência dos motivos determinantes, já que em sede de controle concentrado todos os dispositivos declarados inconstitucionais

---

<sup>84</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 10ª ed. atua e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 178.

seriam atingidos pelo efeito vinculante, ainda que esses dispositivos constem tão somente como fundamentação<sup>85</sup>.

Esse último entendimento adotado pelos autores, é, aliás, o que se defende nesse texto. Primeiro porque não se tratou de julgamento em sede de controle difuso, mas de julgamento em controle concentrado, de ações diretas de inconstitucionalidade. Ademais, é pacífico que ao analisar uma ação de controle concentrado, toda a matéria é analisada pelo Supremo, todos os dispositivos. O que de fato foi novidade no caso do amianto fora o reconhecimento de inconstitucionalidade de dispositivo que constava como fundamentação da ação, o que demonstra ser um típico caso da teoria da transcendência dos motivos determinantes e não de abstrativização de controle difuso.

#### 2.4.2.2 A abstrativização e a teoria da transcendência dos motivos determinantes

De acordo com a teoria da transcendência, não apenas o dispositivo do acórdão teria efeito vinculante, mas também os motivos determinantes, os motivos que levaram os juízes a decidirem como decidiram.

Em verdade, a teoria é oriunda da Alemanha, e foi pela primeira vez defendida aqui no Brasil por Gilmar Mendes, o qual já há algum tempo vem defendendo a aplicação da mesma em sede de controle de constitucionalidade.

De acordo com o autor, a expressão “efeito vinculante” não seria de uso comum no Brasil, de modo que havia a sua previsão tão somente no regimento interno do STF quando este cuidava dos efeitos da chamada representação interpretativa, introduzida pela EC nº 7/77 (artigo 187 RISTF). Posteriormente a expressão foi novamente referida, desta vez por via de Proposta de Emenda à Constituição de lavra do deputado Roberto Campos (PEC nº 130/1992)<sup>86</sup>.

O projeto inclusive teve a participação de Mendes na elaboração da justificação, na qual se defendia claramente que efeito geral (*erga omnes*) e efeito vinculante eram institutos afins,

---

<sup>85</sup> MELLO PORTO, José Roberto; MARTINS, Daniel Adriano Araldi. STF não adota (ainda) a abstrativização do controle difuso. **Revista Consultor Jurídico**, 10 de maio de 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/opiniao-stf-nao-adota-ainda-abstrativizacao-controle-difuso>. Acesso em: 10 fev. 2020.

<sup>86</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004, p. 149. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>. Acesso em: 04 ago. 2019.

mas diversos. Nele constava o objetivo segundo o qual o efeito vinculante se estenderia para além do dispositivo, abrangendo também os fundamentos ou os motivos determinantes “(*ragende Gründe*)”<sup>87</sup>.

De acordo com Mendes, a EC nº 3/93 que introduziu o efeito vinculante em sede de ações declaratórias de constitucionalidade, inspirou-se indiretamente na Emenda Roberto Campos, e ainda que com algumas deficiências técnicas, buscou diferenciar o efeito *erga omnes* do efeito vinculante<sup>88</sup>.

O efeito vinculante no Brasil é inspirado no *Bindungswirkung* do direito germânico (§ 31, I, da Lei da Corte Constitucional alemã), de modo que por ser algo já há mais de 70 anos desenvolvido na Alemanha, mais do que lógico inspirar-se no modelo tedesco, em que pese a existência das mais diversas contribuições doutrinárias e jurisprudenciais no plano do direito nacional<sup>89</sup>.

A doutrina constitucional alemã há muito vem buscando ampliar os limites objetivos e subjetivos no âmbito da jurisdição estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*). Importantes autores defendiam durante a vigência da Constituição de Weimar que a força de lei não se limitava à questão julgada, havendo também uma proibição de reiteração (*Wiederholungsverbot*) e uma imposição para que normas de idêntico teor, mas que não foram objeto da decisão judicial, também deixassem de ser aplicadas em função da eficácia geral<sup>90</sup>. À época, o entendimento vigente na Alemanha era o de que as decisões proferidas pela Corte Constitucional embora não ostentassem a qualidade de leis (*Gesetzeseigenschaften*), tinham a força de lei. (*Gesetzeskraft*). O tribunal constitucional estaria, nesse caso, assumindo as funções de Parlamento ou estaria realizando uma interpretação autêntica da norma, típica do legislador. Ademais, a interpretação autêntica não seria concebida como lei ordinária, mas como

---

<sup>87</sup> “Além de conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes.” Trecho da Justificativa da PEC nº 130/1992, que também ficou conhecida como Emenda Roberto Campos, e teve a participação na elaboração de Gilmar Mendes. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169446>. Acesso em: 04 ago. 2019.

<sup>88</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004, p. 150. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>. Acesso em: 04 ago. 2019.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> *Ibidem*.



verdadeira reforma constitucional (*Verfassungsgesetzgebung; Verfassungsänderung*) ou de uma decisão com hierarquia constitucional. (*Entscheidung mit Verfassungsrang*)

De acordo com o autor, fora essa convicção de que uma decisão da corte embora não tivesse a qualidade de lei, mas tivesse a força de lei, que levou a doutrina alemã a desenvolver um instituto processual que desse às decisões da corte qualidades diferentes daquelas inerentes à coisa julgada e à força de lei<sup>91</sup>.

De acordo com Mendes, aliás, o efeito vinculante previsto no § 31 da Lei Orgânica da Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), não era algo novo no direito alemão do pós-guerra, já que antes mesmo da lei orgânica e da própria existência do *Bundesverfassungsgericht*, algumas leis que regulamentavam as cortes constitucionais estaduais já previam o efeito vinculante nas decisões desses tribunais<sup>92</sup>.

Para o autor, não resta dúvida de que o modelo de efeito vinculante consagrado pela EC nº 3/1993 está fortemente influenciado no modelo alemão. Além disso, a concepção de efeito vinculante no Brasil adotada estaria influenciada indiretamente pela PEC de Roberto Campos, que embora não tenha sido aprovada em sua inteireza, manteve o instituto do efeito vinculante, o qual deve ser analisado sob as premissas da proposta original<sup>93</sup>.

Segundo Mendes, há na doutrina o entendimento segundo o qual o efeito vinculante deve ficar limitado à parte dispositiva da sentença. Para o autor, a existência dessa posição não é importante simplesmente no aspecto semântico ou teórico, mas tem repercussões de ordem prática<sup>94</sup>. Nesse sentido entende o autor que:

Enquanto o entendimento esposado pelo *Bundesverfassungsgericht* importa não só na proibição que se contrarie a decisão proferida no caso concreto em toda a sua dimensão, mas também na obrigação de todos os órgãos constitucionais de adequar a sua conduta, nas situações futuras, à orientação dimanada da decisão, considera a concepção que defende uma interpretação restritiva do § 31, I, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional que o efeito vinculante há de ficar limitado à parte dispositiva da decisão, realçando, assim, a qualidade judicial da decisão<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004, p. 150. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>. Acesso em: 04 ago. 2019.

<sup>92</sup> Ibidem.

<sup>93</sup> Ibid., p. 151.

<sup>94</sup> Ibidem.

<sup>95</sup> Ibidem.

Segundo Mendes o efeito vinculante atinge não só as partes do processo, mas também os demais órgãos constitucionais federais, estaduais e as autoridades administrativas, não vinculando o próprio *Bundesverfassungsgericht*<sup>96</sup>.

A teoria dos motivos determinantes não se encontra pacífica no meio doutrinário nacional, de tal modo que subsistem hoje duas correntes de pensamento: a corrente restritiva e a corrente extensiva. Para os defensores da primeira corrente, apenas o dispositivo da sentença ou do acórdão é dotado de efeito vinculante<sup>97</sup>.

Para a corrente extensiva, por outro lado, não apenas o dispositivo seria dotado de vinculatidade, mas também a fundamentação, o que nesse sentido quer dizer os motivos determinantes. Não se trata de toda a fundamentação, já que as coisas ditas de passagem ou as observações marginais não teriam essa vinculatidade<sup>98</sup>.

Já no âmbito normativo, primeiro se verifica a adoção do efeito vinculante para a ADC, por via da EC n 3/93, posteriormente adotado também nas cautelares em ADC por via do julgamento da ADC n 4, expandindo-se ainda para a ADIN (art. 28 da Lei n 9868/99) e para a ADPF (art. 10 da Lei n 9882/99), de modo que, na atualidade, apenas nos casos de negativa de cautelar em ADIN, consoante Rcl. 2810<sup>99</sup>.

No âmbito da jurisprudência do STF, o entendimento atual não é pacífico, tendo por vezes o STF adotado a teoria e por vezes a refutado<sup>100</sup>. Fato é que não há ainda uma posição

<sup>96</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004, p. 153. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>. Acesso em: 04 ago. 2019.

<sup>97</sup> Nesse sentido, autores como Oswaldo Palu e Clémerson Merlin Cêve. Para isso ver: PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceito, sistemas e efeitos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 264. Ver também CLÉVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata do controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 113 e 307.

<sup>98</sup> Nesse sentido, estão autores como Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso. Segundo este último autor, a teoria da transcendência dos motivos determinantes se encontra em perfeita consonância com um modelo de racionalização da jurisdição constitucional e de diminuição da carga de trabalho do STF, na medida em que devem ser privilegiadas as teses constitucionais que hajam sido consolidadas no âmbito dos julgamentos pela corte suprema, em sede de controle abstrato. O autor inclusive defende que em todos os julgamentos do STF deveria ficar explicitado os motivos e as razões que ensejaram as decisões, algo que já ocorre no direito anglo-saxão e que se conhece como *holding*. BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 147.

<sup>99</sup> MAUÉS, Antônio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baia. **Direito à igualdade e transcendência dos fundamentos determinantes**, pp. 5700-5723, 2009, p. 5701. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2245.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2245.pdf). Acesso em: 01 fev. 2019.

<sup>100</sup> De acordo com Antônio Moreira Maués e Breno Baia Magalhães, a primeira vez em que o STF teve que se deparar com o tema da transcendência dos motivos determinantes foi nos autos da Rcl. 1987-DF julgada no ano de 2003, cujo relator era o Ministro Maurício Correa. Cuidava-se de discussão acerca da possibilidade de se determinar o sequestro de verbas do Poder Público para o pagamento de dívidas de natureza trabalhista em

do plenário da corte, que ainda não se pronunciou definitivamente sobre a questão. Embora não seja pacífica e esteja consolidada a aplicação da teoria, está claro que há exemplos significativos, que demonstram que a corte está sim disposta a expandir o efeito vinculante para além do dispositivo, o que em nosso entendimento, deve ser visto com cautela, principalmente pela forma como se dão os julgamentos atuais no STF, nos quais não raras vezes, os ministros apresentam fundamentações diferentes para as mesmas questões debatidas, não havendo uma opinião ou entendimento que possa ser considerado propriamente da corte suprema na condição de órgão colegiado que é<sup>101</sup>.

---

contraposição ao exposto no § 2º do artigo 100 da CF/88, que havia sido determinado pela Presidente do TRT-10ª em face de Estado-membro. O argumento do Poder Público assentava-se no que decidido em sede de ADI nº 1662-SP, na qual restou declarada inconstitucional a IN nº 11/97 do TST que equiparava à preterição a não inclusão na lei orçamentária e o pagamento inidôneo. O ministro-relator considerou que conquanto o ato impugnado fosse diferente do que fora o da ADI nº 1662 (na ADI a IN 17/97 TST, e na Rec. 1987-DF, a decisão da Presidente do TRT), a circunstância que embasava ambos os casos era a mesma, de modo que também seria vinculante a interpretação dada pelo STF na ADI 1662-SP no sentido de impedir que fossem criadas por outras vias, novas modalidades de sequestros de verbas que não estivessem previstas explicitamente na Constituição. Posteriormente a essa decisão, tanto se tem verificado a existência de decisões do STF que acolheram a teoria dos motivos determinantes (Rcl-MC 2.986/SE, DJ 18/03/2005; Rcl. 2.363/PA, DJ 23/10/2003 e Rcl.-MC 3.880/SE, DJ 18/11/2005), como casos em que se rejeitou a teoria (Rcl-MC 4.614/ RS, DJ 16/10/2006 e Rcl 2.990-AgR/RN, DJE 14/09/2007). MAUÉS, Antônio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baia. **Direito à igualdade e transcendência dos fundamentos determinantes**, pp. 5700-5723, 2009, p. 5701. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2245.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2245.pdf) . Acesso em: 01 fev. 2019.

<sup>101</sup> Essa situação é referida como a “teoria das onze ilhas”. Trata-se de expressão que fora criada pelo ministro do STF Sepúlveda Pertence ao se referir à relação entre os ministros do Supremo. Nesse sentido assim se manifestou o então ministro Sepúlveda em sede de entrevista ao projeto da FGV Direito Rio, denominado “A História Oral do Supremo: 1988-2013”, sobre o relacionamento entre os ministros da corte, e quando indagado se havia ou não um ritual de sociabilidade entre os membros da corte fora o que se dava no âmbito das sessões plenárias: “Muito raramente. Cheguei a dizer – o ministro Jobim gosta muito de repetir esta frase minha – que éramos onze ilhas incomunicáveis, um arquipélago de onze ilhas incomunicáveis. Realmente, na maior parte dos dezoito anos que passei, as relações pessoais eram extremamente raras. Acontecia de em certos acontecimentos sociais se encontrarem vários ministros, e aí o senso corporativo funcionava muito para que ficassem todos reunidos. Eu sempre fui rebelde a isso. Mas a convivência pessoal era raríssima.” Para maiores detalhes se deve conferir: FONTAINHA, Fernando; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger. (Orgs). **História oral do Supremo: 1988-2013, v. 3: Sepúlveda Pertence**. Rio de Janeiro, RJ, Brasil: FGV Direito Rio, 2015, p. 116. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13672/Hist%c3%b3ria%20Oral%20do%20Supremo%20-%20Volume%2003%20-%20Sep%c3%balveda%20Pertence.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 16 set. 2020.

De acordo com Conrado Hubner Mendes, a forma como se dá a deliberação no STF lembra, metaforicamente, algo como “Onze ilhas”, ou seja, onze ministros apresentam razões e motivações que não se conversam, não são o resultado de um compartilhamento de ideias, e de uma posição institucional do tribunal. Para o autor, os argumentos utilizados pelo STF têm estilo prolixo e arrevesado. São peças clássicas do bacharelismo beletrista. Para Hubner Mendes, ao analisarmos as decisões do STF, veremos que não há argumentos propriamente do tribunal. Não há assim, razões que são compartilhadas pelos membros do tribunal, que não agem como que se fossem parte de um órgão colegiado, agem como se estivessem concorrendo, e não compartilhando. Se for indagado porque o STF decidiu determinada forma não se terá uma resposta, ou melhor, ter-se-ão diversas respostas, respostas que não conversam entre si, 11 (onze) respostas dadas, de forma diferente, por onze ministros. Quando se pretende que as decisões se deem em um órgão colegiado, é porque que se espera que as decisões sejam tomadas com uma qualidade acima das que

### 2.4.2.3 A abstrativização e o papel mutacional do Senado

Outro ponto crucial no debate que gira em torno da abstrativização do controle difuso diz respeito à necessidade de resolução do Senado para que a decisão do STF tenha efeitos *erga omnes*. No debate ocorrido em sede da Recl. 4335/AC discutia-se se a resolução senatorial prevista explicitamente pelo artigo 52, X, da CF/88 teria ou não eficácia. Argumentava-se que o referido dispositivo havia sofrido uma mutação constitucional.

Para os defensores da tese mutacional como argumento do fenômeno da abstrativização, dentre eles, o seu principal idealizador, Gilmar Mendes, a mutação funda-se na situação segundo a qual o legislador haveria reforçado o controle abstrato como forma de correção do controle difuso, fortalecimento esse exemplificado com a ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade<sup>102</sup>. Esse fortalecimento então restringiu sobremaneira o controle difuso, de modo que parece intuitivo que o legislador quisesse dar maior ênfase e importância aos efeitos *erga omnes* do controle abstrato<sup>103</sup>.

Outro argumento utilizado por Mendes é aquele segundo o qual há uma notória contradição no que diz respeito à forma como se consolidou a operacionalização desse mecanismo de suspensão senatorial. Diga-se isso em razão de o nosso sistema ser influenciado pelo *judicial review of legislation* americano, cuja uma das principais premissas é a tese da nulidade dos atos declarados inconstitucionais, com efeitos, portanto, *ex tunc*<sup>104</sup>. Assim, não faz nenhum sentido que se uma lei é nula desde o nascedouro, e tal competência seja reconhecida aos órgãos judiciais, seja necessário que um órgão de natureza política

---

seriam tomadas na seara individual. Mas essa forma de deliberação exige de cada um dos ministros, vontade e disposição para duvidar de suas próprias convicções pessoais, e o reconhecimento de opiniões que sejam institucionais e claras. Os praticantes de uma verdadeira deliberação falam e escutam e não tem receio em serem persuadidos. Se um tribunal quer atingir uma deliberação verdadeiramente vigorosa e que respeite a ordem democrática, deve almejar uma deliberação que seja feita nesse sentido, e não uma deliberação como a que se tem hoje no STF, refém de idiossincrasias enciclopédicas de cada um dos ministros. MENDES, Conrado Hubner. Onze Ilhas. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 01 de fevereiro de 2010. Opinião. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>. Acesso em: 10 jul.2020.

<sup>102</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004, p. 158. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>. Acesso em: 04 ago. 2019.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 161.

<sup>104</sup> Para Sérgio Resende de Barros “é imprescindível entender bem a origem e a lógica dessa competência peculiar, que resultou de uma variação inevitável na transplantação para o Brasil do modo norte-americano de controlar a conformidade das leis com a Constituição”. BARROS. *op. cit.*, p. 233.

como o Senado tenha competência privativa para reconhecer tal nulidade numa perspectiva geral<sup>105</sup>.

Esse não é entendimento de Lenio Streck para quem o papel do Senado quando da resolução suspensiva em sede de controle difuso tem a ver com o modelo de participação democrática, neste caso, indireta do povo, já que sendo o Senado o representante do povo, a exclusão da chancela da Câmara Alta significa também a exclusão do povo como partícipe do controle de constitucionalidade. Ademais, seria como reduzir o importante papel do Senado a uma mera secretaria de divulgação das decisões do STF. A participação da sociedade, neste sentido, ainda que indireta, confere maior legitimidade à decisão tomada no âmbito do controle de constitucionalidade, pois terá passado pelo crivo da própria sociedade, a qual deverá decidir se deseja que uma lei continue ou não válida em todo o território nacional<sup>106</sup>.

Barros defende que o papel do Senado para suspender a execução de uma lei definitivamente declarada inconstitucional pelo STF tem a ver com o princípio da separação de poderes, na medida em que não cabe a ele, entrar no mérito da decisão, nem pode rejeitar a decisão de inconstitucionalidade do STF, mas pode e deve se assim entender, não estender *erga omnes* a decisão do Supremo<sup>107</sup>.

Outro argumento em favor da abstrativização é a tese expansionista defendida por Teori Zawascki, em sua obra “Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional”. Para este autor, nas ações que digam respeito aos efeitos do controle difuso no âmbito do STF, há dois tipos de questões constitucionais a serem resolvidas: a) as que dizem respeito à legitimidade do preceito normativo; e b) as que envolvem a aplicação direta da norma constitucional ao caso concreto. Aqui é importante dizer que nos casos em que se cuide de debate no qual se discute um preceito normativo, os quais têm por característica a generalidade, não tendo, portanto, por finalidade regular casos específicos, mas sim, estabelecer um comando abstrato destinado

---

<sup>105</sup> MENDES, G. F. op. cit., p. 161.

<sup>106</sup> STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e os limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta**, Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Jacarezinho, n. 7, pp. 45-68, 2007, p. 50. Disponível em: [seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72](http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72). Acesso em: 03 ago. 2019.

<sup>107</sup> BARROS, Sergio Resende de. Constituição, artigo 52, X, reversibilidade? **Revista de Informação Legislativa**, v. 40, n. 158, p. 233-239, abr./jun. 2003, p. 235. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/858/R158-14.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 01 ago. 2019.

a ser aplicado a um conjunto indefinido de situações, há uma natural vocação expansiva das decisões sobre a constitucionalidade das normas<sup>108</sup>.

Para a teoria expansiva, as decisões do STF, ainda que em sede de controle difuso, produzem efeitos vinculantes, dando-se como exemplos os casos em que os órgãos fracionários dos tribunais inferiores e de apelação têm que se curvar à decisão do STF, caso o Pretório Excelso já tenha se manifestado sobre determinada matéria, nos casos do incidente de inconstitucionalidade, quando em sede de aplicação do procedimento previsto pelo artigo 97 da CF/88, o que traz segundo o autor maior segurança jurídica, estabilidade e celeridade para o sistema jurídico em geral<sup>109</sup>.

Embora se afirme que essa doutrina não tenha tido sucesso face à ausência de uma cultura valorativa dos precedentes, o cenário parece ser outro, principalmente a partir da edição do Novo Código de Processo Civil, notadamente no que diz respeito à força dos precedentes. Em nosso entendimento, o ordenamento jurídico pátrio tem se voltado cada vez mais para uma cultura precedentalista. No entanto, não se pode dar uma interpretação judicial que a pretexto de explicitar o verdadeiro sentido daquilo que desejava o legislador, acabe, na verdade, por contrariar o próprio sistema organizacional constitucional.

#### 2.4.2.4 O mais recente exemplo da tendência: A objetivação do controle difuso no novo CPC

Nesse ponto do texto adentra-se em tema relativo aos precedentes judiciais no direito brasileiro, especificamente no que diz respeito à vinculação dos tribunais e juízes às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, após a vigência do Novo Código de Processo Civil, o qual consolidou ainda mais uma certa objetivação do controle difuso. Diga-se que consolidou, já que no Brasil, diversos foram os mecanismos criados anteriormente ao Novo Código de Processo Civil para operacionalizar um certo modelo similar ao *stare decisis* americano, com o fito de trazer maior estabilidade e segurança ao ordenamento jurídico nacional.

---

<sup>108</sup> ZAWASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 25-26.

<sup>109</sup> *Ibid.*, pp. 35, 36 e 37.

Para exemplificar essa busca, basta se lembrar da repercussão geral em sede de recurso extraordinário, da súmula vinculante ou da sistemática de recursos repetitivos<sup>110</sup>. No âmbito infraconstitucional, a primeira lei a fazer uma substancial reforma objetivante foi a Lei nº 9.756/98<sup>111</sup>, a qual permitiu que o relator não conhecesse de recurso cuja decisão recorrida estivesse de acordo com jurisprudência do STF. A abstrativização segue o seu curso, e desta feita segue de forma ainda mais expressiva, através do Novo Código de Processo Civil<sup>112</sup>.

Basta ver o que dispõe o artigo 489 § 1º do CPC<sup>113</sup>, que estabelece claramente as figuras do *distinguishing* e do *overruling*, quando exige que o juiz ao decidir só pode deixar de aplicar o precedente nos casos em que demonstrar a distinção do caso em julgamento ou a superação do entendimento. É de fato uma aproximação fundamental entre o *civil law* e o *common law*, que reflete no que diz respeito também às decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade.

---

<sup>110</sup> Aqui importante dizer que o drama do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é justamente a ausência do *stare decisis*, de modo que se tem, ao longo do tempo e das Constituições, se buscado por sucedâneos normativos ao *stare decisis*. Assim ocorre desde a Constituição de 1934 (artigo 91, IV) com a suspensão da execução de lei, de forma *erga omnes*, pelo Senado da norma declarada inconstitucional em definitivo pelo STF; com a cláusula do *full bench* também adotada por via da Constituição de 1934 (artigo 179) e atual artigo 97 da Constituição Federal de 1988; no caso da representação interventiva que permite ao tribunal aferir diretamente a compatibilidade do direito estadual com os princípios sensíveis; a própria adoção do modelo de controle concentrado a partir da EC nº 16, de 26 de Novembro de 1965, que passa a conviver com o modelo do *judicial review of legislation*; a manutenção pela Constituição de 1967 da representação interventiva e principalmente a EC nº 7 de 1977 que passou a permitir que não apenas as decisões do tribunal tivessem efeitos *erga omnes*, mas também as interpretações do tribunal; a Constituição de 1988 que passou a dar maior foco ao controle concentrado em detrimento do difuso; o efeito vinculante introduzido pela EC nº 3 de 1993; a súmula vinculante; e a repercussão geral, a qual seria uma versão brasileira do *writ of certiorari* americano. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Reclamação 4335 e a busca do *stare decisis*. **Revista Consultor Jurídico**, 25 de maio de 2013, Observatório Constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-25/observatorio-constitucional-reclamacao-4335-busca-stare-decisis>. Acesso em: 1 ago. 2019.

<sup>111</sup> A referida lei alterou o artigo 557 do CPC/1973, ao incluir o § 1º ao *caput* do artigo, e assim permitir que o relator negasse ou desse provimento, de forma monocrática, a recurso, nos casos de a decisão recorrida estar ou não de acordo com a jurisprudência consolidada do STF. BRASIL. Lei nº 9756/98. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103446/lei-9756-98>. Acesso 04 Ago. 2019.

<sup>112</sup> Quando se afirma que a abstrativização segue em curso faz-se referência a uma série de alterações normativas abstrativizantes tais como: a) Lei n 10.352/2001 que acresceu ao artigo 475 do CPC/73 o § 3º, dispensando-se o reexame necessário em caso de a decisão de primeiro grau estar em consonância com a jurisprudência do plenário do STF; b) Lei nº 11.276/2006 que alterou o artigo 518 e permitiu que o juízo de primeiro grau não recebesse recurso quando a sentença estivesse de acordo com súmula do STF; c) Lei nº 11.418/06 que regulamentou o instituto da repercussão geral no âmbito do código de processo vigente à época, com a inclusão do artigo 543-A do CPC/1973; d) a mesma Lei n 11.418/06 regulamentou a sistemática dos recursos repetitivos através do artigo 543-B do CPC/1973.

<sup>113</sup> NOVO CPC. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a *existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*. (grifo nosso).

Nesse sentido, interessante também o disposto no artigo 927<sup>114</sup> do CPC, o qual dá comando no sentido de que o juiz deve ao decidir aplicar os precedentes fixados em recursos extraordinários julgados pela sistemática repetitiva (III), bem como levar em conta as súmulas de jurisprudência do STF (IV).

Trata-se dos casos em que o tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei, e fixando a tese da inconstitucionalidade, fica o juiz vinculado a essa decisão da Corte, sendo, portanto, uma autêntica ampliação dos efeitos das decisões dadas em controle difuso. Há ademais, parágrafo do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil que não deixa dúvidas para a verticalização das decisões do STF no que tange ao controle difuso, posto que determina a nulidade da decisão judicial que não leve em conta os precedentes fixados pela Corte Suprema.

Outro exemplo da consolidação normativa da abstrativização está nos artigos 525, § 12<sup>115</sup> e 535, § 5º<sup>116</sup>, ambos do Novo CPC. Tais dispositivos estabelecem que será inexigível a obrigação em título judicial fundado em lei declarada inconstitucional pelo STF. Antes da lei n 11.105/15 havia grande debate. Discutia-se se apenas nos casos em que o STF houvesse declarado a inconstitucionalidade em ADI poderia alegar-se a inexigibilidade de título fundado em lei inconstitucional, ou se também nos casos de declaração no controle difuso pelo STF caberia a inexigibilidade. O debate fundava-se no silêncio do Código de Processo de 1973 que não estabelecia de forma expressa em que casos de declaração de inconstitucionalidade a impugnação ao título caberia, se em controle difuso ou concentrado.

---

<sup>114</sup> CPC. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e **em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;** (grifo nosso). V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

<sup>115</sup> CPC. Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, **em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.** (grifo nosso)

<sup>116</sup> CPC Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: § 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal em **controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.** (grifo nosso)



A menção expressa do novo CPC aos controles difuso e concentrado consolida ainda mais um modelo de aproximação entre os dois sistemas de controle no Brasil, sendo pertinente afirmar que se trata de uma tendência cada vez mais presente também em nível infraconstitucional

## 2.5 TENDÊNCIAS NOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO PLANO DOS SISTEMAS DE CONTROLE

Antes de adentrar no tema propriamente dito, é preciso ressaltar que o controle de constitucionalidade em si é uma jurisdição política<sup>117</sup>. Para além dessa concepção muito direta no que concerne ao controle de constitucionalidade, também se pode dizer o mesmo da jurisdição constitucional, a despeito de ser a jurisdição constitucional um conceito mais amplo, também a ela se aplica a ideia de decisão política.

Essa é a compreensão de Hans Peter Schneider, que ao analisar as limitações da jurisdição constitucional, entende que os limites da atuação do tribunal constitucional não podem ser obtidos pela mera diferenciação entre Direito e Política, já que a jurisdição constitucional é em si mesma justiça política, seja porque tem de lidar com um objeto político, que é o direito constitucional, seja porque os seus membros são designados por instâncias políticas e suas sentenças têm efeitos políticos<sup>118</sup>.

Para além dessa perspectiva ontológica do controle de constitucionalidade como jurisdição política, o que se pretende apresentar nesse ponto do texto é o fenômeno da judicialização da política, cada vez mais constante dentro das democracias constitucionais.

No que concerne aos sistemas de controle de constitucionalidade, uma das causas para essa judicialização parece ser o neoconstitucionalismo, consoante adiante se tentará demonstrar. Ou seja, como a judicialização da política tem por uma de suas causas a centralidade das constituições, nada mais lógico do que os demandantes apoiarem-se em argumentos de índole constitucional para fundamentarem a transferência dos debates antes realizados por outras instâncias políticas, para o campo judicial. Isso faz com que a

<sup>117</sup> Segundo Duverger, embora se trate de um juiz, este acaba por decidir sobre matérias políticas. DUVERGER, Maurice. **Le système politique français**. Paris: Puf, 1996, p. 196.

<sup>118</sup> SCHNEIDER, Hans Peter. Jurisdicción Constitucional y Separación del Poderes. Trad. Joaquin Abellan. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 2, n. 5, pp. 35-61, mayo-agosto.1982, pp. 38-39. Disponível em: [dianel.unirioja.es.articulo.pdf](http://dianel.unirioja.es/articulo.pdf). Acesso em: 05 mai. 2020.

constitucionalidade das normas seja posta em debate e os sistemas de controle em uso. Essa justiciabilidade do direito constitucional é reconhecida por Schneider, ao dizer que o direito constitucional é justiciável como um todo, e não apenas por seu escopo e abertura, mas porque o tribunal constitucional não pode deixar de decidir em casos de violações específicas no caso concreto, sob o pretexto de falta de justiça<sup>119</sup>.

### 2.5.1 Conceito e as causas para a judicialização da política

O *neoconstitucionalismo*<sup>120</sup> se mostrou como fator fundamental que impulsionou a judicialização das políticas, na medida em que, a partir dessa corrente jusfilosófica se passou a defender uma centralidade das constituições e a mudança de visão em relação aos textos constitucionais como tendo vocação normativa<sup>121</sup>, com fins de assegurar direitos inclusive contra maiorias legislativas, por meio de sistemas bem estruturados de justiça constitucional. A presença dessas formas de justiça constitucional acabou estimulando a judicialização da política, posto que se permite que tais sistemas invalidem atos do Legislativo e do Executivo, bem como, permitindo que qualquer cidadão ou demais grupos sociais possam articular suas demandas na linguagem dos direitos<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> SCHNEIDER, Hans Peter. Jurisdicción Constitucional y Separación del Poderes. Trad. Joaquin Abellan. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 2, n. 5, pp. 35-61, mayo-agosto.1982, pp. 38-39. Disponível em: [dianel.unirioja.es.articulo.pdf](http://dianel.unirioja.es/articulo.pdf). Acesso em: 05 mai. 2020.

<sup>120</sup> Sobre neoconstitucionalismo ver o texto de Luis Roberto Barroso em que ele desenvolve o conceito desse fenômeno, inclusive a partir dos marcos teórico, filosófico e histórico. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, pp. 1-42, Abr./Jun. 2005.

<sup>121</sup> Essa vocação normativa da constituição que é apontada por Barroso como uma das características do marco teórico é bem desenvolvida por Konrad Hesse ao debater o que ficou convenionado como a “teoria da força normativa da Constituição” em que o autor diverge da ideia de Ferdinand Lassalle, em sua obra “A Essência da Constituição” segundo a qual a Constituição só tem validade quando expressa os fatores reais de poder, ou seja, se representar de fato uma constituição real, e não uma mera folha de papel. LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985. Para Hesse, a Constituição jurídica possui existência autônoma, e retira sua força ativa de sua pretensão de alcançar eficácia. Entre outros pontos, o autor também aborda os critérios que ele entende serem imprescindíveis para o desenvolvimento da força normativa da constituição. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

<sup>122</sup> YEPES, Rodrigo Uprimy. A judicialização da política na Colômbia: Casos, Potencialidades e riscos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 4, n. 6, pp. 52-69, 2007, pp. 60-61. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452007000100004&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452007000100004&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 15 abr. 2020.

No plano do controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal tal estado de coisas tem sido mais pungente, e tem sido nomeado de “supremocracia”<sup>123</sup>, situação na qual, por quase todo tipo de assunto ter se constitucionalizado, tudo acaba por ter que ser decidido pela corte. Nos últimos anos, aliás, se tem notado uma postura ainda mais extrema no que diz respeito à forma de deliberação no âmbito do STF, denominada de “ministocracia”<sup>124</sup>.

A supremocracia é então um dos prismas pelo qual se pode notar a judicialização da política nesse caso no âmbito do STF. Analisando o papel político de destaque que tem desempenhado o STF na democracia brasileira, aponta Vilhena que não há tribunal dos países considerados democráticos, que detenha tanto protagonismo quanto o STF, talvez somente a

---

<sup>123</sup> Esse conceito foi desenvolvido pelo professor Oscar Vilhena para quem “supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição. A supremocracia é uma consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira.” VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 128.

<sup>124</sup> De acordo com Diego Werneck e Leandro Molhano, nos últimos anos no Brasil, diversas questões têm sido decididas no âmbito do STF, tais como o impeachment de Dilma Rousseff, a Operação Lava Jato e suas implicações para as garantias constitucionais, as manobras de Eduardo Cunha, de modo, que o STF tem se tornado o centro de debate e decisão para essas questões. Em que pese essa situação já ter sido anunciada por Vilhena sob a denominação de “Supremocracia”, em uma época de estabilidade política, os autores enfatizam a existência de um outro problema que também tem como protagonista o STF, que é o fato de o poder judicial estar sendo exercido nesses últimos anos de forma individual por ministros do STF, sem participação efetiva do plenário da Corte Suprema e eventualmente até mesmo contra deliberações que foram expedidas no âmbito do plenário. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministocracia: O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro**. **Novos estudos**, CEBRAP, São Paulo. v. 37. n. 01, pp. 13-32. Jan.–Abr. 2018, pp. 13-14.

Os autores reconhecem que as liminares concedidas de forma individualizada pelos ministros do STF embora sejam a face mais clara do problema, não é a única forma pela qual se verifica que os ministros podem individualmente moldar e afetar a política no Brasil, a exemplo do pedido de vistas. Os ministros então teriam outros mecanismos ou recursos para afetar a política. Sobre isso, os autores citam o pedido de vistas do Ministro Gilmar Mendes que acabou por suspender o andamento do processo de cassação da chapa Dilma-Temer por vários meses. *Ibid.*, p. 14.

Há uma série de mecanismos que podem e têm sido combinados pelos ministros como, por exemplo, o poder de decidir monocraticamente liminares ou o poder de liberar ou não uma liminar para apreciação da turma ou do plenário, criariam o que os autores chamam de “*judicial review individual*”, em que não se verifica nenhum tipo de controle a ser exercido pelo plenário do tribunal. *Ibid.*, p. 15.

Sobre o poder do relator e as alterações processuais promovidas nos últimos anos, há interessante estudo realizado por Ivar Hartmann e Livia da Silva Ferreira. Analisando os dados obtidos de estudo denominado “Supremo em números” da FGV- Direito Rio, os autores concluíram que o STF parece ter adotado a prática das decisões monocráticas, tanto em sede de controle difuso, onde as taxas variadas de sucesso indicam posicionamentos divergentes entre os membros do tribunal, bem como no controle concentrado, o que acaba fazendo com que o STF deixe de ser efetivamente um tribunal para ser um conjunto de juízes individuais autônomos. O aumento do poder do relator parece ter resultado no STF, na consolidação de uma prática ruim de decisões que se dão de forma exclusivamente monocrática em sede de controle difuso, o que consequentemente é o que também explica a ausência de pudor dos ministros para decidir também majoritariamente de forma monocrática, também os processos do controle abstrato de constitucionalidade. HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Livia da Silva. **Ao Relator, Tudo: O Impacto do Aumento do Poder do Ministro Relator no Supremo**. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p.268-283, jan./dez. 2015, p. 278.

Corte Suprema da Índia<sup>125</sup>. As causas para a ampliação do papel político do STF, o autor aponta, dentre outras razões, o que ele chama de ambição constitucional, que seria o fato de o constituinte originário, desconfiado do legislador, ter regulado amplamente os temas em nível constitucional, deixando pouco espaço para o poder político. Essa situação fez com que sendo qualquer matéria de índole constitucional, logo desaguasse todo e qualquer litígio no STF, ampliando sobremaneira o número de processos a serem julgados pela corte ao longo dos anos<sup>126</sup>.

No plano do controle difuso, embora menos recorrente que no concentrado, os demandantes apoiam-se, muitas vezes, na força normativa, e, portanto, vinculante dos princípios constitucionais, tais como são exemplos a utilização de princípios como da impessoalidade, da moralidade, dignidade da pessoa humana, da inafastabilidade jurisdicional, para ficar em alguns, a fim de que por via desse argumento constitucional, suas demandas, cujas resoluções dependiam de instâncias políticas tradicionais, sejam transferidas para o âmbito da competência do Poder Judiciário.

De acordo com Rodrigo Yepes, a judicialização da política consiste na transferência das decisões que antes eram dadas pelos atores políticos para o campo judicial<sup>127</sup>.

Luis Roberto Barroso, também conceitua a judicialização, e nesse sentido, a diferença do ativismo judicial. Para ele, e em que pese a judicialização e o ativismo judicial serem primos, no caso brasileiro, a judicialização é um fato decorrente do modelo constitucional que se adotou por aqui, e não um exercício deliberado de vontade política. De modo que em todos os casos em que se tratou de judicialização, e o autor aponta diversos exemplos em que o STF teve de atuar, não restou à corte outra alternativa, porque era o que cabia ao Judiciário fazer. Além disso, se uma norma constitucional permite que se requeira uma pretensão objetiva ou subjetiva, deve o magistrado conhecê-la e decidir sobre essa pretensão<sup>128</sup>.

O ativismo judicial por outro lado, é um modelo no qual se verifica uma atitude, um modo de atuar e interpretar a Constituição de forma proativa, que expande e amplia os sentidos da Constituição. Instala-se quando se verifica uma retração por parte do Poder

---

<sup>125</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV** 8, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul/dez. 2008, p. 445. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 447.

<sup>127</sup> YEPES, Rodrigo Uprimy. A judicialização da política na Colômbia: Casos, Potencialidades e riscos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 6. Ano 4, pp. 53-69, 2007, p. 53.

<sup>128</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Cadernos [SYN]THESIS**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 25-26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 20 abr. 2020.

Legislativo, e de um distanciamento entre a classe política e a sociedade, o que impede que as demandas sociais sejam plenamente atendidas<sup>129</sup>.

Há ademais o entendimento segundo o qual a judicialização da política se refere ao que em verdade são três processos inter-relacionados<sup>130</sup>, conceito que é adotado nesse texto por se entender que seja o mais completo.

No aspecto mais abstrato consiste na disseminação do discurso, jargão e procedimentos legais para as questões políticas. Há notadamente uma ascensão do discurso e jargão jurídicos em praticamente todos os aspectos da vida moderna. Essa ascensão se demonstra mais notavelmente ao analisar que grande parte dos foros de tomada de decisão e de formulação de políticas estão subordinados a um conjunto de normas e procedimentos quase judiciais<sup>131</sup>.

Um segundo aspecto da judicialização da política, a mais importante para as considerações deste texto<sup>132</sup>, é a expansão dos juízes e tribunais na determinação dos resultados das políticas públicas, através principalmente de revisões, do redesenho judicial das fronteiras burocráticas entre os órgãos estatais e de jurisprudência de direitos<sup>133</sup>.

Segundo Hirschl não há uma semana sequer em que não vejamos a atuação de um tribunal em algum lugar do mundo em que este não emita uma sentença inerente ao escopo da proteção a direitos constitucionais, ou inerente à imposição de limites aos poderes Legislativo e Executivo. Ademais, se vêem decisões que envolvem liberdades civis clássicas, bem como aspectos relacionados aos direitos de privacidade e igualdade, que certamente expandem os limites da esfera privada protegida pela constitucionalidade, antes percebida como infringida

---

<sup>129</sup> Com a *devida venia*, o entendimento de Barroso, ao classificar e diferenciar, tal como ele fez, modos de atuação judicial ora como judicialização da política ora como ativismo não parece ter efeito prático, na medida em que juízes poderão dizer retoricamente que estarão adotando determinada medida judicial, baseado na necessidade de intervenção, ou seja, “era o que cabia ao judiciário fazer” (judicialização da política) e não realizando interpretações proativas que expandem os sentidos da constituição (ativismo). Tentando solucionar essa lacuna, o autor apresenta em seu texto, diversos exemplos do que para ele teriam sido exemplos no STF de judicialização da política. No entanto, também nos parece que esses exemplos podem ser facilmente manipulados no interesse de quem pretende conferir ares de judicialização, e, portanto de legitimidade de atuação, a uma postura que de fato se mostra ativista e ilegítima, utilizando-se para isso de um bom argumento retórico.

<sup>130</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization the Politics. **The Oxford Handbook of Political Science**. (ed) GOODIN, Robert E. Online Publication, Date: Sep 2013, p. 3.

<sup>131</sup> Ibidem.

<sup>132</sup> Esse segundo aspecto defendido por Hirschl entende-se como um conceito muito próximo de ativismo judicial, atuação judicial que não nos parece ser a mais adequada, e razão pela qual se defende o ativismo dialógico.

<sup>133</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization the Politics. **The Oxford Handbook of Political Science**. (ed) GOODIN, Robert E. Online Publication, Date: Sep 2013, p. 3.

apenas pelos braços do estado. A expansão de uma jurisprudência de liberdades civis redefiniu, segundo Hirschl, diversas áreas políticas que envolvem liberdades individuais<sup>134</sup>.

Por fim, há uma terceira classe emergente de judicialização da política, a qual o autor denomina de judicialização da megapolítica, ou seja, questões relativas à definição de políticas centrais que definem políticas inteiras. São questões como: judicialização dos processos eleitorais, escrutínio judicial das prerrogativas do Poder Executivo nas áreas de planejamento macroeconômico ou questões de segurança nacional<sup>135</sup>.

Essa emergente expansão acaba por fazer os tribunais se envolverem em questões para além dos direitos constitucionais, levando a judicialização da política a um limite nunca anteriormente visto. Os tribunais se transformam em um elemento crucial dentro do aparato nacional no que se refere à formulação de políticas públicas em seus respectivos países<sup>136</sup>.

Pelo que se vê, a judicialização da política tem consistido em um fenômeno cada vez mais comum e consistente, e não apenas em países considerados de terceiro mundo, nos quais se verifica enorme deficit no grau de efetividade dos direitos e preceitos constitucionais fundamentais, mas também em outros, com um bom ou ótimo grau de desenvolvimento econômico e efetividade dos direitos constitucionais.

Em verdade, as razões para que esse fenômeno tenha um alcance global seriam várias. Para Hirschl existem razões ou fatores de três categorias que ajudariam a explicar a judicialização da política, sendo eles: a) características institucionais; b) comportamento judicial; e c) determinantes políticos<sup>137</sup>.

Por característica institucional o autor entende a existência de um Poder Judiciário razoavelmente independente, com um tribunal máximo respeitado e bastante ativo<sup>138</sup>.

Partindo dessa premissa, Yepes identifica que no caso da América Latina, tem se notado um esforço para fortalecer o Poder Judiciário e assegurar a sua independência como elemento essencial do estado. Nesse sentido, diversos foram os fatores que impulsionaram esse fortalecimento do poder Judiciário na América Latina, dentre os quais está o papel de grupos de direitos humanos que se colocaram contrários a regimes autoritários e que defenderam o fortalecimento do Poder Judiciário como elemento essencial para a consolidação da

<sup>134</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization the Politics. **The Oxford Handbook of Political Science**. (ed) GOODIN, Robert E. Online Publication, Date: Sep 2013, p. 3.

<sup>135</sup> Ibid., p. 4.

<sup>136</sup> Ibid., p. 5.

<sup>137</sup> Ibid., p.11.

<sup>138</sup> Ibidem.

democracia, bem como a influência de entes estrangeiros com vistas a realizar investimentos nos países e ter dentro destes cenários, segurança jurídica, por via de um Poder Judiciário forte e independente<sup>139</sup>.

Além da independência do Judiciário, Hirschl relaciona a causa institucional com a existência de um amplo catálogo de direitos previstos pela Constituição. Se a carta política não lista direitos tangíveis e defensáveis pelos indivíduos, a revisão judicial será amparada em princípios e ficará restrita a questões puramente processuais. A inexistência de direitos tangíveis fará muito improvável a intervenção do Poder Judiciário para definir questões altamente políticas, politizadas ou em questões morais fundamentais<sup>140</sup>.

A existência de um catálogo de direitos e mecanismos de revisão judicial, por outro lado, dá uma estrutura funcional aos tribunais que lhes permitem ser mais vigilantes no que se refere à proteção dos direitos e liberdades fundamentais de uma sociedade. Permite ainda que os tribunais expandam a sua jurisdição para lidar com questões morais fundamentais<sup>141</sup>.

Para Hirschl, em países que adotaram leis de direitos e procedimentos ativos de revisão judicial, pode-se sim, esperar um crescimento significativo na frequência da revisão judicial, e uma conseqüente intromissão do Poder Judiciário no escopo das atribuições dos poderes Legislativo e Executivo<sup>142</sup>.

A judicialização, no entanto, não pode ser atribuída somente à existência de uma estrutura institucional tão somente, sendo que depende também de uma disposição ou comportamento do Poder Judiciário de querer se envolver na formulação de políticas públicas<sup>143</sup>.

Os tribunais e os juízes não tomam decisões de uma maneira fundamentalmente diferente da forma como outros ramos do governo tomam as suas decisões. Os tribunais são entes políticos, não apenas pela forma como se dá a sua constituição, mas também porque os seus determinantes políticos no que se refere à tomada de decisões não difere tão drasticamente dos determinantes que são usados por outros funcionários públicos quando estes tomam decisões. Nesse sentido, pode-se dizer que o comportamento judicial, em especial dos tribunais constitucionais ao se depararem com questões altamente carregadas

---

<sup>139</sup> YEPES, Rodrigo Uprimy. A judicialização da política na Colômbia: Casos, Potencialidades e riscos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 6. Ano 4, pp. 53-69, 2007, p. 60.

<sup>140</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization the Politics. **The Oxford Handbook of Political Science**. (ed) GOODIN, Robert E. Online Publication, Date: Sep 2013, p. 11.

<sup>141</sup> Ibidem.

<sup>142</sup> Ibidem.

<sup>143</sup> Ibid., p. 13.

politicamente podem sim ser motivados por metanarrativas nacionais, preferências ideológicas pessoais, capacidade de resposta à opinião pública e considerações estratégicas em relação a outros poderes<sup>144</sup>.

Nesse sentido, assume imprescindível importância a questão das considerações estratégicas como uma das motivações para um determinado comportamento judicial. Isso porque, tanto quanto as demais instituições, os tribunais e os juízes são atores estratégicos que buscam, em grande medida, aprimorar a sua posição frente aos demais poderes que tomam decisões, bem como buscam um maior campo de influência política e reconhecimento internacional<sup>145</sup>.

Consequência disso é que as decisões dos tribunais, especialmente dos tribunais constitucionais, não podem ser vistas como meros atos profissionais ou jurisprudências apolíticas, mas também resultado das escolhas estratégicas dos juízes. Nesse sentido, os tribunais podem perceber que devem atuar em determinadas circunstâncias a fim de fortalecer seu *status* como órgãos decisórios nacionais<sup>146</sup>.

No fim das contas, retratar os juízes e os tribunais como principal causa ou fonte da judicialização também é um equívoco.

Como qualquer outra instituição política, e os tribunais são uma instituição política, eles não operam no vácuo institucional ou ideológico. O seu estabelecimento não pode ser compreendido separadamente da existência de lutas sociais, políticas e econômicas que moldaram um determinado sistema político. Embora sejam elementos essenciais na compreensão da judicialização, não podem os tribunais ser vistos como causas isoladas da judicialização, razão pela qual se deve falar em determinantes políticos<sup>147</sup>.

Certamente que uma estrutura constitucional favorável e um Judiciário ativo são condições essenciais para a judicialização, mas o número altíssimo de judicialização não se desenvolve nem se sustentaria sem que houvesse uma receptividade, um apoio seja tácito ou expresso da esfera política<sup>148</sup>.

Nesse sentido, importante ressaltar o desencanto da sociedade civil com a política partidária, o que fez com que certos setores da sociedade buscassem respostas judiciais aos

---

<sup>144</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization the Politics. **The Oxford Handbook of Political Science**. (ed) GOODIN, Robert E. Online Publication, Date: Sep 2013, p. 14.

<sup>145</sup> Ibidem.

<sup>146</sup> Ibidem.

<sup>147</sup> Ibid., p. 15.

<sup>148</sup> Ibidem.



problemas que antes deveriam ser solucionados por setores políticos. É importante observar o fato de que ao enfrentar temas como da corrupção política, os juízes passaram a ter uma importante notoriedade pública e respaldo dos cidadãos, o que gerou um paradoxal deslocamento da legitimidade democrática dos setores políticos para o setor judicial<sup>149</sup>.

É fundamental que se entenda que a expansão do poder judicial e judicialização da política estão intrinsecamente também ligadas à própria existência da democracia como regime. É dizer que a própria ideia de democracia implica alguma forma de separação de poderes, e que nesse contexto, se faz necessário para efeito de estabilidade desse regime democrático, um Judiciário que seja semiautônomo, supostamente apolítico, para servir como árbitro das disputas sobre o alcance e natureza das regras fundamentais do jogo político. Ou seja, quanto mais democrático seja um país, mais tribunais haverá. Mas essa proliferação da democracia não explica totalmente as variações e os níveis de judicialização nas novas democracias<sup>150</sup>.

Além disso, é preciso ressaltar como determinante político, o fato de atores políticos estarem interessados em conseguir os seus objetivos sem perderem credibilidade junto ao seu público. Ou seja, a transferência de questões altamente controversas do ponto de vista moral e político, para o campo judicial, oferece um refúgio conveniente para políticos que não estão dispostos ou são incapazes de resolver essas disputas políticas na esfera pública<sup>151</sup>.

### 2.5.2 Possíveis causas para a judicialização no Brasil

Dentro ainda do que se pode denominar de fatores institucionais, Luis Roberto Barroso, analisando as causas para a judicialização no Brasil, aponta para a redemocratização do país, especialmente a partir da Constituição de 1988, que estabeleceu diversas garantias aos magistrados, e definitivamente transformou o Poder Judiciário nacional de um mero departamento técnico-especializado para um verdadeiro poder político, dando poder para que

<sup>149</sup> YEPES, Rodrigo Uprimy. A judicialização da política na Colômbia: Casos, Potencialidades e riscos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 6. Ano 4, pp. 53-69, 2007, p. 60.

<sup>150</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization the Politics. **The Oxford Handbook of Political Science**. (ed) GOODIN, Robert E. Online Publication, Date: Sep 2013, p. 15.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 17.

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Rodrigo Uprimy Yepes, para quem a judicialização se deve ao interesse de certos atores políticos, é dizer que certos atores políticos para não assumir os custos de suas decisões, ou ainda para dar continuidade a questões em que se verificou um bloqueio em nível institucional, especialmente em temas sensíveis, acabam por despolitizar esses temas e transferem para os juízes esses assuntos. (YEPES, op. cit., p. 60).

o Judiciário fosse capaz de fazer valer a Constituição, inclusive, entrando em confronto com os demais poderes<sup>152</sup>.

Dentro desse contexto, o autor também considera importante o ambiente democrático, que segundo ele, reavivou a ideia de cidadania, de modo que as pessoas passaram a ter maior consciência de seus direitos, e a partir daí passaram a buscar que esses direitos fossem respeitados mediante a utilização do Poder Judiciário<sup>153</sup>.

Além disso, também fora importante a expansão institucional do Ministério Público que deixou de ser um atuante exclusivo dos assuntos penais, bem como a presença da Defensoria Pública em diversas partes do país<sup>154</sup>.

A outra causa, segundo o autor, é a constitucionalização mais abrangente, o que significa dizer que uma grande quantidade de assuntos passou a ter assento na Constituição, assuntos que eram anteriormente debatidos no seio do processo legislativo majoritário e que faziam parte da legislação ordinária<sup>155</sup>.

A última causa para a judicialização no Brasil é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Para o autor, o fato de o nosso sistema ser híbrido e eclético, conformando tanto o modelo americano quanto o modelo europeu, com a utilização da ação direta e nesse caso, com a possibilidade de que determinadas matérias sejam levadas direta e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal, favoreceram a judicialização<sup>156</sup>.

Nesse mesmo sentido, entende Barroso que também se faz importante mencionar a ampliação da legitimidade no que se refere à propositura das ações de controle de constitucionalidade, o que segundo o autor demonstraria um modelo de propositura amplo, previsto no artigo 103, pois permite que órgãos sejam públicos ou privados, entidades de classe de caráter nacional e confederações sindicais possam ajuizar ações diretas no STF, o que resulta no fato de que qualquer questão política ou moral relevantes possam ser debatidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal<sup>157</sup>.

É pertinente tecer uma crítica ainda que sem a devida profundidade ao sistema de controle constitucional brasileiro, especialmente no que se refere ao que ainda se entende

---

<sup>152</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Cadernos [SYN]THESIS**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 24. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 20 Abr. 2020.

<sup>153</sup> Ibidem.

<sup>154</sup> Ibidem.

<sup>155</sup> Ibidem.

<sup>156</sup> Ibidem.

<sup>157</sup> Ibid., pp. 24-25.

como um restrito acesso das minorias ao STF, de tal modo que se faz necessária uma calibragem<sup>158</sup> do sistema constitucional que permita o acesso de setores menos favorecidos à jurisdição constitucional.

### **2.5.3 Vantagens e desvantagens da judicialização da política e o ambiente propício para um novo modelo de processo civil**

Fato é que a judicialização política tal como descrito não está imune a críticas. Para Yepes, a judicialização da política, bem como o protagonismo judicial frente à solução dos problemas de ordem política e social, apresenta potencialidades e riscos<sup>159</sup>.

Assim, vê-se que do ponto de vista dos riscos, a judicialização da vida política em excesso pode afetar a própria legitimidade da administração da justiça, posto que os juízes não têm, ao longo do tempo, a capacidade de solucionar tantos desafios. Tal situação não decorre tão somente do número de problemas que os tribunais e os juízes têm de resolver, mas dos tipos de problemas. Assim determinados tipos de assuntos podem não ter o Judiciário como local propício para a resolução desses problemas, levando inclusive à ocorrência de erros judiciais<sup>160</sup>.

Pode ainda gerar um contraste entre uma justiça protagonista e visível e uma justiça invisível. Assim, pode acontecer de, nos grandes debates políticos, haver um protagonismo judicial, mas por outro lado isso pode até servir de argumento para o desvio de objetivos e ainda para a própria debilitação do aparato judicial. Pode haver um encontro perverso entre uma justiça protagonista no que se refere aos grandes debates políticos e uma justiça invisível, que tende à rotinização dos casos ordinários, que os julga de maneira ineficiente e parcial, consoante é exemplo, a impunidade penal no contexto colombiano<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> Entende-se que o nosso sistema de controle de constitucionalidade, em especial no que diz respeito ao acesso de minorias invisibilizadas e esquecidas à jurisdição constitucional ainda precisa ser substancialmente calibrado. Nesse sentido, a judicialização tende a dar voz apenas àqueles mesmos atores de sempre que ocupam os assentos mais nobres das instituições mais proeminentes da nossa estrutura constitucional, como é o caso da Procuradoria-Geral da República, do Presidente da República ou do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

<sup>159</sup> YEPES, Rodrigo Uprimy. A judicialização da política na Colômbia: Casos, Potencialidades e riscos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 6. Ano 4, pp. 53-69, 2007, p. 65.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>161</sup> *Ibid.*, pp. 66-67.

Tende a judicialização ainda a politizar os conflitos sociais. Os tribunais e os procedimentos judiciais podem servir de cenário para atores políticos com fins diversos, o que pode acarretar em uma desestabilização do papel do Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais das pessoas e das regras do jogo democrático. O direito deixa de ser a regra geral que todos reconhecem para ser aquilo que convém e, pior, ainda, ser manipulado conforme os interesses de grupos. Essa situação levaria a opinião pública a desconfiar das decisões do Poder Judiciário, o que pode comprometer a legitimidade do próprio sistema de justiça, ainda mais grave em democracias precárias em que a independência do Judiciário está pouco consolidada<sup>162</sup>.

A judicialização implica, além disso, uma desmobilização dos grupos sociais e no aparecimento de homens providenciais, capazes de solucionar todos os problemas. Um dos problemas da judicialização é que pode se imaginar que todos os problemas complexos possam ser resolvidos por via de sutilezas jurídicas e sem a presença da participação democrática, cabendo a solução desses problemas a juízes e fiscais providenciais. Os riscos de decisões antidemocráticas e autoritárias são enormes, pois a sociedade tenderia a confiar cada vez mais em homens providenciais, capazes de restaurar as virtudes e de solucionar todos os problemas<sup>163</sup>.

De outro lado, muitas são as potencialidades da judicialização da política. Uma delas é que ela impede que ocorram abusos por parte dos órgãos públicos, das maiorias sobre as minorias marginalizadas e estigmatizadas social e politicamente. A linguagem dos direitos deve ser vista assim não como empecilho à democracia, mas como garantia de suas pré-condições.

Em que pese serem os órgãos judiciais, órgãos não majoritários, têm sido eles os responsáveis pelo reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, imprescindíveis para as democracias contemporâneas. São esses direitos que permitem o debate democrático, por via do direito à livre expressão. Os direitos de associação, os direitos políticos, são esses direitos que permitem que os cidadãos possam verdadeiramente deliberar para se autogovernar<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> YEPES, Rodrigo Uprimy. A judicialização da política na Colômbia: Casos, Potencialidades e riscos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 6. Ano 4, pp. 53-69, 2007, p. 67.

<sup>163</sup> Ibidem.

<sup>164</sup> YEPES, Rodrigo Uprimy. A judicialização da política na Colômbia: Casos, Potencialidades e riscos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 6. Ano 4, pp. 53-69, 2007, pp. 65- 66.

Por fim, parece ser a judicialização um dos meios quando se verifica a ocorrência de bloqueios políticos no sistema, bloqueios que tornam esse sistema incapaz de reagir às práticas de corrupção. Nesse sentido, as intervenções do Judiciário, como ente parcialmente externo, podem resultar na transformação de contextos políticos praticamente impossíveis de serem transformados desde dentro do próprio sistema político<sup>165</sup>. Este fenômeno pode servir ainda como catalisador de mobilizações sociais e políticas, já que dá poder a certos grupos sociais e facilita as suas ações dentro de um contexto político e social<sup>166</sup>.

Por fim, cuida-se apontar para uma perspectiva pouco debatida no que se refere à judicialização da política. Antes, porém, se faz necessário apresentar um rápido recorte acerca da constitucionalização dos direitos<sup>167</sup>, o que desde logo se deixa claro, numa perspectiva do que vem ocorrendo no Brasil.

A constitucionalização dos direitos, dentre outras acepções pode ser entendida como o fato de o direito constitucional ter se irradiado para outros ramos do direito, o que fez com que houvesse também uma interpretação do direito como um todo, e digo de todos os ramos

---

<sup>165</sup> Ibid., p. 66.

<sup>166</sup> Ibidem.

<sup>167</sup> De acordo com Ricardo Guastinni o termo constitucionalização do direito quer dizer um processo de transação do ordenamento jurídico, ao final da qual o ordenamento passa a ser influenciado pelas normas constitucionais. De acordo com o autor, um ordenamento jurídico constitucionalizado implica um cenário em que a constituição é extremamente intrinseca, invasora, no qual ela influencia a legislação tanto quanto a jurisprudência, bem como as ações de atores e as relações sociais. Para Guastinni, a questão da constitucionalização não é uma situação de que um ordenamento está ou não constitucionalizado, mas sim de grau de constitucionalização, ou seja, há ordenamentos que estão mais constitucionalizados do que outros, razão pela qual o autor entende ser fundamental elencar condições que segundo ele são requisitos para a constitucionalização. À medida que os ordenamentos jurídicos vão satisfazendo essas condições, eles vão se constitucionalizando em menor ou maior grau. GUASTINI, Ricardo. **La Constitucionalización del Ordenamento Jurídico: El caso italiano**. pp. 153-183. Disponível em: [https://www.academia.edu/39165782/LA\\_CONSTITUCIONALIZACION\\_DEL\\_ORDENAMIENTO\\_JURIDICO\\_EL\\_CASO\\_ITALIANO](https://www.academia.edu/39165782/LA_CONSTITUCIONALIZACION_DEL_ORDENAMIENTO_JURIDICO_EL_CASO_ITALIANO). Acesso em: 23 abr. 2020.

Outros autores também discorrem acerca do que é a constitucionalização do direito, consoante é o caso de Louis Favoreu, em artigo denominado “La Constitucionalización del Derecho”. FAVOREU, Louis. La Constitucionalización Del Derecho. **Revista de Derecho**, Volumen XII, p. 31-43, 2001. Disponível em: <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v12n1/art03.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2020.

Já Luis Roberto Barroso aponta a existência de pelo menos três acepções para a ideia de constitucionalização do direito, podendo ser o caso em que um ordenamento jurídico possua uma Constituição dotada de supremacia. Pode ser ainda o fato de a Constituição ter se expandido, de modo que o seu conteúdo material e axiológico acabe por irradiar por todo o sistema jurídico. Por fim, pode ainda significar o fato de a Constituição formal incorporar temas que são afetos de serem tratados pela norma infraconstitucional. Aqui em nosso texto, utilizar-se-ão todas as acepções exceto a que diz respeito à existência de uma Constituição dotada de supremacia, pois assim como afirma Barroso, esse seria um traço comum da maioria dos ordenamentos jurídicos, o que não daria a essa concepção de constitucionalização um caráter específico. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, pp. 1-42, Abr./Jun. 2005, p. 12.

do direito, sob a lente da norma constitucional, o que se convencionou chamar de filtragem constitucional<sup>168</sup>.

Essa constitucionalização do direito também impulsiona no nosso entendimento a judicialização da política, e em especial, no plano dos sistemas de controle de constitucionalidade, posto que, cada vez mais os princípios dos diversos ramos do direito têm que ser lidos a partir da lente da norma constitucional. Isso significa que há uma grande probabilidade de que toda a incompatibilidade da lei infraconstitucional para com a Constituição resulte no uso dos sistemas de controle de constitucionalidade.

Para além dessa tendência que se nota no que diz respeito à utilização de argumentos de natureza constitucional como um fenômeno cada vez mais constante dentro dos litígios em nosso país, a judicialização também acaba por fazer com que os juízes tenham que se deparar com problemas novos, que exigem respostas e mecanismos alternativos de intervenção, cujo instrumental fornecido pelo modelo processual bipolar se mostrou insuficiente. Essa circunstância impõe então a utilização de um novo modelo de processo, que seja capaz de tratar de litígios complexos, policêntricos, altamente sensíveis e desafiadores. Para este tipo de litígio apenas um modelo como o denominado litígio estrutural fornece um aparato compatível para o deslinde dos casos. É desse tipo de modelo que se cuidará então no ponto a seguir.

---

<sup>168</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, pp. 1-42, Abr./Jun. 2005, pp. 21 e 22.

### 3 LITÍGIOS ESTRUTURAIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

#### 3.1 A ORIGEM DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Neste ponto, será apresentado o caso *Brown vs Board of Education of Topeka* como caso que é emblemático no que tange à origem dos litígios estruturais. Para Fiss o processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual o juiz, enfrentando a burocracia estatal no que tange aos valores no âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar as ameaças impostas a esses valores pelos arranjos institucionais existentes. Para o autor norte-americano, tais processos são um gênero do litígio constitucional e têm origem nos anos 50 e 60 do século passado, quando a Suprema Corte, na presidência do *justice Earl Warren*, buscava implementar a decisão do caso *Brown vs Board of Education of Topeka (1954)*<sup>169</sup>.

O contexto político e social vivido nos EUA tem papel crucial na compreensão da magnitude da decisão da Suprema Corte em *Brown*. É dizer que àquela época vigia nos EUA há mais de meio século, um sistema de leis em diversos estados da federação que embora reconhecessem a igualdade entre brancos e negros, determinava, ao mesmo tempo, que esses últimos usassem serviços públicos em ambientes que fossem separados dos usuários de cor branca<sup>170</sup>. Trata-se da doutrina do *separate but equal (separados mas iguais)*, que vigorou por grande período de tempo entre os norte-americanos, inclusive, com diversas decisões da própria Suprema Corte reconhecendo, em algumas ocasiões, a constitucionalidade do *separate but equal*, a exemplo de *Plessy vs Fergusson*<sup>171</sup>, considerada como uma das mais vergonhosas decisões da Suprema Corte em toda a sua longa história de tradição democrática.

<sup>169</sup> FISS, Owen M. **Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coordenação da tradução. Carlos Alberto de Salles. Tradução. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

<sup>170</sup> O conjunto de leis que estabelecia a separação entre negros e brancos, ainda que fossem eles considerados iguais perante a lei fundamental, ficou conhecido como “*Jim Crow Laws*”.

<sup>171</sup> Trata-se de célebre caso, julgado pela Suprema Corte dos EUA no ano de 1896, no qual um cidadão negro chamado Homer Plessy decide entrar em um vagão destinado a somente passageiros brancos. Identificado pelo condutor do trem, *Plessy* é ordenado a deixar o vagão e se acomodar no vagão destinado às pessoas de cor, mas não o deixa e então é determinada a sua prisão. A partir desse fato, o Promotor público de New Orleans move uma ação contra *Plessy* alegando a violação a *Jim Crow Laws*. Os advogados de defesa de *Plessy* alegaram a inconstitucionalidade da lei estadual por esta contrariar as XIII e XIV Emendas, mas o juiz do caso prolatou sentença desfavorável. *Plessy* então recorre à Suprema Corte do estado de Lousiana, que mantém a decisão desfavorável. Por fim, a Suprema Corte recebe em grau de recurso a ação, e também a julga desfavorável, por entender que a lei do estado de Lousiana é constitucional. Para maiores informações ver: SOUTO, op. cit., pp. 65- 72.

*Brown vs Board of Education* se trata do julgamento realizado pela Suprema Corte dos EUA no ano de 1954, de uma ação judicial<sup>172</sup> movida contra a segregação racial no sistema educacional norte-americano. O julgamento se notabilizou em razão de uma das partes, uma criança negra chamada Linda Brown, ser obrigada a atravessar toda a cidade de *Topeka*, no Estado do *Kansas*, para poder estudar em sua escola, a qual era uma das quais aceitava alunos negros. No caminho da criança, ainda que houvesse diversas outras escolas nas quais a mesma poderia estudar, todas elas só aceitavam crianças de cor branca. Em primeiro grau, *Brown* venceu a ação, no entanto, uma corte de apelação federal julgou improcedente a ação por entender que a lei do *Kansas* não contrariava a XIV (décima quarta) emenda à Constituição americana, já que perfeitamente compatível com a doutrina do *separate but equal*.

Chegada a ação à Suprema Corte americana, estavam os *justices* defronte a uma ação cujo embate se traduzia para além de uma mera ação de uma criança negra que desejava estudar numa escola mais próxima de sua casa. Ali estava o debate sobre a segregação racial e de todo um modelo burocrático estatal que reproduzia a segregação racial em todos os serviços oferecidos pela Administração Pública, em diversas cidades e estados norte-americanos.

Como nos lembra Marco Jobim<sup>173</sup>, a sensibilidade da Suprema Corte dos EUA ao julgar o caso *Brown vs Board of Education* está no fato de que outras ações da mesma natureza em que se discutiam questões raciais também estavam para serem julgadas, porém, os *justices* perceberam que três desses casos não teriam uma eficácia desejada, considerando o contexto e o local de onde provinham tais casos, ou seja, de locais onde o racismo era mais acentuado. *Brown* era, portanto, o único dos casos em que a decisão da Suprema Corte poderia se fazer efetivada.

Jobim enfatiza, no entanto, que uma única decisão não seria capaz de, por si só, acabar com a segregação racial que havia nas escolas dos EUA, de modo que seriam necessários outros fatores externos que auxiliassem na efetividade da decisão da corte. Essas medidas foram alvo de grande debate pela Suprema Corte, tendo surgido diversas indagações a serem

---

<sup>172</sup> É preciso ressaltar que *Brown vs Board of Education* em verdade consiste na ação individual que ficou mais conhecida dentre as demais ações individuais que foram movidas por diversos outros autores nesse período contra a política segregatória vigente à época nos EUA, e que acabaram sendo julgadas de forma conjunta. Nos EUA há uma tradição em dar ao nome de um conjunto de ações individuais similares o nome do caso que fica mais famoso. No caso em análise, foram 05 ações individuais movidas em locais diferentes e que tinham causa de pedir amparada na segregação racial existente nos EUA.

<sup>173</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Ebook. Versão do Kindle, posição 1876-77.



respondidas, tais como: (i) como dar condições de possibilidade de uma afrodescendente frequentar uma escola para brancos sem que seja discriminada? (ii) será que apenas pelo julgamento do caso pela Suprema Corte dos Estados Unidos haveria de ser cumprida a decisão? Para o autor as relações sociais, políticas e afetivas vigentes numa sociedade não mudam simplesmente com uma decisão judicial. Tanto é assim, que mesmo após o julgamento em *Brown*, ocorreu a situação que ficou amplamente conhecida nos EUA como o caso de *Rosa Parks*, uma jovem negra que acabou sendo presa em razão de se recusar a dar o assento onde estava sentada num ônibus para um branco<sup>174</sup>.

O fato é que mesmo após a decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Brown*, não foi fácil implementar, na prática, a decisão, sendo exemplo disso a situação vivida em *Little Rock*<sup>175</sup>. De acordo com Sergio Cruz Arenhart, um ano mais tarde, as escolas se queixavam das dificuldades de se implementar *Brown*, de modo que foi preciso que a Corte reexaminasse a questão, originando a decisão que ficou conhecida como *Brown vs Board of Education II*, ou simplesmente, *Brown II (1955)*<sup>176</sup>.

Para além do caso em si, e do debate sobre a segregação racial existente nos serviços públicos dos EUA, a importância de *Brown* está na forma de atuação do Poder Judiciário no julgamento. Para Desirê Bauermann, *Brown vs Board of Education of Topeka* foi a primeira vez em que se deu autorização para que o Judiciário tivesse amplos poderes a fim de fazer cumprir decisões judiciais que implicassem, na prática, a observância dos valores constitucionais, concedendo poderes ilimitados aos juízes para isso<sup>177</sup>.

<sup>174</sup> JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Ebook. Versão do Kindle, posição 1883.

<sup>175</sup> Dentre os “*board of education*” (correspondentes às secretarias de educação estaduais e municipais do Brasil) que deveriam realizar a integração entre brancos e negros no sistema educacional após a decisão em *Brown vs Board Of Education*, estava o de Little Rock no estado do Arkansas. Os estados estavam obrigados a estabelecer um plano de integração paulatina no sistema educacional. No caso de *Little Rock*, o plano previa a integração imediata de nove alunos em uma prestigiada escola de Segundo Grau, e a integração no ensino fundamental e em outras escolas de segundo grau se daria no prazo de 10 (dez) anos. Em razão disso, for a movida ação por entidades de defesa da minoria grega requerendo a imediata integração sem o prazo de dez anos, tendo sido tal requerimento julgado improcedente pela justiça federal em primeiro e em grau de recurso. A notícia da imediata integração dos alunos negros causou grande revolta nos brancos em Little Rock, gerando-se daí uma forte tensão naquela cidade, de modo que tão somente a partir da determinação do presidente dos EUA, é que se pôde de fato cumprir a decisão judicial de integrar os nove alunos negros na escola de segundo Grau. Nesse sentido, ver: SOUTO, op, cit.pp. 77-78-79.

<sup>176</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 1-21, 2013, p. 7. Disponível em: [https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es\\_estruturais\\_no\\_direito\\_processual\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro). Acesso em: 07 set. 2019

<sup>177</sup> BAUERMAN, Desirê. *Structural Injunctions no direito norte-americano*. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sergio Cruz. **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 303-352, p. 283.

De acordo com Jordão Violin, *Brown II* se insere dentro de um contexto social de movimento pelos direitos civis nos EUA, ocorrido entre os anos de 1954 e 1968, o chamado *Civil Rights Movement*. Trata-se de um período marcado por conflitos raciais, e luta pela igualdade dos direitos civis entre brancos e negros, que reproduziu efeitos inclusive no âmbito jurídico, o qual recepcionou os anseios que a sociedade tinha por mudança<sup>178</sup>.

Outro aspecto importante da decisão é que a Suprema Corte concedeu poderes aos juízos de grau inferior a fim de que esses implementassem os comandos gerais determinados pela sentença da corte, de modo que isso facilitaria a implementação da decisão em cada local, considerando-se as particularidades de cada ambiente em que se teria de tornar eficaz a decisão. Não seria razoável esperar que a própria corte, após expedir a decisão, fosse a responsável direta pela implementação daquele conjunto de medidas com fins de cessar a segregação racial que existia dentro do sistema educacional norte-americano. *Brown* exigia a transformação dos sistemas duais das escolas em sistemas unitários, por via de uma reforma organizacional profunda, dado que esse sistema de castas estava embutido na própria burocracia estatal<sup>179</sup>. Estavam aí fincadas as bases do que se tem denominado de modelo de reforma estrutural ou “*public law litigation*,” “*structural reform litigation*,” ou ainda, “*institutional reform litigation*.”

Tal modelo, diferentemente do modelo de solução de controvérsias ou modelo tradicional, cujo foco da investigação probatória se dá sobre o incidente, sobre as transações particulares, tem como foco as condições da vida social e o papel que as organizações de grande porte possam ter dentro da determinação dessas condições<sup>180</sup>. Voltando a *Brown*, era necessária uma atuação judicial para que fosse possível transformar aquele *status quo* de segregação racial existente em todo o sistema educacional norte-americano, eliminando barreiras que pudessem contribuir para a perpetuação de violações aos preceitos constitucionais, notadamente, o da igualdade entre negros e brancos, consoante o estabelecido pela décima quarta emenda da Constituição estadunidense.

Esse contexto histórico e os objetivos da decisão tomada pela Suprema Corte americana não deixam dúvidas de que o litígio estrutural é sim um novo modelo de litígio constitucional. Para Fiss, o foco principal, no modelo dos litígios estruturais, passa a ser uma condição social

---

<sup>178</sup> VIOLIN, Jordão. *Holt vs Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sergio Cruz. **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p.303-352, p. 303.

<sup>179</sup> FISS, op. cit., p. 28.

<sup>180</sup> Ibid., pp. 49-50.

que ameaça importantes valores constitucionais, bem como a dinâmica organizacional que perpetua essa condição social<sup>181</sup>. No entanto, é fundamental que sejam apresentados o conceito e as características desse novo modelo de processo, a fim de que sejam estabelecidos os limites de atuação do mesmo, e não se deságue em uma atuação subjetiva por parte do Judiciário. É do que se cuidará no ponto a seguir.

### 3.2 *INJECTION STRUCTURAL*: CARACTERÍSTICAS E COMPARAÇÃO COM O MODELO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Nesta parte do texto serão analisadas as características desse novo modelo de processo, a partir da comparação com o que Fiss denominou de modelo de solução de controvérsias ou modelo tradicional.

O modelo de solução de controvérsias tem como foco de investigação probatória o incidente particular, é dizer, a lide entre duas partes, em que uma parte demanda um pedido e a outra responde ou contesta esse pedido. Essa dinâmica traz ínsita a tradicional ideia de que os réus só poderão ser considerados aqueles que sejam os representantes, os que cometeram os atos ilícitos ou os destinatários da ordem judicial, numa perspectiva extremamente individualista do processo.

No caso dos litígios estruturais, as funções de autor e réu se desagregam, de modo que pode haver um réu individual como é o caso do professor que rejeita a entrada de uma criança negra na escola, ou o carcereiro que abusa do presidiário, contudo, tais réus não são o alvo da ação judicial, pois o foco é a condição social e também a dinâmica burocrática que a produz, e não a ocorrência de atos ilícitos<sup>182</sup>.

Além disso, não deve o juiz ser passivo, consoante é o modelo de solução de controvérsias. Nesse o magistrado atua como um árbitro ou observador das duas partes, confiando em todas as iniciativas destas para a apresentação dos fatos, das provas e para a articulação de possíveis medidas judiciais. Ao final, o papel do juiz se resume a dizer quem

---

<sup>181</sup> FISS, Owen M. **Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coordenação da tradução. Carlos Alberto de Salles. Tradução. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 50.

<sup>182</sup> *Ibid.*, pp. 55- 56.

está ou não com a razão<sup>183</sup>. Fiss direciona suas críticas ao modelo de solução de controvérsias ao afirmar que há desigualdade na distribuição de recursos: riqueza e talentos. Essas desigualdades pressupõem um papel ativo do juiz no sentido de que ele esteja totalmente informado e com isso se alcance um resultado de fato justo, evitando-se assim uma solução nos moldes da distribuição de recursos como se dá em uma loteria ou no mercado<sup>184</sup>.

Outro ponto central da teoria de Fiss se concentra na forma como se dá a execução da decisão judicial. Isto porque no modelo dito de solução de controvérsias ou tradicional, a decisão judicial encerra o litígio, como se que por mera decisão judicial, todo o problema fosse definitivamente solucionado. Consoante nos aponta Fiss, o processo judicial do modelo de solução de controvérsias tem quase uma dramática unidade aristotélica, de começo, meio e fim. No caso do processo judicial estrutural, ele tem começo, talvez um meio, porém não tem fim, ou quase não tem fim. Envolve uma relação longa e contínua entre o juiz e a instituição<sup>185</sup>.

A tarefa não é calcular quem está certo ou errado, nem calcular o total de danos ou preferir uma decisão destinada a fazer com que um ato isolado deixe de ser praticado. A tarefa consiste na eliminação da condição que ameaça os valores constitucionais<sup>186</sup>. A jurisdição da corte durará enquanto a ameaça persistir<sup>187</sup>.

Outro autor importante a fim de se compreender as características do processo dito estrutural é Abraham Chayes, o qual, aliás, o denomina não de litígio estrutural, mas de litígio de interesse público<sup>188</sup>. Para Chayes, o modelo dito tradicional, em oposição ao processo de interesse público tem as seguintes características: a) trata-se de um litígio bipolar que se

---

<sup>183</sup> FISS, Owen M. **Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coordenação da tradução. Carlos Alberto de Salles. Tradução. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 58.

<sup>184</sup> Ibidem.

<sup>185</sup> Ibid., p. 63.

<sup>186</sup> Ibidem.

<sup>187</sup> Ibid., p. 64.

<sup>188</sup> Sobre essa diferenciação de nomenclaturas e termos, interessante observar a diferenciação que faz Mariela Puga, a qual, aliás, defende o termo litígio estrutural. De acordo com a autora, o litígio estrutural não pode ser confundido com o litígio estratégico, já que enquanto nesse se propõe um enfoque político sobre um evento judicial, no litígio estrutural propõe-se um enfoque jurídico sobre um evento judicial. Também não se pode confundir o litígio estrutural com o “litígio de impacto” ou de “interesse público”, já que esses últimos tendem a focar nos fatos pré-jurídicos que envolvem o caso judicial, o litígio estrutural preocupa-se com a lógica interna e jurídica dos fatos que ensejam o caso judicial. PUGA, Mariela. El Litígio Estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**, año 1, n. 2, p. 41-82, noviembre. 2014, p. 81. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41667.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019.

Aqui se adota a nomenclatura “litígio estrutural” por se entender que seja a mais adequada, dada a sua feição notadamente jurídica e não política ou social, consoante é o caso das demais nomenclaturas.

organiza como uma confrontação entre dois indivíduos; b) o litígio é retrospectivo, pois se refere a uma situação passada; c) o direito e o remédio são interdependentes, já que a reparação deriva mais ou menos logicamente da violação substantiva; d) o processo é autossuficiente, já que a sentença atinge apenas as partes; e) o processo é iniciado e controlado pelas partes, sendo o juiz um árbitro neutro que decide apenas as questões jurídicas trazidas pelas partes<sup>189</sup>.

Pois bem, no processo estrutural, a começar pela característica da multipolaridade, há uma série de diferenças em relação ao modelo dito tradicional. No litígio estrutural, não apenas se trata de duas partes, sendo que estas são verdadeiramente amorfas, sem forma, já que podem se alterar durante o trâmite do litígio; ao contrário da relação adversarial característica do modelo tradicional, a relação é uma mescla entre negociação e mediação a todo o momento; ademais, o juiz é considerado como peça fundamental na condição de guia, devendo recorrer muito das vezes ao conhecimento de *experts* em uma determinada matéria em que o magistrado não detém o conhecimento aprofundado. O juiz acaba por ser um coordenador de uma solução complexa que acaba por atingir pessoas que inclusive não têm nenhuma relação com o processo<sup>190</sup>. É importante dizer que não é simplesmente o fato de haver uma multiplicidade de atores processuais que faz com que se esteja diante de um litígio estrutural, posto que “o que define o contencioso estrutural é a sobreposição de interesses particulares em um mosaico complexo, mas único, cuja definição precede a definição dos interesses das partes”<sup>191</sup>. Ou como aponta Lon Fuller, os litígios estruturais são policêntricos, na medida em que os diversos interesses estão todos interligados como que uma teia de aranha<sup>192</sup>.

Outra característica importante do processo estrutural é o fato de ele guiar ações futuras. Portanto, não tem o processo o objetivo de corrigir uma situação do passado, de forma,

<sup>189</sup> CHAYES, Abraham. **El rol del juez en el litigio de interes público**. Tradución al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic, pp. 1-39, 2017, pp. 2-3. Disponível em: [https://www.academia.edu/33807119/El\\_rol\\_del\\_juez\\_en\\_el\\_litigio\\_de\\_inter%C3%A9s\\_p%C3%BAblico](https://www.academia.edu/33807119/El_rol_del_juez_en_el_litigio_de_inter%C3%A9s_p%C3%BAblico). Acesso em: 07 set. 2019.

<sup>190</sup> Ibid., p. 4.

<sup>191</sup> PUGA, Mariela. El Litígio Estructural. **Revista de Teoria del Derecho de la Universidad de Palermo**, año 1, n. 2, p. 41-82, noviembre. 2014, p. 48.

<sup>192</sup> Essa menção à teia de aranha para se referir à policentricidade feita por Fuller é encontrada na seguinte passagem de seu texto em que o autor afirma: “Podemos visualizar essa situação pensando em uma teia de aranha. Se algum dos fios é puxado, isso repercute na teia como um todo; ainda, se o puxão tem intensidade também duplicada, não simplesmente as tensões se espalharão igualmente só que com intensidade também duplicada, mas haverá uma distribuição diferente das tensões. A situação é “policêntrica” porque tem ‘muitos centros’ – cada cruzamento de fios é um centro de distribuição de tensões diferentes”. (tradução nossa) FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 395.

portanto, retrospectiva, como é o modelo tradicional, mas de guiar ações que serão praticadas no futuro<sup>193</sup>. Cuida-se de um processo que tem como objetivo a reestruturação de toda uma estrutura burocrática estatal que viola os preceitos constitucionais dentro de uma abordagem prospectiva.

Nesse contexto é importante definir o que é uma *structural injunction*. De acordo com Ricardo Lobo Torres, a *injunction* é um instrumento há muito conhecido pelos americanos, por meio da influência dos ingleses. Cuida-se de remédio discricionário, ligado à ideia de *equity* e que se aplica de forma positiva ou proibitiva a fim de garantir direitos que não estejam previstos no *common law* ou em outras normas escritas<sup>194</sup>.

A *structural injunction*, também chamada de *administrative injunction* ou *affirmative injunction*, é um remédio judicial utilizado pelas cortes federais norte-americanas no caso dos litígios sobre reformas institucionais. Para Torres, a *structural injunction* é o mandado judicial que, fundado na eqüidade, estabelece normas a serem seguidas pelos outros poderes do Estado, na defesa dos direitos constitucionais dos cidadãos americanos desrespeitados pelas instituições administrativas<sup>195</sup>.

Segundo Fredie Didier, Hermes Zaneti e Rafael de Oliveira, a decisão estrutural (*structural injunction*) é aquela que busca implantar uma reforma estrutural em algum ente ou organização, e que tem por objetivo efetivar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver um litígio complexo<sup>196</sup>.

Para Desirê Bauermann, as *injunctions* são um fenômeno moderno, surgidas da necessidade do desenvolvimento do direito constitucional, a partir, principalmente, da verificação pela Suprema Corte americana de que alguns direitos materiais previstos na Constituição só poderiam ser efetivados por via de uma supervisão judicial substancial<sup>197</sup>.

Um dos pontos centrais da diferença entre o modelo tradicional e o litígio estrutural é a sentença. Esta se distingue em quase todos os aspectos das sentenças do modelo processual

<sup>193</sup> CHAYES, Abraham. **El rol del juez en el litigio de interes público**. Tradución al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic, pp. 1-39, 2017, p. 5 Disponível em: [https://www.academia.edu/33807119/El\\_rol\\_del\\_juez\\_en\\_el\\_litigio\\_de\\_inter%C3%A9s\\_p%C3%BAblico](https://www.academia.edu/33807119/El_rol_del_juez_en_el_litigio_de_inter%C3%A9s_p%C3%BAblico). Acesso em: 07 set. 2019.

<sup>194</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Mandado de Injunção e a Legalidade Financeira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 187, p. 94-110, 1992, p. 95.

<sup>195</sup> Ibid., p. 95.

<sup>196</sup> DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sergio Cruz. **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p.353-368, p. 353.

<sup>197</sup> BAUERMANN, op. cit., p. 283.

tradicional, inclusive, por ser a sentença no litígio de interesse público, peça central. A sentença no litígio estrutural, mais do que uma dedução lógica que surge de um dano sofrido, é desenhada, estabelecendo-se um regime de atuação complexo e contínuo, não sendo uma mera transferência que se efetua em um determinado momento e de forma concreta. A sentença prolonga o envolvimento do tribunal na disputa, ao invés de concluir a intervenção do tribunal<sup>198</sup>.

Tal modo de atuação do Poder Judiciário, no entanto, tem gerado uma série de críticas contundentes por parte daqueles que veem uma atuação ativista dos magistrados, e, portanto, se opõem ao chamado ativismo judicial<sup>199</sup>.

Uma dessas críticas diz respeito ao princípio da separação de poderes, de modo que não caberia ao Poder que exerce a função jurisdicional, também ser o responsável por estabelecer formas de atuação por parte da Administração Pública, ainda que diante de omissões do Estado. Essa crítica, no entanto, peca pela rigidez da compreensão da ideia de separação de poderes, que não pode mais ser aquela defendida por Montesquieu. A realidade atual não leva a crer que as funções dos poderes devam estar tão estaticamente separadas,<sup>200</sup> embora devam estar pré-determinadas em lei para garantir a estabilidade dos regimes democráticos.

Não se pode negar que o Judiciário tenha assumido um papel imprescindível na realização dos direitos fundamentais, ainda mais em países como o Brasil, no qual se tem dado o fenômeno da judicialização da vida<sup>201</sup>. É cada vez mais comum e constante que um debate seja ele de qual natureza for, tenha de ser decidido na seara do Poder Judiciário.

Trata-se de um caminho pelo que se vê sem volta, ainda mais quando se nota a insuficiência dos demais poderes em efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição. Nesse contexto, juízes de todas as instâncias têm sido cada vez mais provocados

<sup>198</sup> CHAYES, Abraham. **El rol del juez en el litigio de interes público**. Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic, p. 1-39, 2017, p. 19. Disponível em: [https://www.academia.edu/33807119/El\\_rol\\_del\\_juez\\_en\\_el\\_litigio\\_de\\_inter%20C3%A9s\\_p%20C3%BAblico](https://www.academia.edu/33807119/El_rol_del_juez_en_el_litigio_de_inter%20C3%A9s_p%20C3%BAblico). Acesso em: 07 set. 2019

<sup>199</sup> SUSTEIN, Cass. R.; VERMULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, p. 885-951, february. 2003; BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª ed. New Heaven: Yale University Press, 1962; WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 2004.

<sup>200</sup> Nesse sentido, é preciso dizer que no Brasil vige o princípio dos *checks and balances* inspirado no direito norte-americano, o qual permite a intervenção de um poder sobre outro em questões pontualmente estabelecidas pela Constituição de 1988, a exemplo do artigo 52, inciso I, que determina o julgamento do Presidente da República pelo Senado, em casos de crimes de responsabilidade atribuídos ao presidente.

<sup>201</sup> BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018, pp. 2222-2225. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 11 out. 2019.

a decidir sobre políticas públicas, tais como direito a medicamentos e a tratamentos de saúde, ações voltadas para a concessão de direitos fundamentais para minorias e etc, não podendo os juízes se absterem de dar uma resposta fundamentada e constitucional ao pedido formulado. Para Arenhart, a atividade judicial nos dias de hoje, está cada vez mais voltada para a resolução de litígios de alta complexidade<sup>202</sup>.

São litígios de alta complexidade aqueles que repercutem não apenas para as partes, mas para outras pessoas que sequer estão envolvidas diretamente no processo. Situações em que os juízes podem estar retirando dinheiro, pessoal de um outro setor público importante, ou desalojando uma pessoa com prioridade de um centro cirúrgico, e assim realizando verdadeira gestão da saúde pública sem ter conhecimento suficiente dos impactos de sua decisão<sup>203</sup>. Diante desse contexto, se torna urgente a sistematização de um novo padrão de atuação dos magistrados, a partir de um modelo que permita uma maior flexibilidade das decisões frente às alterações da situação em concreto.

Para Arenhart, o modelo clássico do processo civil deixa nítida a ideia segundo a qual o processo sempre deve flutuar entre dois extremos, cabendo ao juiz escolher o lado vencedor e o lado perdedor. Ainda que em um processo estejam envolvidos diversos interesses, acaba-se por polarizar os conflitos em grupos de autor e réu<sup>204</sup>.

Esse modelo não tem dado conta de situações que têm sido cada vez mais comuns a serem enfrentadas por juízes e tribunais federais de primeira instância nos EUA, sendo, portanto, um modelo insuficiente<sup>205</sup>. O direito processual moderno tem cada vez mais dado conta de quem está fora do processo<sup>206</sup>.

A polarização dos conflitos em dois grupos constitui uma simplificação dos problemas que ocorrem no meio social, e que funciona bem para a maioria dos conflitos de direito privado<sup>207</sup>. Por outro lado, a característica fundamental dos litígios modernos federais é

---

<sup>202</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 1-21, 2013, p. 5. Disponível em: [https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es\\_estruturais\\_no\\_direito\\_processual\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro). Acesso em: 07 set. 2019.

<sup>203</sup> Ibidem.

<sup>204</sup> Ibid., p. 2.

<sup>205</sup> CHAYES, op. cit., p. 3.

<sup>206</sup> No caso argentino coube ao artigo 43, segundo parágrafo da Constituição permitir que o defensor do povo, algumas associações civis tenham legitimidade para representação, nos casos dos chamados amparos coletivos. Nesse sentido, ver: PUGA, op. cit., p. 53.

<sup>207</sup> ARENHART, op.cit., p. 2.



justamente que eles não surgem do conflito entre os interesses privados dos particulares, sendo que o seu objeto é a reivindicação de políticas constitucionais e estatutárias<sup>208</sup>.

A atuação por parte do Poder Judiciário não pode, no entanto, ser feita sem limites. Assim, importante trazer à baila, a compreensão de Desirê Bauermann para quem seria preciso primeiro definir qual a violação sofrida e qual a extensão do direito estabelecido pela Constituição<sup>209</sup>. Em seguida, deve o juiz adotar as medidas que dentro do caso concreto possam ter o melhor resultado dentro daquilo que se possa considerar como razoável<sup>210</sup>. Além disso, deve o juízo verificar se a adoção da medida pode ser tão prejudicial aos demais membros da sociedade, que se torne desaconselhável a adoção daquela medida<sup>211</sup>. Por fim, deve o juízo verificar a aceitação da medida pela população, de modo que se faça um debate com os setores da sociedade, e a partir daí seja possível verificar, na prática, a aceitação do quanto definido pelo Judiciário<sup>212</sup>.

Aqui é importante frisar a importância da experiência norte-americana no que diz respeito às medidas efetivamente adotadas para fim de cumprimento das *injunctions*. Pelo que se nota do contexto lá vivenciado, as decisões dos juízes e tribunais americanos demonstraram bastante criatividade. Nesse sentido, os tribunais e juízes norte-americanos além de nomear interventores para acompanhar a correção da instituição envolvida no litígio, organizaram comitês populares para acompanhar a implementação das decisões e nomearam funcionários do próprio governo para atuarem como interventores<sup>213</sup>.

### 3.3 DA COMPATIBILIDADE DAS MEDIDAS ESTRUTURAIS COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Aqui será analisado se o atual ordenamento jurídico brasileiro é ou não compatível com o modelo de litígio estrutural, considerando-se que grande parte das características desse modelo já foi anteriormente explanada. Para isso, no entanto, é importante fazer algumas

<sup>208</sup> CHAYES, Abraham. **El rol del juez en el litigio de interes público**. Tradución al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic, pp. 1-39, 2017 p. 3. Disponível em: [https://www.academia.edu/33807119/El\\_rol\\_del\\_juez\\_en\\_el\\_litigio\\_de\\_inter%C3%A9s\\_p%C3%BAblico](https://www.academia.edu/33807119/El_rol_del_juez_en_el_litigio_de_inter%C3%A9s_p%C3%BAblico). Acesso em: 07 set. 2019.

<sup>209</sup> BAUERMAN, op. cit., p. 287.

<sup>210</sup> Ibid., p. 289.

<sup>211</sup> Ibidem.

<sup>212</sup> Ibidem.

<sup>213</sup> Ibid., p. 290.

considerações no que diz respeito à rígida separação que se tem entre o processo do *civil law* e do *common law*, isto porque do ponto de vista dessas categorias, o modelo de processo civil adotado no Brasil é inspirado no *civil law*, enquanto o modelo de processo civil adotado nos EUA é o processo do *common law*, o que desde logo poderia supor que não seria possível transplantar as medidas estruturantes, oriundas do direito norte-americano para o cenário do processo civil brasileiro.

Nesse sentido, é importante trazer à baila o entendimento de Michele Taruffo para quem os elementos de distinção que outrora foram e ainda têm sido utilizados para diferenciar as duas categorias tradicionais de ordenamento jurídico, nunca se sustentaram de fato, tal qual a diferenciação escrita/oralidade e inquisitorial/adversarial entre os processos do *civil* e do *common law*<sup>214</sup>.

Para o processualista italiano, embora não seja o caso de dizer que não haja distinção entre os modelos de processo do *civil* e do *common law*<sup>215</sup>, não seria de hoje que se tem notado fortes influências derivadas dos modelos do *common law*, em especial do modelo estadunidense para outros ordenamentos jurídicos de matiz do *civil law*, tal qual a recepção da *class action* pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>216</sup>.

Enumerando similitudes entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e americano, Jobim entende que: 1) se as formas de escolha dos ministros das supremas cortes americana e brasileira são similares; 2) se a forma de intervenção de pessoas estranhas ao processo se identificam; 3) se é possível que o Legislativo legisle uma lei que esteja de acordo com o texto constitucional; 4) se as tradições existentes nos dois países têm diminuído as suas diferenças; 5) e por fim, se há problemas similares entre os sistemas brasileiro e americano; não haveria porque se rejeitar a importação dos litígios estruturais para o direito brasileiro<sup>217</sup>.

No entanto, não é qualquer sistema processual que é compatível com as medidas estruturantes. Apenas um sistema processual maduro seria apto a permitir as chamadas decisões estruturantes. Nesse sentido, entende Arenhart que um sistema processual maduro compreende aquele em que o princípio da separação de poderes não seja visto de uma forma

---

<sup>214</sup> TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: Ensaios**. Apresentação, Organização e Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 11-34.

<sup>215</sup> Nesse sentido, Taruffo defende a superação dos modelos tradicionalmente usados para distinguir os dois grupos, devendo-se tomar consciência da necessidade de uma reinterpretção desses modelos a partir de esquemas cognitivamente mais atualizados. *Ibid.*, p.34.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>217</sup> JOBIM, op. cit., posição 5352 a 5358.

tão rígida, de modo que não se admita a intervenção judicial em outros poderes<sup>218</sup>. O próprio Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado no sentido de que o Judiciário pode intervir quando o assunto é políticas públicas<sup>219</sup>, portanto, esse não seria um entrave ou uma incompatibilidade do sistema brasileiro com o litígio estrutural.

Outra característica importante para que sejam admitidas as medidas estruturantes dentro do ordenamento jurídico é a subsidiariedade. É dizer que as decisões estruturantes não podem ser adotadas como a primeira opção a fim de solucionar um litígio. Apenas quando se verificar a insuficiência do modelo tradicional é que se deve partir para as medidas estruturantes. Tal fato se deve ao alto custo, à complexidade e ao caráter intrusivo das medidas estruturantes, de modo que se for possível a adoção de medidas mais simples para a solução do litígio, estas devem ser escolhidas em um primeiro plano<sup>220</sup>.

Além disso, há que se ter um sistema processual que permita uma certa flexibilização do princípio da demanda. É o caso de permitir que um magistrado possa, ao decidir uma lide, adotar uma terceira via, diversa da alegada pelas partes, mas que no caso *in concreto*, seja mais eficaz na tutela do direito.

Aqui interessante o exemplo trazido por Sérgio Cruz Arenhart em um de seus artigos sobre o tema. Trata-se da decisão da 1ª Vara do Trabalho de Curitiba, em uma ação civil pública movida pelo Ministério Público do Trabalho que alegava a ilicitude nos contratos de funcionários que eram terceirizados e prestavam serviços num hospital público, pois entendia a Procuradoria do Trabalho que os serviços que eram prestados pelos funcionários terceirizados não se enquadravam nas leis trabalhistas. Dentre os pedidos do *Parquet*, havia um que solicitava a imediata rescisão de todos os contratos daqueles funcionários do hospital. Em sua defesa, o hospital alegou que caso esse pedido, dentre outros, fosse atendido, diversas pessoas seriam prejudicadas, já que o pessoal terceirizado representava a metade dos funcionários do hospital, o qual atendia uma grande quantidade de pessoas na cidade, inclusive as pessoas que estavam amparadas pelo SUS.

---

<sup>218</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. pp. 1-21, 2013, p. 9. Disponível em: [https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es\\_estruturais\\_no\\_direito\\_processual\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro). Acesso em: 07 set. 2019.

<sup>219</sup> Nesse sentido, diversas decisões no âmbito do STF, tais como nos casos da ADPF-MC/DF-45, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/05/2004; RE 367.432-AgR/PR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, Dje 14/04/2010; RE 556.556/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 16/02/2011; e do STJ, tais como no Resp 1.637.827/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, Dje 19/12/2016.; AgInt no Resp 1.304.269/MG, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, Dje 20/10/2017, dentre tantas outras decisões.

<sup>220</sup> ARENHART, op. cit., p. 10.

Assim, via-se o magistrado diante de duas alternativas: 1) Determinar a imediata rescisão dos contratos desses funcionários dos quadros do hospital e com isso prejudicar inúmeras pessoas que eram atendidas pelo hospital; 2) ou então permitir que esses funcionários continuassem o vínculo com o hospital, infringindo desta forma as leis trabalhistas.

Essas seriam as duas possibilidades, dados os pedidos apresentados pelas partes. O juízo, no entanto, julgou a ação, estabelecendo uma terceira via, que consoante se demonstrará, se mostrou mais eficaz no que tange à tutela do direito. Assim, determinou o magistrado que os funcionários contratados sem concurso público não fossem, de imediato, desligados do hospital, dado que isso prejudicaria o interesse público. No entanto, determinou também o juízo que a Administração Pública adotasse providências no sentido de que os respectivos funcionários fossem aos poucos substituídos por outros contratados via concurso público, respeitando-se assim, a Constituição e as leis trabalhistas. A referida decisão demonstra de forma clara o quanto em muitos casos, há que se relativizar o princípio da demanda, sob pena de não haver uma tutela adequada e justa do próprio direito<sup>221</sup>.

Contudo, onde estaria a previsão legal das medidas estruturantes no ordenamento jurídico brasileiro? Segundo Fredie Didier, Hermes Zaneti e Rafael de Oliveira, a previsão das chamadas medidas estruturais estaria estabelecida no artigo 139, IV c/c 536, ambos do Código de Processo Civil, ao estabelecer as chamadas medidas atípicas. Esse enquadramento realizado pelos autores se mostra perfeitamente compatível com a natureza jurídica das medidas estruturantes, que segundo eles devem ser compreendidas como normas-princípio, posto que prescrevem uma norma jurídica de caráter aberto, não raro se busque alcançar uma meta. Além disso, a norma prescreve como essa meta deve ser alcançada, de modo que são prescritas condutas que devem ser evitadas ou realizadas para que alcancem o objetivo pretendido, sendo nesse sentido, também normas-regra<sup>222</sup>.

Ademais, é preciso salientar outra característica das medidas estruturais, que são os chamados *provimentos em cascata*. É dizer que as decisões estruturantes devem ter uma decisão-núcleo, a qual se limitará a fixar de forma genérica e principiológica as diretrizes que deverão ser seguidas a fim de tutelar o direito. Após isso, outras decisões devem ser tomadas

---

<sup>221</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, pp. 1-21, 2013, pp. 20-21. Disponível em: [https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es\\_estruturais\\_no\\_direito\\_processual\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro). Acesso em: 07 set. 2019.

<sup>222</sup> DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, op. cit., p. 356.

para implementar no caso concreto, a decisão-núcleo. Essas decisões é que permitirão que o comando judicial se adéque a possíveis alterações do quadro fático que possam se apresentar durante o trâmite do processo, e que impõem uma flexibilidade do comando judicial para que se atinja o objetivo de proteção e tutela eficazes do direito<sup>223</sup>.

Segundo Didier, Zaneti e Oliveira, essa maleabilidade da decisão judicial no que tange aos litígios estruturais estaria prevista no artigo 493 do Código de Processo Civil o qual determina que o juízo dê uma decisão judicial que seja ajustada com a realidade atual dos fatos, e com isso se permita a correção dos rumos da tutela executiva e a contemplação dos interesses atuais dos interessados<sup>224</sup>.

### 3.4 O LITÍGIO ESTRUTURAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE OUTROS PAÍSES

#### 3.4.1 O compromisso significativo na África do Sul: Um modelo de solução compartilhada entre as partes

Na África do Sul, a Suprema Corte daquele país vem desenvolvendo uma técnica decisória inovadora para a solução dos litígios estruturais vivenciados naquela nação. Trata-se do compromisso significativo, uma técnica que começou com o caso *Grootboom*<sup>225</sup> mas que a doutrina aponta o caso *Olivia Road*<sup>226</sup> como caso que de fato consolidou e sistematizou o

<sup>223</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, pp. 1-21, 2013, p. 12. Disponível em: [https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es\\_estruturais\\_no\\_direito\\_processual\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro). Acesso em: 07 set. 2019.

<sup>224</sup> DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, op. cit., p. 362.

<sup>225</sup> *Grootboom* é um célebre caso julgado pela Corte Constitucional da África do Sul no ano de 2000, na qual se discutia o caso de pessoas que viviam em um terreno vago de propriedade privada, e que por ordem judicial foram despejados do local. O tribunal constitucional da África do Sul entendeu que o programa nacional de habitação não era compatível com a constituição, mas não determinou que o governo abrigasse as pessoas desalojadas. Para mais informações ver: *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, par. 52-3.

<sup>226</sup> Além desses dois casos, há outros importantes no contexto do compromisso significativo dentro da África do Sul, a exemplo do caso Joe Slovo, no qual moradores de uma comunidade grande no assentamento informal Joe Slovo foram desalojados para que o projeto habitacional N2 Gateway pudesse ser concretizado. A ordem de despejo ao final foi suspensa pelo Tribunal Constitucional. Ver CHENWI, Lillan; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: A focus on the right to housing**. Community Law Centre (CLC), University of the Western Cape, 2010, p. 26.

mecanismo no âmbito da jurisprudência sul-africana. É dessa técnica dialógica que se cuidará nessa parte do texto.

Segundo Tissington e Chenwi, a ideia de compromisso significativo já existe faz algum tempo na África do Sul, mas foi com a decisão em *Olívia Road* que a Corte Constitucional de fato construiu o conceito de compromisso significativo. Nesse caso, a Corte Constitucional Sul-Africana estabeleceu que o compromisso significativo era um processo de mão dupla entre a cidade de Joanesburgo e as pessoas que estavam prestes a ficar sem-teto. Trata-se de um processo bidirecional o qual não se aplicaria somente para o caso *Olívia Road*, mas a todos os outros que fossem semelhantes em toda a África do Sul<sup>227</sup>.

Em *Olívia Road* discutia-se o caso de 400 (quatrocentos) moradores que ocupavam um conjunto de prédios com problemas estruturais e de insalubridade no centro de Joanesburgo, razão pela qual a cidade decidiu despejá-los. De início, um tribunal de apelação determinou o despejo dos moradores, mas esses recorreram à Suprema Corte a fim de evitar o despejo em massa. Antes de tomar uma decisão, a corte então determinou que as partes se engajassem de modo significativo para que a situação dos moradores fosse aliviada, inclusive com o fornecimento permanente de acomodações alternativas para aquelas pessoas sem-teto. Ao fim, as partes chegaram a um acordo que foi endossado pelo Tribunal e posteriormente implementado<sup>228</sup>.

No caso *Olívia Road*, alguns pontos merecem ser destacados. O primeiro é o de que se tratava de uma discussão em torno do direito à moradia de pessoas que se encontravam em uma situação de acomodação irregular, posto que insegura e insalubre, dadas as condições dos prédios. Em segundo lugar, restou claro que um município que despeja pessoas na mesma situação dos moradores de *Olívia Road* antes de realizar o despejo deve se engajar significativamente para apresentar uma solução alternativa, sob pena de contrariar o espírito da Constituição sul-africana<sup>229</sup>.

Importante destacar que a Constituição sul-africana não traz de forma expressa o termo compromisso significativo em nenhum dispositivo, mas a decisão da Suprema Corte estabeleceu quais seriam os fundamentos constitucionais para a aplicação da técnica. Para o

---

<sup>227</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 1-21, 2013, p. 9. Disponível em: [https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es\\_estruturais\\_no\\_direito\\_processual\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro). Acesso em: 07 set. 2019

<sup>228</sup> CHENWI; TISSINGTON, op. cit., pp. 24-25.

<sup>229</sup> Ibid., p. 25.

Tribunal, o fundamento do compromisso significativo estaria no preâmbulo da carta fundamental, ao prever que o governo tem a obrigação de melhorar a qualidade de vida de todos os cidadãos; na seção 152, ao estabelecer que o governo local deve promover o desenvolvimento social e econômico e ainda incentivar a comunidade a se envolver nos assuntos do governo; a seção 7(2) ao prever que o governo deve promover os direitos da dignidade humana e o direito à vida; a seção 26(2) ao determinar que o estado deve agir razoavelmente para garantir o acesso à moradia; e a seção 26(3) que determina que ninguém poderá ser despejado ou ter sua casa demolida sem uma ordem do tribunal, que deverá considerar todas as circunstâncias relevantes, entendendo-se estas como a circunstância de se ter buscado um engajamento significativo entre as partes<sup>230</sup>.

É fundamental também que não se confunda o compromisso significativo com a mediação nem com a consulta.

De acordo com Chenwi e Tissington, ocorre a consulta quando as pessoas afetadas por um problema são solicitadas a opinar sobre a situação, mas a decisão final fica a cargo sempre da autoridade que realizou a consulta, não sendo ademais, tangível o número de opiniões que foram incorporadas à decisão final de quem realizou a consulta. Sobre a mediação, esta ocorre quando as partes envolvidas numa disputa decidem voluntariamente escolher um terceiro que irá ajudá-las a chegar a um acordo. No caso do compromisso significativo, as próprias partes é que constroem juntas uma decisão final<sup>231</sup>.

O que se depreende da leitura dos autores que estudam a técnica do compromisso significativo, é que se trata de uma técnica na qual as próprias partes se comprometem a chegar a um consenso, construindo elas mesmas uma solução para o litígio. David Pardo, aliás, tem a opinião de que o compromisso significativo seria um exemplo de uma técnica de revisão judicial compatível com a democracia:

O método do compromisso significativo apresenta a vantagem de ser modelo de revisão judicial compatível com a democracia. Propicia que os indivíduos e comunidades sejam posicionados como parceiros no processo de tomada de decisões, que a decisão final seja construída em conjunto. Constitui postura judicial respeitosa com os representantes eleitos pelo público e fomenta a participação e a política democrática. De outro lado, a organização

<sup>230</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 1-21, 2013, pp. 10-11. Disponível em: [https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es\\_estruturais\\_no\\_direito\\_processual\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro). Acesso em: 07 set. 2019.

<sup>231</sup> CHENWI; TISSINGTON, op. cit., p. 10.

financeira do Estado é mais bem respeitada, pois há oportunidade para as próprias partes detalharem a forma de implementação de direitos, modulando-a de acordo com os recursos disponíveis. O controle imediato do orçamento permanece com a administração pública, ainda que sob a ordem judicial de atendimento aos direitos. A ideia é que o estado deve se comprometer significativamente com a situação em que há violação dos direitos, por meio de iniciativas e políticas para uma solução razoável e tempestiva, antes de receber veredito judicial substantivo. A alternativa à intervenção judicial em políticas públicas é o jogo interativo mais rico e complexo, não a imunidade total da Administração Pública, nem a prevalência absoluta dos juízes. O compromisso significativo bem podia ser testado como novo padrão positivo de relacionamento entre os tribunais e os demais poderes no Brasil.<sup>232</sup>

De acordo com Gustav Müller, o engajamento significativo garante que seja estabelecida uma relação dialógica entre as partes, sendo isso preferível a uma intervenção judicial<sup>233</sup>. Segundo o autor, o engajamento significativo pressupõe uma participação das partes por um longo período de tempo, que se inicia pela concepção de um plano, política ou legislação e finda com a implementação desse plano, política ou legislação<sup>234</sup>. Abre-se um espaço para a participação do público que transcende a justiça processual<sup>235</sup>. Cuida-se enfim, de um mecanismo inovador cuja finalidade é efetivar os direitos socioeconômicos<sup>236</sup>.

### 3.4.2 *Public Interesting Litigation (PIL)* na Índia

O *Public Interesting Litigation (PIL)* é um mecanismo judicial desenvolvido na Índia tendo por inspiração o *structural litigation* norte-americano<sup>237</sup>. No modelo americano exige-se um grande dispêndio com recursos financeiros relativos ao processo, fato que acaba por selecionar a participação de pessoas e empresas com recursos financeiros compatíveis com os gastos do processo. No PIL, contrariamente ao modelo americano, a abordagem deve ser

<sup>232</sup> PARDO, David Wilson de Abreu. Compromisso significativo. **Correio Braziliense**, Opinião, em 14.09.2015, p. 9.

<sup>233</sup> MÜLLER, Gustav. Conceptualising 'meaningful engagement' as a deliberative democratic partnership. **Stellenbosch Law Review**, v. 3, p. 742-758, 2011, p. 757.

<sup>234</sup> Ibid., p. 753.

<sup>235</sup> Ibid., p. 757.

<sup>236</sup> Ibid., p. 756.

<sup>237</sup> TRIPATHY, Hari Bansh. Public Interest Litigation in Comparative Perspective. **NJA Law Journal**, 2007, pp. 49-71, p. 60. Disponível em: [https://www.academia.edu/14844664/Public\\_Interest\\_Litigation\\_in\\_Comparative\\_Perspective](https://www.academia.edu/14844664/Public_Interest_Litigation_in_Comparative_Perspective). Acesso em: 20 fev. 2020.



diferente na medida em que, na Índia, grande parcela da população não tem condições para arcar com as despesas de um processo<sup>238</sup>.

Ademais, é preciso enfatizar que no PIL, os tribunais acabam, em muitos casos, por assumir o papel de legislador, o que também acaba por indicar uma grande falta de confiança no Legislativo por parte do povo indiano<sup>239</sup>.

O PIL em verdade surgiu para combater a inércia do Parlamento e a negligência do governo. Além disso, a característica fundamental e distintiva do litígio de interesse público na Índia é a possibilidade de que qualquer cidadão, de forma até fácil, poder invocar a jurisdição dos tribunais em casos de violação aos seus direitos fundamentais<sup>240</sup>. Nesse sentido, também o entendimento de Triparthi para quem a Suprema Corte da Índia inovou o litígio de interesse público em relação ao modelo adotado nos EUA, com novos métodos e novas estratégias, cujo foco é garantir direitos fundamentais a uma massa de pessoas oprimidas e carentes<sup>241</sup>. Esse, aliás, é um ponto que merece ser novamente destacado no sentido de ser diferente esse aspecto do modelo americano, no qual não se verifica essa abordagem.

O surgimento do PIL na Índia se deu muito em razão das condições vivenciadas no país. Durante a década de 70, milhares de indianos pobres não tinham acesso à justiça, seja em razão da falta de conhecimento de seus direitos, seja em razão do quão caro era para a maioria do povo indiano, o valor dos honorários legais. Aliada a essa condição estava a situação política no país, no qual a primeira-ministra Indira Ghandi suspendeu as eleições e as liberdades civis em razão de protestos de caráter político, período esse conhecido como “Emergência”<sup>242</sup>. (1975-76)

Diante dessa situação, muitos indianos esperavam que a Suprema Corte do país interviesse, mas ao contrário do que muitos desejavam a corte simplesmente aquiesceu as medidas autoritárias do governo de Indira, o que acabou gerando uma forte crítica por parte da sociedade à postura da corte, e conseqüentemente numa perda de credibilidade da mais alta corte do país. Em um caso conhecido como *A.D.M. Jabalpur v. Shivakant Shukla (1976)*, a corte entendeu que alguns direitos tais como o direito de liberdade, não subsistiram durante a vigência do período de Emergência.

---

<sup>238</sup> HOLLADAY, Zachary. Public Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 19, pp. 555-573, 2012, p. 556.

<sup>239</sup> Ibidem.

<sup>240</sup> Ibid., p. 558.

<sup>241</sup> TRIPATHY, op. cit., p. 60.

<sup>242</sup> HOLLADAY, op. cit., p. 558.

Foi para responder a esse sentimento social de impopularidade que a corte, após o fim do governo de Indira Ghandi, expandiu a sua jurisdição para garantir as liberdades civis que outrora, no período de Emergência haviam sido vilipendiadas<sup>243</sup>. Durante esse período, foi lançado um movimento nacional de serviços gratuitos de justiça. Muitos magistrados, liderados pelos juízes Krishna Iyer e P.N Bhagwati mostraram, nessa época, um forte senso de consciência social e participaram do movimento nacional de serviços jurídicos gratuitos.<sup>244</sup> Para Surya Deva, estes dois juízes foram os responsáveis por preparar as bases desde os anos 70 até os anos 80 para o nascimento do PIL na Índia, o que incluiu a flexibilização do procedimento no que diz respeito ao arquivamento das petições, a criação e a expansão de novos direitos fundamentais, a superação de problemas probatórios, e por fim, a adoção de soluções inovadoras<sup>245</sup>.

Fundamentados no artigo 21 da Constituição, o qual determinava que “nenhuma pessoa será privada de sua vida ou liberdade pessoal, exceto de acordo com o procedimento estabelecido por lei”, a Suprema Corte da Índia interpretou o artigo 21 de forma ampla para abranger direitos tais como direito à educação, direito ao ar puro, à comida, bem como vários outros direitos sócio-econômicos<sup>246</sup>.

O conhecimento social do papel que estava a exercer a corte inflacionou o apoio da população ao tribunal que passou a ser visto como uma entidade de confiança no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais da população mais desfavorecida<sup>247</sup>.

De acordo com Triparhi, o primeiro caso de litígio de interesse público na Índia se deu em *Hussainara Khatoon v. Estado de Bihar* em 1979, sendo um habeas corpus no qual se discutia a situação de 18 (dezoito) presos que se encontravam detidos de forma ilegal por um longo período de tempo, aguardando o início do julgamento. Esse caso acabou revelando a existência de 80.000 (oitenta mil) presos que se encontravam na mesma situação. Segundo o autor, a partir daí, diversos outros casos nos anos 80 foram levados ao tribunal com foco no interesse público de pessoas vulneráveis<sup>248</sup>.

---

<sup>243</sup> HOLLADAY, Zachary. Public Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 19, pp. 555-573, 2012, p. 559.

<sup>244</sup> TRIPATHY, op. cit., p. 60.

<sup>245</sup> DEVA, Surya. Public Interest Litigation in India: A Critical Review. **Civil Justice Quarterly**, v. 28, pp. 19-40, 2009, p. 23. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1424236](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1424236). Acesso em: 22 fev. 2020.

<sup>246</sup> HOLLADAY, op. cit., p. 559.

<sup>247</sup> Ibid., p. 560.

<sup>248</sup> TRIPATHY, op. cit., p. 61.

A mecânica operacional do mecanismo se dá permitindo que terceiros possam representar as pessoas menos favorecidas sócio e economicamente, em razão da existência ainda de muitas pessoas que vivem em situação de dificuldade financeira e social, de modo que não apenas aqueles que tenham condições financeiras possam ter acesso à corte, mas também pessoas de poucos recursos<sup>249</sup>.

Apesar do apoio popular à corte, o Judiciário vem sofrendo críticas em seu modo de atuação, temendo-se que esse seu perfil se transforme em um verdadeiro despotismo judicial, no qual o tribunal passe a ser o administrador de todas as áreas do governo<sup>250</sup>.

De acordo com Deva, há sim um lado negativo no que se refere à forma como o PIL tem sido usado na Índia nos dias atuais. O primeiro ponto enfatizado diz respeito ao fato de que ao invés de ter como finalidade o interesse público, muitos estão usando o PIL para o interesse privado e para a publicidade, já que as decisões no PIL são de alto impacto, bem como a solução é mais rápida e mais barata. Outro ponto negativo indicado pelo autor diz respeito ao medo de se estar, em muitos casos, se fazendo populismo judicial, de modo que seria lamentável que os juízes estivessem levantando casos para julgamento que sejam populares na sociedade<sup>251</sup>.

Em que pese esse lado negativo, está claro que o *Public Interesting Litigation* serve sim para dar voz aos menos favorecidos na Índia, democratizando o acesso aos tribunais<sup>252</sup>. Nesse mesmo sentido, é o pensamento de Suray Deva para quem a maior contribuição positiva do PIL é ter aproximado os tribunais de pessoas menos favorecidas da sociedade, tais como prisioneiros, indigentes e trabalhadores forçados. O PIL se tornou para a parcela da população menos favorecida da Índia, um veículo de transformação social por vias constitucionais. Outro ponto de contribuição marcante do PIL é a expansão dos direitos fundamentais por via da jurisprudência dos tribunais, que passaram a reconhecer legalmente a existência de direitos tão importantes como são os direitos socioeconômicos<sup>253</sup>.

---

<sup>249</sup> HOLLADAY, Zachary. Public Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 19, pp. 555-573, 2012, p. 561.

<sup>250</sup> Ibid., p. 560.

<sup>251</sup> DEVA, op. cit., p. 35.

<sup>252</sup> HOLLADAY, op. cit., p. 571.

<sup>253</sup> DEVA, op. cit. p., 31.

### 3.4.3 O alegado declínio do estruturalismo nos EUA e a sua invalidação como modelo para outros ordenamentos jurídicos

De acordo com Russell Weaver, os tribunais dos EUA, durante o século XX, passaram a utilizar de uma forma extraordinária dos litígios estruturais, chegando mesmo a reestruturar entes administrativos, tais como escolas, prisões e clínicas para deficientes mentais, em que pese, na visão do autor, os remédios estruturais serem inconsistentes com a função judicial<sup>254</sup>.

Após *Brown*, diversos foram os outros casos em que as cortes passaram a usar dos remédios estruturais, principalmente no que se refere ao caso de prisões<sup>255</sup>. Um dos exemplos apontados é o caso *Hutto vs Finney*, em que se discutia a situação de superlotação das penitenciárias no estado do Arkansas, nas quais se observava uma situação de superlotação nas celas. Além disso, constatou-se um tratamento de violência por parte dos guardas penitenciários aos presos. Os presos eram assim submetidos a isolamentos como forma de punição, os quais a Corte entendeu como incomuns, desumanos e imprevisíveis. Tais presos ainda eram submetidos a tratamento desumano no que tange à violência física, posto que eram espancados pelos guardas que usavam de seus cassetetes para isso<sup>256</sup>.

A par dessa situação, o tribunal emitiu uma série de ordens que envolviam a colocação de beliches em todas as celas, a limitação do isolamento punitivo ao prazo de 30 (trinta) dias, bem como determinou a limitação do número de presos que poderiam ficar em cada cela. A Suprema Corte dos EUA confirmou as ordens do tribunal federal por entender que o estado do Arkansas já por diversas havia sido notificado sobre a situação em suas prisões, mas nada havia feito para remediar essa situação<sup>257</sup>.

De acordo com Weaver, assim como os casos de segregação escolar levaram ao auge na utilização dos remédios estruturais, foi por via de um caso também relacionado com a segregação escolar que começou o seu declínio<sup>258</sup>. Em diversos exemplos isso pode ser visto, tais como em *Oklahoma City vs Dowell*, em que a corte liberou o distrito escolar de Oklahoma de um decreto de segregação. Também fora assim no caso *Freeman vs Pitts*, em que a Corte concedeu o controle do distrito escolar à autoridade local. Nesse último caso,

<sup>254</sup> WEAVER, Russell L. The Rise and Decline of Structural Remedies. *San Diego Law Review*, v. 41, issue 4, p.1617-1632, 2004, p. 1617. Disponível em: <https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol41/iss4/11>. Acesso em: 12 Abr. 2020.

<sup>255</sup> Ibid., p. 1621.

<sup>256</sup> Ibidem.

<sup>257</sup> Ibid., p. 1622.

<sup>258</sup> Ibid., pp.1617-1632.

entendeu-se ainda que cessada a segregação escolar, devia-se diminuir o ímpeto e a necessidade de decretos estruturais<sup>259</sup>.

Em *O' She vs Lintleton*, trabalhadores negros, que defendiam igualdade de condições no trabalho, na moradia, educação e participação nas decisões do governo, organizaram um boicote econômico aos comerciantes que se colocavam contra a igualdade. Os trabalhadores alegaram que o juiz do condado estabeleceu requisitos mais rígidos para as suas ações bem como valores mais altos de honorários e penas mais altas, tudo isso em razão do boicote que haviam realizado, e solicitavam diante desse quadro, uma liminar para evitar a discriminação. O tribunal entendeu que os trabalhadores não tinham direito a nenhuma medida já que não atendiam ao requisito da controvérsia. Ainda que submetidos à discriminação em períodos passados, os trabalhadores não demonstraram a existência da necessidade de uma cautelar, posto que não apresentaram em suas petições, a existência de quaisquer efeitos presentes e contínuos<sup>260</sup>.

Para Weaver fica claro, a partir da constatação de um declínio dos remédios estruturais nos EUA, que os tribunais devem relutar em se utilizar de remédios estruturais. Os remédios estruturais envolvem os juízes em funções de natureza não judicial e que fogem ao conhecimento e ao escopo das funções que devem os juízes desempenhar. Para o autor, os remédios estruturais devem ser utilizados apenas em último caso<sup>261</sup>. Ademais a Constituição americana divide o poder público em três ramos distintos, bem como estabelece uma alocação de poderes entre os governos federal e estadual, atribuindo responsabilidades distintas a cada ente, responsabilidades estas que devem ser respeitadas pelos tribunais<sup>262</sup>.

Apesar de seu tom crítico em relação aos litígios estruturais, Weaver reconhece a importância do estruturalismo nos EUA, argumentando que o modelo foi fundamental para uma substancial mudança no que se refere a temas-chave, a exemplo da desegregação no sistema educacional dos EUA, de modo que não fosse a atuação dos tribunais, a desegregação

---

<sup>259</sup> WEAVER, Russell L. The Rise and Decline of Structural Remedies. *San Diego Law Review*, v. 41, issue 4, p.1617-1632, 2004, p. 1624. Disponível em: <https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol41/iss4/11>. Acesso em: 12 Abr. 2020.

<sup>260</sup> Ibidem.

<sup>261</sup> Ibid., p. 1628.

<sup>262</sup> Ibid., p. 1629.

nos EUA provavelmente não teria ocorrido, dada o período de grande hostilidade vigente, à época, em relação às decisões dos tribunais<sup>263</sup>.

Além disso, Weaver defende ainda a necessidade da utilização, na atualidade, dos remédios estruturais em relação a outros temas, já que muitos dos decretos estruturais envolvem problemas sociais difíceis, de modo que o autor entende como importante a sua utilização ainda em relação à situação das penitenciárias dos EUA, por exemplo:

Embora os casos de desagregação escolar pareçam estar diminuindo, há outras áreas em que os remédios estruturais permanecem apropriados. Uma dessas áreas diz respeito a litígios penitenciários. Em geral, os presos constituem uma minoria desprezada, muitos dos quais não têm voz no processo político porque os criminosos são privados de seu direito de voto. Além disso, contribuintes e eleitores frequentemente se rebelam contra gastar dinheiro em reclusos ou prisões, e alguns até acham que as condições punitivas da prisão são justificativas de retribuição contra criminosos. Como resultado, poucos políticos estão dispostos a gastar dinheiro em prisões ou reclusos, especialmente em tempos econômicos difíceis (como agora). Na ausência de intervenção judicial para garantir condições humanas aos prisioneiros, é provável que os presos sejam deixados em condições intoleráveis. Considerações semelhantes podem ditar alívio para os deficientes mentais ou físicos, e outros grupos que são menos capazes de advogar por seus direitos<sup>264</sup>. (tradução nossa)

No entanto, há entendimentos ainda mais conservadores no que tange às implicações concretas do estruturalismo *chaynesiano* para a sociedade nos EUA, é dizer, que não atribuem ao papel do Judiciário norte-americano, o resultado da diminuição da segregação racial no sistema educacional daquele país. Esse é o caso de Gerald Rosenberg, que em estudo sobre o impacto das decisões judiciais nas transformações sociais nos EUA, e especificamente em relação à questão da segregação racial no sistema educacional norte-americano, defende a ideia de que os tribunais tiveram pouca participação de fato no que se refere à diminuição da segregação<sup>265</sup>.

Para Rosenberg, a medição e o impacto das decisões da Suprema Corte no caso *Brown* e dos tribunais federais e estaduais no que se refere à desegregação deve levar em conta o aspecto temporal, dada a existência de um contexto que vai desde 1954 até 1964, quando tão

<sup>263</sup> WEAVER, Russell L. The Rise and Decline of Structural Remedies. *San Diego Law Review*, v. 41, issue 4, p.1617-1632, 2004, p. 1628. Disponível em: <https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol41/iss4/11>. Acesso em: 12 abr. 2020.

<sup>264</sup> *Ibid.*, pp. 1631-1632.

<sup>265</sup> ROSENBERG, op. cit., p. 19.

somente os tribunais agiram para fazer cessar a segregação, sem contribuições por parte do Executivo e do Legislativo; e o ano de 1965, quando o Legislativo e o Executivo de fato, ao legislarem sobre direitos civis, passaram a elaborar um conjunto de leis e tomaram medidas que tinham por objetivo claro, acabar com a segregação. Sobre essa questão, assim se manifesta o autor:

A década de 1954 a 1964 fornece um cenário ideal para medir a contribuição dos tribunais perante o Congresso e o Poder Executivo na desagregação das escolas públicas. Por dez anos, a Corte falou vigorosamente, enquanto o Congresso e o Executivo fizeram pouco. Então, em 1964, o Congresso e o Poder Executivo entraram na batalha com a parte mais significativa da legislação de direitos civis em quase noventa anos. Em 1965, a promulgação da ESEA<sup>266</sup> disponibilizou um bilhão de dólares em fundos federais para os distritos escolares que, de acordo com o Título VI, não discriminavam. Essa história permite isolar a contribuição dos tribunais. Se os tribunais foram eficazes na desagregação das escolas públicas, os resultados devem aparecer antes de 1964. No entanto, se o Congresso e o Poder Executivo, através da Lei dos Direitos Civis de 1964 e da ESEA de 1965, fizessem a diferença real, a mudança ocorreria apenas nos anos seguintes a 1964 ou 1965<sup>267</sup>. (tradução nossa)

Analisando o caso *Brown*, Rosenberg conclui que a atuação dos tribunais não foi tão significativa quanto se pensa, no que se refere à desagregação no sistema educacional dos EUA. Apontando estatísticas inclusive de estados do sul dos EUA, o autor afirma que o percentual de desagregação nestes estados após a decisão em *Brown* foi pequena, dado que grande parte desses estados simplesmente desrespeitou a decisão da Suprema Corte. Fato é que pós 1964 houve sim um aumento do percentual de desagregação nas escolas do sul, de modo que isto se deve segundo entrevistas realizadas com líderes escolares locais, mais a pressão dos líderes locais do que propriamente às decisões dos tribunais<sup>268</sup>. Para o autor, fica claro que as ações dos tribunais, a partir de *Brown*, não representaram, do ponto de vista substancial, uma transformação social quanto à desagregação nos EUA. Nesse sentido, se pronuncia Rosenberg:

---

<sup>266</sup> A sigla se refere à **Elementary and Secondary Education Act**, ou seja, a **Lei do Ensino Fundamental e Médio**, aprovada no ano de 1965 pelo Congresso norte-americano e sancionada pelo Presidente Lyndon Johnson. (grifo nosso)

<sup>267</sup> ROSENBERG, op. cit., p. 20.

<sup>268</sup> Ibid., p. 25.

No entanto, um exame mais detalhado revela que, antes da atuação do Congresso e do Poder Executivo, os tribunais praticamente não tinham efeito direto sobre o fim da discriminação nos principais campos da educação, votação, transporte, acomodações e locais públicos e habitação. Decisões corajosas e louváveis foram proferidas e nada mudou. Somente quando o Congresso e o Poder Executivo agiram em conjunto com os tribunais, houve mudanças nesses campos. Em termos de efeitos judiciais, Brown e sua progênese defendem a proposição de que os tribunais são impotentes para produzir reformas sociais significativas. Brown é um paradigma, mas exatamente pela visão oposta<sup>269</sup>. (tradução nossa)

Há entendimento ademais contrário a ideia de declínio do estruturalismo nos EUA. Nesse sentido Charles Sabel e William Simon reconhecem que os litígios estruturais apesar de terem sido, por muito tempo, criticados e até esquecidos, têm retornado ao debate outra vez, se convertendo em um instrumento influente e prometedora de prestação de contas democrática<sup>270</sup>. Segundo os autores, em que pese as diversas críticas feitas aos litígios estruturais, o que se observou é que nos EUA os tribunais de primeira instância continuaram julgando um rol crucial em um crescente movimento de reforma estrutural em temas chave como escolas, prisões, polícia, habitação e saúde mental<sup>271</sup>.

Por fim, e embora se opusessem às intervenções judiciais, as legislaturas toleravam e até mesmo incentivaram outras, consoante o exemplo de reformas de 1990 à legislação federal que trata de habitação, que autorizaram o Departamento de Habitação e Desenvolvimento Urbano a solicitar intervenções judiciais em relação a autoridades de habitação claramente problemáticas; bem como a legislação estadual no Texas e outros estados que responderam às inconstitucionalidades do sistema educacional apontados pelas intervenções judiciais<sup>272</sup>. Para os autores, além de não haver nenhuma redução dos litígios estruturais defendidos por Chayes, o que se tem notado é uma transformação dos remédios utilizados, passando de um modelo de “comando e controle” para um modelo dito “experimentalista”, tema que será aprofundado mais a frente<sup>273</sup>.

<sup>269</sup> ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change**. 2ª ed. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 2007, p. 32.

<sup>270</sup> SABEL, Charles F; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Traducción de Maria Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, La Plata, año 1, n. 2, p. 9-91, noviembre. 2017, p. 10. Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/6350>. Acesso em: 08 mai. 2020.

<sup>271</sup> Ibid., p. 12.

<sup>272</sup> Ibidem.

<sup>273</sup> Ibidem.



Além disso, e considerando que de fato houvesse um declínio do estruturalismo nos EUA, tal fato não justificaria a invalidação desse modelo de processo em outros ordenamentos jurídicos.

Não se deve tomar a parte pelo todo, no sentido de que as críticas feitas ao estruturalismo de Chayes tornem o modelo imprestável para outras realidades e ordenamentos jurídicos. A um porque, consoante demonstrou Sabel e Simon, houve uma transformação dos remédios utilizados nas últimas três décadas, de modo que, as críticas antes feitas em grande parte, precisariam, no mínimo, serem reanalisadas a partir dessa nova perspectiva experimentalista. A dois porque a simples pretensão de importação de um modelo não pode desconsiderar as peculiaridades das realidades para onde o modelo será transplantado.

Nesse sentido, cada país tem particularidades conjunturais que merecem ser observadas, com indicadores próprios de desenvolvimento social, económico, político e momentos ou estágios diversos de maturidade de suas democracias. Há países cujo sistema democrático há muito está consolidado, e por isso, muito mais eficazes são os institutos e as entidades democráticas do que em outros, em que os direitos civis, sociais e económicos ainda não possuem um grau de eficácia aceitável. Assim, não se deve comparar o grau de consolidação e desenvolvimento institucional, ou o grau de desenvolvimento dos direitos em países como EUA em relação a países como Brasil, Índia ou Colômbia, cujas características e grau de consolidação da democracia e o nível de desenvolvimento dos direitos é outra.

Para se ter uma ideia, basta olhar para o Brasil, país que segundo José Murilo de Carvalho, apresentou uma inversão na forma como se deu o aparecimento e o desenvolvimento dos direitos, já que por aqui os direitos sociais vieram primeiro que os direitos civis, ao contrário do que se mostrou nas realidades norte-americana e europeia<sup>274</sup>.

Mais do que isso, os direitos sociais surgiram mais em razão de uma postura de benesse do Estado, na figura principal do Executivo, do que resultado de lutas e batalhas vencidas pelos setores sociais. Tudo isso levou à ideia de supremacia estatal, e, portanto, do aparelho estatal como sendo o único meio de se obter direitos no Brasil; e por outro lado, em um desenvolvimento muito pequeno de organizações sociais, o que invariavelmente resultou em uma ideia de cidadania menos ativa no Brasil do que em países como os EUA<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil: O longo caminho**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, pp. 219-220.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 223.

Isso sem dúvida alguma representa um fator determinante para que se busque ainda o Estado como forma de se obter os direitos, em depreciação de movimentos sociais de natureza cidadã, mais democráticos, porém com resultados mais demorados, o que talvez seja um dos fatores que explique a procura do Poder Judiciário para a solução dos problemas sociais e países como o Brasil.

De qualquer maneira, o alegado declínio do estruturalismo nos EUA, seja porque de fato não houve declínio, mas uma transformação na forma como se dá a aplicação dos remédios estruturais, seja porque as peculiaridades de cada realidade devem ser levadas em consideração, não autoriza a invalidação do modelo de reforma estrutural em outros ordenamentos jurídicos, principalmente sob o caráter meramente experimental<sup>276</sup>.

### 3.5 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ADOÇÃO DO *STRUCTURAL LITIGATION*: CRÍTICAS DEMOCRÁTICA, INSTITUCIONAL E LIBERAL

Nessa parte do texto se adentrará em tema relacionado às críticas que têm sido, ao longo do tempo, suscitadas no que diz respeito a uma postura mais ativa do Judiciário, que tem sido denominada de forma pejorativa, de ativismo Judicial, em especial no caso do ativismo que se vê quando se utiliza do modelo de reforma estrutural, em que os juízes são atores muito ativos no processo e resolução dos litígios.

#### 3.5.1 Crítica democrática

A chamada crítica democrática diz respeito à consideração de vários autores que acusam a falta de legitimidade democrática da atuação ativista de juízes, que não foram eleitos pelo voto popular, e que são irresponsáveis perante o eleitorado<sup>277</sup>. Haveria nesse sentido, portanto,

<sup>276</sup> O termo “experimental” utilizado nesse trecho não diz respeito à abordagem experimentalista dos remédios estruturais desenvolvido por Sabel e Simon, dizendo respeito apenas a ideia de algo que se pauta na experiência, no conhecimento prático e empírico.

<sup>277</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 226.

De acordo com Dahl, para que se possa falar em democracia em larga escala, as instituições políticas exigíveis dentro do estado são: a) funcionários eleitos; b) eleições livres, justas e frequentes; c) liberdade de expressão; fontes de informação diversificada; d) autonomia para as associações; e) cidadania inclusiva. Em relação aos funcionários eleitos, o autor aponta que o controle das decisões dentro do governo deve ser

uma tensão entre o próprio constitucionalismo, enquanto forma de controle dos poderes estatais e a democracia<sup>278</sup>.

---

atribuído a funcionários investidos pela Constituição, e eleitos pelos cidadãos. DAHL, Robert. A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 99.

Ademais, as eleições devem ser livres, de modo que a coerção seja um elemento incomum. Para o autor, mais do que nunca, o sufrágio universal é o que de fato distingue a democracia representativa moderna das anteriores formas de democracia, em que eram negados a grande parcela da população o direito de escolha. *Ibid.*, pp. 100-101.

Para Dahl, uma das formas para que os cidadãos possam, em certa medida, participar das decisões políticas em grande escala como no caso de um país, se dá por meio da eleição dos mais importantes funcionários do país, de modo que os cidadãos mantenham esses funcionários de certa forma responsáveis por via das eleições, momento em que poderão estes funcionários não serem reeleitos. *Ibid.*, p. 107.

<sup>278</sup> Sobre democracia, merece destaque a concepção construída por Robert Dahl, Ao descrever o que constitui um processo dito democrático, o autor aponta para a existência de critérios que tornam um processo democrático, sendo eles: a) a participação efetiva, de modo que todos devem ter as mesmas oportunidades para fazerem com que os demais membros conheçam as suas opiniões; b) igualdade de voto, de modo que todos devem votar e os votos devem ter um valor igual para cada membro; c) entendimento esclarecido, de modo que cada membro do processo dito democrático deve ter as mesmas oportunidades, dentro do que é possível, sobre os caminhos e as prováveis consequências que poderão advir da escolha de uma determinada política; d) controle do programa de planejamento, de modo que todos os membros devem ter oportunidade igual para decidir como e a forma pela qual preferem que as questões sejam colocadas em um determinado planejamento; e) inclusão dos adultos, de modo que em um processo dito democrático, todos os adultos, ou pelo menos, a maioria deles, desde que residentes permanentes, devem ter o direito de serem reconhecidos como cidadãos e em consequência disso, terem implicitamente, garantia de participação efetiva. Diante desses critérios adotados, Dahl então concebe a democracia como algo que proporciona oportunidades para a participação efetiva, igualdade de voto, aquisição de entendimento esclarecido, exercer o controle do planejamento, e a inclusão de adultos. *Ibid.*, p. 50.

Mais a frente, o autor reconhece que nenhum estado possuiu um governo que se enquadrasse plenamente em todos os critérios do processo democrático, e é esperado que isso de fato nunca aconteça. No entanto, defende o autor, que a identificação e estabelecimento desses critérios trazem grandes vantagens na hora de se analisar de as realizações e as potencialidades de um governo democrático. *Ibid.*, pp. 52-53.

Em que pese o autor reconhecer a impossibilidade realística de se atingir e serem realizados todos os critérios de um processo tal como ele afirma democrático, a importância do estabelecimento deles está em se medir o desempenho de um governo, por exemplo, que se diz democrático. Os critérios servem assim como orientações. *Ibid.*, p. 54.

Ainda sobre isso, é preciso ressaltar que as tendências atuais da democracia se voltaram para outros modelos, a exemplo do modelo participativo e do deliberativo, oriundos principalmente das dúvidas enfrentadas pelo modelo de representação política republicano, que ao longo dos anos tem sido questionado, por um lado, pelos movimentos sociais que se consideram, em certa medida, mais representativos do que os próprios parlamentos, e por outro lado, por uma certa radicalização da “exigência de presença”, notadamente impulsionada pela ampliação do sufrágio, que deixou de ser restrito e passou a ser universal. NETO, Jaime Barreiros. **A engenharia institucional e o debate contemporâneo da reforma política no Brasil: Análise crítica das propostas e tendências**. Tese Doutorado (UFBA). 2017, pp. 133-138.

Consoante aponta Jaime Barreiros Neto, a crise do liberalismo com a crise de 1929 e a 2ª Guerra Mundial consolidou a derrocada do modelo puramente de representação da democracia. *Ibid.*, p. 138.

De acordo com Barreiros, em muitos países onde a democracia participativa é festejada, entende-se que seja o modelo adequado justamente por permitir uma maior aproximação do povo com o poder, o que afasta esse modelo do elitismo democrático que fora prevalente nos primórdios da sociedade. *Ibid.*, p. 139.

No modelo de democracia deliberativa, que teve grande influência na obra do filósofo alemão Jürgen Habermas, o foco da legitimidade deixa de ser a vontade do indivíduo, para ser a vontade formada a partir do consenso. Valoriza-se ademais, o uso da razão e o conceito de esfera pública. Habermas busca desenvolver um modelo de democracia que ele denomina de procedimental, apoiando-se numa comparação que faz dos modelos normativos de democracia. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. VI II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 10.

Para o autor, na perspectiva liberal, o processo democrático se realiza através do compromisso de interesses, compromisso esse que passa pelo direito de voto, pela composição representativa dos parlamentos, enfim, pelos direitos fundamentais liberais. Já a perspectiva republicana vê o processo democrático formado a partir

A revisão judicial seria um dos exemplos em que se dá essa tensão, na medida em que juízes que não foram eleitos pelo povo, teriam o poder de invalidar uma lei criada pelo poder Legislativo. A essa situação, Alexander Bickel <sup>279</sup> denominou de dificuldade contramajoritária<sup>280</sup>.

Considerando essa dificuldade, diversos autores apresentam argumentos contrários à legitimidade democrática do Poder Judiciário, dentre eles James Bradley Thayer, Jeremy Waldron e Larry Kramer. Esses autores reconhecem a existência da tensão entre o constitucionalismo e a democracia, e para resolver essa tensão, negam a própria legitimidade do *judicial review*.

Para Thayer<sup>281</sup> a atuação das cortes no tocante a declaração de inconstitucionalidade de uma lei deve ser moderada, de autorestrição, de modo que só devem as cortes declarar a

do auto-entendimento, no qual a deliberação deve estar pautada no consenso e deve ser realizada pelas vias culturais. A teoria do discurso acaba por fundir os elementos de ambas as perspectivas. Tudo está relacionado, de modo que se vê possível se chegar a um resultado considerado racional e equitativo. Dessa forma, a eticidade concreta de uma determinada comunidade ou a ideia de direitos humanos universais passa para uma lógica de argumentação e discurso. Ibid., pp. 18-19.

Ademais, a teoria do discurso, assim diz Habermas coloca o processo político da formação da opinião e da vontade no centro, sem perder de vista os princípios do estado democrático de direito. A política deliberativa se constitui não através de um agir da cidadania coletivamente organizada, mas de processos institucionalizados correspondentes com esses processos, se constitui ainda por via de deliberações institucionalizadas e por via de opiniões públicas que se formaram informalmente. Trata-se de um modelo de democracia que não tem como centro o Estado como um sujeito superdimensionado e que age para atingir um determinado objetivo. Ibid., p. 20.

A teoria do discurso se centra em processos de entendimento que se formam mediante processos democráticos ou na esfera comunicacional das esferas públicas. Essas comunicações se formam sem a necessidade de um sujeito, e se formam dentro de arenas onde podem surgir opiniões mais ou menos racionais e vontade sobre questões consideradas relevantes para a sociedade. Ibidem.

<sup>279</sup> BICKEL, op.cit., p. 16 e s.

<sup>280</sup> Sobre a dificuldade contra majoritária indicada por Bickel como um dos principais obstáculos ao modelo de revisão judicial, há trabalho de Robert Dahl, de natureza empírica, em que o autor refuta a ideia de que a Suprema Corte dos EUA agiria de forma contra majoritária, em especial, em relação às maiorias que se formam no Legislativo. De acordo com o autor, as visões defendidas no âmbito da Suprema Corte nunca foram de fato tão desalinhadas dos interesses do Presidente ou do Congresso americano, de tal forma que estes últimos sempre têm conseguido passar por cima do veto da Corte Suprema no que tange às decisões sobre políticas públicas. DAHL, Robert. A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker. **Journal of Public Law**, n. 6, pp. 279-295, 1957, p. 288.

Nesse sentido, se torna até sem sentido as posições daqueles que defendem o Judiciário como lócus para a proteção dos direitos no sentido de uma atuação contra majoritária, bem como as críticas daqueles que entendem não ser democrática a atuação de uma corte frente ao que decidido majoritariamente no âmbito do Poder Legislativo, afinal de contas, no final, o interesse formado pela maioria no Congresso americano é que prevalece. Ibid., p. 291.

Consoante nos aponta o autor, nos EUA, o ato de governar sempre dependeu da existência de alianças, de modo que a Suprema Corte também faz parte dessa engrenagem, de tal forma que ela caba por apoiar as principais políticas da aliança dominante. Mas o papel da Corte não se resume a ser parte dessa engrenagem, sendo, além disso, parte essencial e que constrói as suas próprias alianças, sendo a aliança mais importante a que diz respeito a sua legitimidade para interpretar a Constituição. Essa última aliança, no entanto é colocada em xeque se a Corte vai de encontro às principais políticas da aliança dominante. Ibid. p., 293.

<sup>281</sup> THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, pp. 129-156.

inconstitucionalidade de uma lei, quando se trate não apenas de um mero erro, mas de um erro tão claro que não esteja aberto à questão racional, demonstrando-se uma clara inclinação do autor com a ideia segundo a qual o Judiciário deve agir com deferência em relação ao Poder Legislativo.

Jeremy Waldron é outro dentre os autores contrários à legitimidade dos juízes declararem inconstitucional uma lei feita pelos legisladores. Para o autor, se mostra politicamente ilegítimo, sob o prisma dos valores democráticos, que se privilegie o voto de um pequeno grupo de juízes e que não tem nenhuma responsabilidade perante o eleitorado. O controle judicial priva os cidadãos de seus direitos e contraria princípios caros como os da representação e da igualdade políticas<sup>282</sup>.

Para Kramer<sup>283</sup> o povo é o titular de fato da palavra final sobre os significados da Constituição, sendo que ele deve exercer esse papel de forma direta ou indireta, por meio de seus representantes. Nesse sentido, não caberia aos juízes terem a palavra final acerca dos sentidos da Constituição.

Essa sem dúvida uma variação da abordagem crítica até então apresentada pelos autores, cujo foco era atribuir com exclusividade o papel da interpretação constitucional aos poderes constituídos, mas nunca atribuindo consoante o constitucionalismo popular faz, a interpretação da Constituição, diretamente ao povo, o que sem dúvida alguma demonstra um fortíssimo viés democrático na teoria. Trata-se ademais de definir a quem de fato cabe a interpretação última da constituição, o que em muito se aproxima da teoria de Peter Häberle, quando este defende que a interpretação da Constituição deve ser um ato realizado por todos aqueles que vivenciam a norma constitucional, o que define o ideal de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição<sup>284</sup>.

---

<sup>282</sup> WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales**. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018, p. 60.

<sup>283</sup> KRAMER, Larry D. **The People Themselves Popular Constitutionalism and Judicial Review**. USA: Oxford University Press, 2016.

<sup>284</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

### 3.5.2 Crítica institucional

Diz-se objeção institucional aquela que envolve aspectos técnicos relacionados com a falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para lidar com certas matérias, em especial quando se está defronte a temas relacionados às políticas públicas<sup>285</sup>.

Essas deficiências e as limitações técnicas dos juízes em relação a matérias como políticas públicas é que sustentam a necessidade de uma postura minimalista e cautelosa dos juízes. Trata-se de uma crítica relacionada com questões empíricas.<sup>286</sup> Relacionada com a análise da capacidade na prática de os juízes lidarem com temas muito técnicos que estejam fora do seu alcance enquanto julgador, dada a especificidade dos temas e as limitações de ordem prática que impediriam os magistrados de implementarem o conteúdo de suas decisões.

A crítica institucional para além de uma objeção ao ativismo judicial é uma crítica à teoria geral da interpretação jurídica<sup>287</sup>. Nesse sentido, Cass Sustein e Adrian Vermeule, para quem as teorias atuais de interpretação jurídica são debatidas em um nível muito alto de abstração, fazendo afirmações sobre assuntos como democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo, e desconsideram questões que para os autores são fundamentais para a interpretação jurídica, seja da lei ou da Constituição<sup>288</sup>.

Uma dessas questões diz respeito às capacidades institucionais, de modo que os debates sobre interpretação não podem ser resolvidos com sensatez se desconsideram o tema da capacidade institucional<sup>289</sup>. Deve haver uma mudança de abordagem das teorias interpretativas, de modo que se modifique a pergunta de “como se deve interpretar um texto”?

---

<sup>285</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 226.

<sup>286</sup> DANTAS, op. cit., p. 80.

<sup>287</sup> Nesse sentido, observa-se que Vermeule e Sustein chegam a afirmar que “poderemos ver que quase todas as discussões de interpretação mais importantes, incluindo, por exemplo, as de Jeremy Bentham, William Blackstone, H.L.A. Hart, Henry Hart e Albert Sacks, Ronald Dworkin, William Eskridge, John Manning e Richard Posner são incompletos e malsucedidos, simplesmente porque geralmente procedem como se a única questão fosse como “nós” devemos interpretar um texto.” Para os autores, esses teóricos trabalham como uma imagem idealizada, quase heróica acerca das capacidades institucionais do Judiciário. SUSTEIN; VERMEULE, op. cit., p. 886.

<sup>288</sup> Ibid., pp. 885-886.

<sup>289</sup> Ibid., p. 886.

para “como determinadas instituições, com suas habilidades e limitações diversas, estão interpretando certos textos?”<sup>290</sup>

Os tribunais até reconhecem as suas limitações no que se refere às suas capacidades institucionais, no entanto, esse reconhecimento na hora de interpretar as leis é ocasional e episódico. Ademais, as próprias teorias gerais de interpretação simplesmente nenhuma dimensão de importância dão às questões das capacidades institucionais e aos efeitos dinâmicos<sup>291</sup>. Essas questões têm sido há muito negligenciadas pelas teorias interpretativistas, em razão da própria cultura e educação jurídicas, que sempre colocaram os acadêmicos diante da pergunta “se você fosse juiz como interpretaria esse texto?”, o que desde logo fulmina qualquer abordagem institucional por parte dos intérpretes<sup>292</sup>.

Para Vermeule e Sustain, questões por eles defendidas como capacidades institucionais e efeitos dinâmicos, como elementos imprescindíveis de uma teoria geral de interpretação jurídica, são fundamentais não porque solucionem os debates existentes, mas porque mostram como realmente se dão as disputas e lançam luz sobre questões que de outra maneira passariam despercebidas. Qualquer teoria de interpretação jurídica, portanto, que negligencia essas questões, é incompleta<sup>293</sup>. Dai porque uma das críticas dos autores é dirigida a Ronald Dworkin, em razão do fato de sua teoria interpretativa apresentar um juiz idealizado que lida com questões interpretativas, ao contrário do juiz real que tem de agir diante da incerteza<sup>294</sup>.

Em relação à hermenêutica constitucional, e em especial, a aplicação desta no contexto da revisão judicial, observa-se que os seus métodos de interpretação não se têm mostrado, ainda que em menor grau em relação à interpretação da lei comum, sensíveis às capacidades institucionais. Os argumentos utilizados em nome da revisão judicial ignoram os riscos de erros judiciais e a possibilidade de efeitos dinâmicos para diversos atores políticos<sup>295</sup>.

Vermeule entende que as escolhas institucionais cujo amparo esteja sob compromissos como democracia, são abstratos demais para justificarem essas escolhas, posto que são compromissos que não tem uma natureza consequencialista<sup>296</sup>.

---

<sup>290</sup> Ibidem.

<sup>291</sup> SUSTEIN, Cass. R; VERMULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, p. 885-951, february 2003, p. 887.

<sup>292</sup> Ibid., p.888.

<sup>293</sup> Ibidem.

<sup>294</sup> Ibid., p.904.

<sup>295</sup> Ibid., p.933.

<sup>296</sup> VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice. **William & Mary Law Review**. v. 43, Issue 4, pp. 1557-1567, 2002, pp. 1557-1558. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol43/iss4/10>. Acesso em 05 mai. 2020.

Além disso, há escolhas institucionais de tal magnitude, que dependem de muitas informações, informações essas que simplesmente não estão disponíveis ou são excessivamente custosas para se obter. Nesses casos, o catálogo de perguntas é muito grande, a interação entre as instituições é muito dinâmica e complexa, sendo grande a possibilidade de consequências não intencionais em quaisquer arranjos de escolha institucional<sup>297</sup>. Dada a complexidade de determinadas escolhas institucionais, muitas das vezes não é possível obter todas as informações relevantes para adotar essa ou aquela escolha, de modo que se mostra muito provável que se adote uma escolha que tenha uma consequência não intencional e que poderia, em tese, prejudicar diversos outros atores da sociedade.

### 3.5.3 Crítica liberal

A chamada crítica liberal decorre da ideia de liberalismo<sup>298</sup> que instituiu a separação de poderes com fins de garantia da liberdade dos cidadãos perante o Estado<sup>299</sup>.

De acordo com Dallari, o antecedente mais remoto da separação de poderes está em Aristóteles, que considerava injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder. A teoria, no entanto, foi construída gradativamente, incluindo contribuições de Maquiavel, Looke e Montesquieu<sup>300</sup>.

<sup>297</sup> VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice. **William & Mary Law Review**. v. 43, Issue 4, pp. 1557-1567, 2002, p. 1558. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol43/iss4/10>. Acesso em 05 mai. 2020.

<sup>298</sup> De acordo com José Guilherme Merchior, o liberalismo surgiu como um protesto contra o abuso de poder estatal, razão pela qual adotou tanto a limitação da autoridade quanto a divisão da autoridade. MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo Antigo e Moderno**. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1991, p. 17.

O liberalismo em sua feição histórica original, também denominado de liberalismo clássico, pode ser toscamente definido como um conjunto de formulações teóricas relacionadas com uma ideia de Estado constitucional, cujas características são a existência de um governo central com poderes bem definidos e limitados e um certo grau de controle deste governo pelos governados. *Ibid.*, pp. 35-36.

A base formativa para o liberalismo fora a reivindicação de direitos, religiosos, políticos e econômicos, e a tentativa de controlar o poder político. Para o autor, pode-se certamente afirmar que a cultura moderna está associada a uma profusão de direitos. A liberdade, portanto está associada ao surgimento da civilização moderna. Assim parece haver uma fórmula de que a liberdade é igual à modernidade que é igual ao individualismo. As raízes históricas do liberalismo então, estão na experiência histórica da modernidade. *Ibid.*, p. 36.

<sup>299</sup> DANTAS, Eduardo de Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: A tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público**. Curitiba: Editora Juruá, 2019, p. 82.

<sup>300</sup> Para maiores informações acerca do contexto histórico do desenvolvimento do conceito de separação de poderes, ver: DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pp. 218-219.



Foi com esse último autor citado, inclusive, que a teoria da separação de poderes foi concebida como um sistema, em que se conjugam o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, harmônicos e independentes entre si, com a configuração que tomaria a maioria das constituições em todo o mundo<sup>301</sup>.

Karl Loewenstein entende a separação dos poderes como um dos dogmas políticos mais fundamentais para o constitucionalismo moderno. De acordo com o autor, o encontro do constitucionalismo com a separação de poderes se deu a partir do artigo 16 da Declaração Francesa de Direitos do Homem de 1789<sup>302</sup>.

A separação de poderes surgiu com o intuito de enfraquecer o poder do Estado, de modo a complementar a função limitadora da Constituição. Essa preocupação com a separação de poderes irradiou-se por todo o movimento constitucionalista, consoante se observa da preocupação de Madison, que ao escrever o artigo nº 47 da obra “Os Federalistas”, demonstra reconhecer os perigos da acumulação de poderes em um só ramo do governo<sup>303</sup>.

Essa ideia de separação de poderes, junto com a ideia de estado democrático<sup>304</sup> é que deu origem a outra engenhosa contribuição doutrinária dos EUA, que ficou conhecida como “freios e contrapesos” (*checks and balances*)<sup>305</sup>. Aqui é preciso deixar claro a diferenciação que se deve fazer das duas doutrinas, qual seja, de “separação de poderes” e dos “freios e contrapesos”. Consoante nos ensina Nagel, as duas doutrinas são um tanto opostas em

---

<sup>301</sup> Ibid., p. 218.

Nesse contexto cita-se trecho do artigo nº 47 de autoria de James Madison que constitui um dos artigos contidos na obra “Os Federalistas”: “O acúmulo de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, seja de uma pessoa, de algumas ou de muitas, seja hereditário, autodesignado ou eletivo, pode ser justamente considerado a própria definição de tirania”. MADSON, JAY e HAMILTON, op. cit. pp., 331 e 332.

<sup>302</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constituicion**. Traducion y cbludio sobre la ohra por Alfredo Gallego. Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1975, p.55.

<sup>303</sup> DALARRI, op. cit., p. 220.

<sup>304</sup> É preciso não confundir a crítica democrática com a crítica liberal. Nesse sentido o entendimento de Norberto Bobbio para quem a existência na atualidade de regimes que são denominados liberais-democráticos ou de democracia liberal induz a conclusão de que os dois termos sejam interdependentes. Mas pelo contrário, as relações entre os dois termos é ainda mais complexa. Por liberalismo se entende uma determinada concepção de Estado em que este tem poderes definidos e limitados, e dessa forma se contrapõe tanto ao chamado Estado absoluto como ao estado do bem-estar social. Já a democracia constitui uma das espécies de regime de governo, no qual o poder não fica retido nas mãos de um, mas de todos. Além disso, é preciso deixar claro que um estado liberal não será obrigatoriamente democrático, inclusive, historicamente se verifica que se realizou o estado liberal em sociedades em que o poder do governo era limitado e exercido, em grande, parte pelas classes mais ricas. Por outro lado, um estado democrático não gera obrigatoriamente um estado democrático, de tal forma que o estado liberal clássico está, hoje em dia, em crise em razão justamente da democratização, em especial, como produto da ampliação do sufrágio até se chegar ao sufrágio universal. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo y Democracia**. Tradución de José E Fernández Sanallán. México: FCE, 1989, p. 7.

<sup>305</sup> DALLARI, op. cit., p.220.

substância e derivação, mas muito consistentes no que diz respeito ao seu propósito. Ou seja, ambas buscam impedir o chamado poder tirânico<sup>306</sup>.

Consoante se disse anteriormente, as diferenças se dão em substância e derivação. Em substância, pelo fato de que a doutrina de separação de poderes estabelece uma distinção entre as três funções dos ramos de governo, de modo que um poder não deve interferir no outro; por outro lado, a doutrina de freios e contrapesos em sentido diverso, quer justamente que um poder possa ter competência para, em certos casos, intervir diretamente no outro. Já em relação à derivação, diz-se que enquanto a doutrina de separação de poderes tem antecedentes popular e democrático, a de freios e contrapesos é aristocrática e elitista<sup>307</sup>.

Segundo Loewenstein, a separação de poderes constitui o fato de, por um lado o Estado ter de cumprir algumas funções, e nesse sentido com uma divisão de trabalhos, e por outro, os destinatários do poder se saírem beneficiados em razão de as funções serem desempenhadas por diferentes órgãos, o que desde logo deixa claro que o *télos* ideológico da separação de poderes é a liberdade. Segundo o autor, a separação de poderes nada mais é do que a forma clássica de distribuir e exercer o controle político, de forma simultânea<sup>308</sup>.

Partindo da ideia de que por detrás da teoria da separação de poderes está o fato de que como nenhum poder pode ser considerado confiável no uso do poder, o poder de cada um dos ramos deve ser limitado por algum grau de poder, o Judiciário também não está imune a controles em razão de sua diferenciação funcional<sup>309</sup>. A crítica liberal de Nagel dirige-se então contra a substituição do governo pelo Judiciário, situação que sacrifica valores democráticos fundamentais em troca da salvaguarda de direitos constitucionais em um caso particular. Segue o autor, dizendo que o princípio da separação de poderes impõe claramente limitações ao Judiciário quando este se coloca na posição de agir como Executivo ou como o Legislativo tipicamente agem<sup>310</sup>.

Por fim, e no âmbito da doutrina nacional, Ingo Sarlet critica essa postura ativista por parte do Judiciário, ao dizer que na utilização das decisões estruturantes “o tiro pode sair pela culatra”, pois a depender do como se dará a forma de cumprimento das decisões, inclusive

---

<sup>306</sup> NAGEL, Robert. N. Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies. **Stanford Law Review**, v. 30, pp. 661-724, 1978, p. 682.

<sup>307</sup> NAGEL, Robert. N. Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies. **Stanford Law Review**, v. 30, pp. 661-724, 1978, p. 682.

<sup>308</sup> Aqui é importante ressaltar que para Loewenstein, o correto não seria denominar separação de poderes, mas separação de funções, pois que na verdade se trata da distribuição não propriamente de poderes, mas de funções estatais. LOEWENSTEIN, op. cit. pp. 55 e 56.

<sup>309</sup> NAGEL, op. cit., pp. 662 e 667.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 664.

ditando o quê e como fazer, essas medidas incisivas estarão invadindo a esfera de atribuições dos demais poderes e retirando destes a convencional autonomia e independência funcional, ou seja, colidindo de forma muito direta com os princípios democrático, da separação de poderes e do Estado Social<sup>311</sup>.

### 3.6 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À ADOÇÃO DO *STRUCTURAL LITIGATION* NO BRASIL

#### 3.6.1 A eficácia e a justiciabilidade dos direitos sociais

Há muito se vem discutindo acerca da eficácia das normas constitucionais inerentes aos direitos sociais, isso porque se tem apontado para a sua natureza de norma programática, o que nem a doutrina clássica de Rui Barbosa, ao defender a existência de normas autopericíveis (*self-executing provisions*) e não-autoaplicáveis (*not self-executing provisions*) disse. Para Rui Barbosa, pelo contrário, toda norma constitucional é dotada de efeitos<sup>312</sup>, assim como afirmou também José Afonso da Silva, para quem toda norma constitucional sempre produz efeitos jurídicos, na medida em que ao ser elaborada, importa na transformação da ordem jurídica preexistente<sup>313</sup>.

Ainda que isso seja claro, ainda subsiste a opinião daqueles que compreendem as normas de direitos sociais como normas destituídas de normatividade, é dizer que não possuem eficácia jurídica, aqui entendida como a aptidão para produzir efeitos no plano jurídico, e serem, conseqüentemente, exigidas judicialmente (*justiciabilidade*), enfim, seriam essas normas verdadeiras normas-programa<sup>314</sup>.

<sup>311</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sergio Cruz. **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodvim, 2017, pp. 203-232, p. 228.

<sup>312</sup> BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. Tomo II. 6ª ed. Saraiva: São Paulo, 1933, p. 96.

<sup>313</sup> SILVA, José Afonso da Silva. **A aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, pp. 71-75.

<sup>314</sup> COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. **Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales**, pp. 1-51, [2001], p. 2. Disponível em: <http://www.oda-alc.org/documentos/1366995147.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2020. A doutrina atual ultrapassou essa visão, de modo que os direitos sociais são vistos hoje como dotados de eficácia jurídica, e, portanto de aplicabilidade imediata e direta. Nesse sentido, interessante o argumento trazido por Flávia Piovesan e Renato Viera para quem, a Constituição de 1988 ao ineditamente colocar os

Um dos argumentos daqueles que são contrários à justiciabilidade dos direitos sociais diz respeito a diferenciar a estrutura dos direitos sociais em relação aos direitos civis e políticos, isso porque enquanto os direitos civis impõem uma conduta abstencionista, negativa por parte do Estado, os direitos sociais, culturais e econômicos pressupõem uma postura positiva, ativa por parte do Estado, algo que deve estar condicionado à existência de recursos públicos<sup>315</sup>.

Esse raciocínio consoante se demonstrará é equivocado, primeiro porque essas distinções estão baseadas em uma visão “naturalista” do papel e funcionamento do aparato estatal, a qual coincide com a visão do estado mínimo, ao qual cumpre apenas garantir a justiça, a segurança e a defesa. Mesmo os autores da economia política clássica como Adam Smith e David Ricardo consideravam óbvio haver uma inter-relação entre as obrigações negativas e positivas do estado, necessária para o exercício da liberdade individual<sup>316</sup>, ademais porque não analisa de forma aprofundada a estrutura da norma constitucional de direitos sociais, que será o ponto a ser discutido a seguir.

Consoante adverte Canotilho, o problema atual dos direitos sociais diz respeito a levar a sério o reconhecimento constitucional do direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao ambiente. Trata-se de levar tais direitos a sério, independentemente das dificuldades reais para obter a sua efetividade prática. Não se pode deixar que a garantia ou a não garantia de posições jurídicas tidas por fundamentais se condicionem a critérios, ou mesmo arbítrio, de simples maiorias parlamentares<sup>317</sup>.

---

direitos sociais, que anteriormente vinham de forma pulverizada, elencados nas constituições anteriores, no plano mesmo dos direitos fundamentais, significa que a eles lhes foi atribuída uma eficácia imediata. (Artigo 5o, parágrafo primeiro: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata). PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales**, Año 8, n. 15, p.128-146, Primer semestre de 2006, p. 131. Disponível em: [revistascientificas.us.es/araucaria/article/view](http://revistascientificas.us.es/araucaria/article/view). Acesso em: 05 mai. 2020.

<sup>315</sup> No que se refere à conhecida e usual teoria da reserva do possível como limite à implementação dos direitos sociais, Piovesan e Viera citam a transposição sem análise da realidade que no Brasil se fez de teoria que se mostrou compatível com a situação da Alemanha, país que ultrapassou o estágio de Estado-Providência. PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales**, Año 8, n. 15, p.128-146, Primer semestre de 2006, p. 139. Disponível em: [revistascientificas.us.es/araucaria/article/view](http://revistascientificas.us.es/araucaria/article/view). Acesso em: 05 mai. 2020.

<sup>316</sup> COURTIS; ABRAMOVICH, op. cit., p. 2.

<sup>317</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos en serio los derechos sociales, economicos y culturales. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 1, p. 239-260, 1988, pp. 247-248. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1226&IDA=35267>. Acesso em: 02 mai. 2020.

No caso do Brasil, há no direito constitucional contemporâneo, duas correntes doutrinárias que estudam o direito constitucional: a dogmática da razão do Estado e a dogmática constitucional emancipatória. A primeira se ocupa de estudar o direito constitucional numa perspectiva retrospectiva anterior à Constituição de 1988 e que praticamente ignora as novas visões e institutos transformadores dessa nova carta constitucional, estando alinhada com a manutenção do *status quo*. Essa primeira corrente está sempre na busca de legitimar normativamente os papéis do poder público, seja ele que papel for. A outra corrente denominada de dogmática constitucional emancipatória se ocupa em estudar o direito constitucional sob as luzes da dignidade da pessoa humana<sup>318</sup>.

Para Clève, trata-se de uma formação discursiva que tem uma visão prospectiva do direito, na medida em que não busca apenas saber como o direito se opera, mas, sobretudo e conhecendo as entranhas deste, construir bases teóricas para que se transforme a realidade social brasileira, daí sua prospecção. É dizer que para essa corrente o foco não é o Estado, mas a pessoa humana e o seu bem-estar físico, mental e psíquico. Consoante se vê, portanto, não se trata de uma corrente de natureza positivista, embora se respeite toda a normatividade constitucional. Trata-se em verdade, consoante o próprio nome sugere, de uma corrente emancipatória porque amparada em um compromisso principialista que vem para afirmar em alto e bom som, que o direito constitucional se realiza através da transformação dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais em dados inscritos na realidade existencial do país<sup>319</sup>.

Segundo Clève os direitos fundamentais clássicos no Brasil estão assentados em uma dogmática bem desenvolvida, que inclusive, sofre e vem sofrendo evoluções e sofisticções ao longo do tempo. Para essa dimensão de direitos, o entendimento é o de que eles são direitos que podem desde logo serem exercidos pelo cidadão e neste sentido não necessitariam de uma postura prestacional por parte do Estado<sup>320</sup>.

A teoria constitucional brasileira não desconhece que tais direitos são, em princípio, objeto de uma atuação abstencionista por parte do estado, mas isto não significa, e daí porque o termo “em princípio” que o Estado não deve atuar, isto porque a sua atuação é exigida sobretudo no plano da normatividade, consoante a necessidade de implementar políticas

---

<sup>318</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos sociais fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 54, p. 1-8, jan 2006, p. 1.

<sup>319</sup> Ibidem.

<sup>320</sup> COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. **Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales**, pp. 1-51, [2001], p. 2. Disponível em: <http://www.oda-alc.org/documentos/1366995147.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2020.

públicas que afirmem esses direitos. A atuação do estado é em relação a esses direitos, dupla, na medida em que se por um lado deve abster-se, por outro deve agir para criar as condições necessárias para que esses direitos sejam exercidos por seus titulares. Assim, por exemplo, o direito à inviolabilidade domiciliar, exige o direito à moradia; a liberdade de locomoção, em grandes cidades, exige a existência de um sistema de transporte coletivo com acesso a todos<sup>321</sup>.

É dizer que mesmo os chamados direitos civis e políticos demandam que o estado crie condições institucionais para que estes possam de fato ter existência. Ademais, outros direitos civis e políticos que em princípio parecem exigir apenas uma conduta negativa por parte do Estado também reclamam uma conduta positiva por parte deste. Em verdade, a estrutura dos direitos civis e políticos é caracterizada como um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do estado; ou seja, se por um lado há uma obrigação de abster-se, no sentido de não de atuar em certo âmbito; por outro, há uma obrigação de realizar certas funções com fins de garantir o gozo efetivo da autonomia individual<sup>322</sup>.

No que se refere aos direitos sociais, culturais e econômicos, Courtis e Abramovich entendem que a faceta mais visível dos direitos prestacionais é, de fato, a de fazer, mas não se mostra difícil descobrir obrigações negativas na estrutura desses direitos, de modo que tais obrigações positivas e negativas são encontradas de forma concomitante na estrutura de tais direitos, o que demonstra que não há nenhuma diferença estrutural e substancial entre os direitos civis e políticos e os direitos culturais, sociais e econômicos<sup>323</sup>. Além disso, os chamados direitos civis e políticos, outrora nominados como direitos-autonomia também têm adquirido um cariz social, consoante é o caso do direito de propriedade. Em suma, tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos sociais, culturais e econômicos constituem, na verdade, um complexo de obrigações positivas e negativas<sup>324</sup>.

Ademais, é preciso que se diga, nem todas as obrigações positivas por parte do estado dependem do dispêndio de recursos financeiros, algumas dependem tão somente do estado estabelecer normas que concedam relevância a uma determinada situação, tal como o direito

---

<sup>321</sup> COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. **Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales**, pp. 1-51, [2001], p. 2. Disponível em: <http://www.oda-alc.org/documentos/1366995147.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2020.

<sup>322</sup> Ibid., p. 3.

<sup>323</sup> Ibid., pp.3-4.

Piovesan e Viera defendem a ideia de que a diferença entre os direitos de defesa e os prestacionais pode até ser de grau, haja vista o tipo de proteção judicial que demanda, mas certamente não é de natureza, de modo que seria até ingenuidade considerar que os direitos civis e políticos são isento de custos, bastando como exemplo o direito político de sufrágio. PIOVESAN; VIERA, op. cit., p. 140.

<sup>324</sup> COURTIS; ABRAMOVICH, op. cit., p. 4.

de associação, que depende, por exemplo, do reconhecimento jurídico-legal por parte do ordenamento jurídico estatal da figura da associação<sup>325</sup>.

A problemática da justiciabilidade dos direitos sociais perpassa também pela questão da adequação, ou melhor, da alegada ausência de instrumentos processuais para a exigência de tais direitos, em especial nos casos de omissões por parte do poder público que violam os direitos sociais fundamentais. Há alegada objeção de que os instrumentos processuais, ações que surgiram no bojo de litígios tinham como medida o interesse individual, o direito de propriedade e a conduta abstencionista do estado, o que resultaria no fato de tais instrumentos serem limitados para os casos de exigibilidade dos direitos sociais. Tal objeção, no entanto, não demonstra que os direitos sociais não sejam justiciáveis, mas que há que se desenvolver instrumentos compatíveis para esse tipo de litígio<sup>326</sup>.

Clève entende que há uma nítida preponderância no Brasil de se adotar ensaios classificatórios quando se está a estudar a normatividade constitucional. Nesse passo, e em relação aos direitos fundamentais, o ensaio levou em conta a possibilidade de aplicação mediata ou imediata<sup>327</sup>. Propõe-se então, uma nova abordagem para tratar dos direitos fundamentais, qual seja a partir da ótica da jurisdição constitucional. Essa nova abordagem se justifica em face do proeminente sistema de controle de constitucionalidade aqui adotado, que embora seja considerado pródigo em ações que visam ao controle da atuação do Poder Público, não apresenta ainda um mecanismo de controle efetivo da omissão inconstitucional, especialmente em sede de controle abstrato<sup>328</sup>.

Sobre esse ponto, o autor paranaense se manifesta no sentido de que se deve buscar outros caminhos que sejam capazes de contemplar os direitos sociais:

É evidente que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão apresenta-se como um mecanismo absolutamente frágil de controle da omissão inconstitucional. O mandado de injunção, particularmente em função da jurisprudência da Excelsa Corte, assim como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, neste caso em função de sua configuração normativa, não substanciam meios eficazes e suficientes para a solução da inércia do poder público violadora de direitos fundamentais. A

---

<sup>325</sup> COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. **Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales**, pp. 1-51, [2001], p. 8. Disponível em: <http://www.oda-alc.org/documentos/1366995147.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2020.

<sup>326</sup> Ibid., pp. 15-16.

<sup>327</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos sociais fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 54, p. 1-8, Jan 2006, p. 2.

<sup>328</sup> Ibidem.

arguição de descumprimento de preceito fundamental, por seu turno, pode se apresentar como um interessante instrumento de controle. Cabe, entretanto, aguardar a afirmação de uma sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito, o que ainda não ocorreu. É necessário, portanto, orientar-se na busca da plena efetividade da Constituição, em particular das disposições que contemplam os direitos fundamentais de natureza social, por outros caminhos<sup>329</sup>.

Nesse sentido, há que se potencializar os instrumentos processuais disponíveis no sentido de implementação dos direitos prestacionais diante da omissão estatal. Está claro que as ações diretas por omissão, ADPF e Mandado de Injunção são frágeis, razão pela qual se entende cada vez mais cabível a adoção de meios convencionais processuais, tais como a ação civil pública<sup>330</sup>.

Por outro lado, defender a justiciabilidade dos direitos, e não apenas dos direitos sociais, diga-se de passagem, é também defender em certa medida, o papel do Judiciário nesse contexto de agente implementador dos direitos sociais.

Nesse sentido, cuida trazer à baila o entendimento de Cláudio Pereira de Souza Neto, para quem em se tratando de direitos sociais, o Judiciário tem legitimidade para concretizá-los ainda que a sua decisão não se coadune com decisões majoritárias. Nesse sentido, não é que haja uma usurpação do papel da maioria no que concerne à implementação do projeto constitucional, mas antes de tudo a garantia de direitos sociais cuja fruição é imprescindível para a própria ideia de cooperação social<sup>331</sup>.

Ou seja, quando as diferenças sociais criam barreiras entre aqueles que têm condições de arcar com os custos de medicamentos e aqueles que não têm, essa situação acaba por minar a própria estrutura da sociedade que se ampara e se legitima por via da concepção de que todos devem ser tratados com igual respeito<sup>332</sup>.

Já Clève fundamenta a atuação do Poder Judiciário na vinculatividade que se irradia a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, embora reconheça que a atuação deste poder deve se basear em uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais,

---

<sup>329</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos sociais fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 54, p. 1-8, Jan 2006, p.3.

<sup>330</sup> Ibid., p. 6.

<sup>331</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da constituição, democracia e igualdade**, pp. 1-43, [2003], pp.32-33. Disponível em: [https://www.academia.edu/9139234/Teoria\\_da\\_constitui%C3%A7%C3%A3o\\_democracia\\_e\\_igualdade](https://www.academia.edu/9139234/Teoria_da_constitui%C3%A7%C3%A3o_democracia_e_igualdade). Acesso em: 03 mai. 2020.

<sup>332</sup> Ibidem.



nomeadamente através da filtragem constitucional, e nesse sentido, fazendo uma releitura de toda a norma infraconstitucional sob a lente dos dispositivos constitucionais<sup>333</sup>.

A atuação do Poder Judiciário está ademais assentada na própria ideia de democracia, na medida em que a democracia não consiste em um governo da maioria, até porque a maioria de hoje pode não ser mais a maioria de amanhã, de modo que entre nós, o poder que guarda e resguarda os interesses da minoria é justamente o Poder Judiciário. O Judiciário é o guardião da dinâmica majoritário/contramajoritário De modo que ao invés de repelir a atuação judicial, a democracia reclama a atuação de tal poder<sup>334</sup>.

Diante disso, “zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura)”<sup>335</sup> o que certamente vem para fortalecer e consolidar o regime democrático.

Mas é preciso ter cautela, posto que no caso do Brasil o que se tem visto recentemente é uma descrença para com os entes de representação indireta, e um depósito muito grande de confiança nos juízes, como que estes fossem “reis filósofos”, o que não se mostra razoável. Essa supervalorização do Poder Judiciário como agente transformador não só causa decepções como também cria percepções elitistas de nossa estrutura institucional. Ocorre que, por detrás da supervalorização do Judiciário está a desconsideração do potencial transformador do voto<sup>336</sup>.

Nesse sentido, é preciso ressaltar, e ainda que não haja um consenso sobre o alívio na tensão entre a implementação dos direitos sociais e as questões relacionadas com a democracia e com as capacidades institucionais, que os tribunais encontraram várias formas de dar conteúdo aos direitos sociais, de modo que encontraram outras formas de gerenciar a tensão entre a aplicação desses direitos sociais e os custos da legitimidade para realizarem essa aplicação<sup>337</sup>. De acordo com David Landau, os tribunais têm se utilizado de quatro mecanismos para isso, quais sejam: a) a execução individualizada (*individualized enforcement*), b) injunções proibitivas (*negative injunctions*); c) revisões fracas (*weak form*) e

<sup>333</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos sociais fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 54, p. 1-8, Jan 2006, p. 4.

<sup>334</sup> Ibid., p. 6.

<sup>335</sup> Ibidem.

<sup>336</sup> SOUZA NETO, op. cit., pp. 35-36.

<sup>337</sup> LANDAU, David E. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 1, pp. 190-247, Winter 2017, p. 199.

d) injunções estruturais (*structural injunctions*)<sup>338</sup>. Se funcionam adequadamente ou se há algum dentre esses quatro mecanismos apontados pelo autor, que melhor se apresente com fins de implementar os direitos sociais, é o que se debaterá no tópico a seguir.

Por ora, e em que pese não se ter o intuito de exaurir toda a discussão acerca da implementação dos direitos sociais, acredita-se terem sido apontados alguns argumentos favoráveis ao uso de novos instrumentos processuais, já que não há nenhum direito social, cultural ou econômico que não tenha alguma faceta ou alguma característica que não permita a sua exigibilidade em caso de sua violação<sup>339</sup>.

### **3.6.2 Structural Injunction como um dos instrumentos processuais de justiciabilidade dos direitos sociais**

De acordo com Landau, para implementar direitos sociais que têm sido exigidos no plano judicial, muitos tribunais confiam em um modelo individualizado de execução e aplicação desses direitos, em que um único demandante pleiteia o seu direito. Essa atuação do tribunal ao conceder o direito àquela parte individualizada, além de trazer benefício exclusivo a própria parte somente, acaba por aparentar que o tribunal não está intervindo de uma forma massiva na formulação das políticas públicas<sup>340</sup>.

Para aliviar a tensão entre a imposição dos direitos sociais e questões relacionadas com a democracia, os tribunais também estão se utilizando das liminares proibitivas, nas quais eles

<sup>338</sup> LANDAU, David E. The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, pp. 190-247, Winter 2017, pp. 199 e ss.

<sup>339</sup> Nesse sentido, aponta-se a compreensão de Courtis e Abramovich para quem “Parte de los avances del derecho procesal contemporáneo se dirigen a este objetivo: las nuevas perspectivas de la acción de amparo, las posibilidades de planteo de acciones de inconstitucionalidad, el desarrollo de la acción declarativa de certeza, las class actions, los mandados de segurança y de injunção brasileños, la legitimación del Ministerio Público o del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos, son ejemplos de esa tendencia. Cabe agregar además que otra fuente de supuestas dificultades en la promoción de acciones que intentan poner de manifiesto el incumplimiento del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales radica justamente en los privilegios con que cuenta el Estado cuando es llevado a juicio, privilegios que no serían admisibles si se plantearan cuestiones similares entre particulares. De modo que, lejos de constituir una cuestión cerrada, la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana, y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehicular reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos”. COURTIS; ABRAMOVICH, op. cit., p. 16.

<sup>340</sup> LANDAU, op. cit., p.199.

mantêm o *status quo* e evita dar ordens positivas, que forçariam o estado a prestar um direito ou serviço<sup>341</sup>.

Embora essa postura permita que os tribunais realizem os direitos sociais e ao mesmo tempo sem a preocupação de serem vistos numa atuação que pareça ir além de suas competências típicas, tal postura tem um custo significativo<sup>342</sup>.

Tal situação ocorreria pelo fato de a classe média e alta possuírem, além de maior conhecimento de seus direitos, mais recursos para fazer frente às despesas com os processos judiciais. Nesse sentido, entende-se que é equivocado o entendimento segundo o qual na implementação dos direitos sociais, o tribunal age de forma contramajoritária, já que na verdade, na grande maioria dos casos, a implementação desses direitos sociais não tem como beneficiárias as classes mais marginalizadas, mas sim, quem tem condições de arcar com os custos do processo<sup>343</sup>.

Em suma, tanto a execução individualizada do conteúdo dos direitos sociais pelos tribunais, quanto as liminares proibitivas, contribuem pouco para melhorar a burocracia na prestação de direitos sociais<sup>344</sup>.

Ainda no que se refere às liminares proibitivas, entende-se que este tipo de aplicação dos direitos sociais também tem como destinatários grupos mais abastados. Esses grupos de classe média e alta, a exemplos dos funcionários públicos, detêm pensões e assistência médica, que podem ser alvos permanentes de governos que queiram reduzir gastos orçamentários para se enquadrar em exigências de entidades internacionais como o FMI. Os pobres por outro lado, têm poucas vantagens que podem ser retiradas pelo governo, de modo que se mostra pouco provável que em tempos de recessão ou ajustes estruturais, o governo decida por cortar os benefícios dos pobres<sup>345</sup>.

Esse tipo de ativismo judicial em relação às liminares proibitivas pode ser perigoso, porque pode ter reflexos macro econômicos, impedindo muitas das vezes, reformas estruturais necessárias, além da sua dubiedade dadas as razões de falta de equidade<sup>346</sup>.

---

<sup>341</sup> LANDAU, David E. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 1, pp. 190-247, Winter 2017, p.199.

<sup>342</sup> Ibid., pp. 199-200.

<sup>343</sup> Ibid., p. 200.

<sup>344</sup> Ibid., p. 201.

<sup>345</sup> Ibid., p. 233.

<sup>346</sup> Ibid., p. 240.

Numa escolha pelo melhor modelo, em verdade, acredita-se deve se levar em conta a tipologia do litígio, de modo que se estivermos diante de um litígio estrutural, entende-se assim como Landau, que a aplicação estrutural dos direitos sociais, ou seja, quando o tribunal emite ordens amplas destinadas a reformar a prática institucional por um longo período de tempo, apresenta um resultado eficaz em relação aos grupos de baixa renda. No entanto, por envolver questões de natureza policêntrica, é certo que a pressão sobre a legitimidade e capacidade de atuação dos tribunais será bem maior<sup>347</sup>.

Por fim, reafirma-se ser preciso potencializar os mecanismos judiciais para lidar com litígios em uma perspectiva estrutural. Nesse sentido, faz-se necessário mencionar a existência de um diálogo entre cortes constitucionais, que muito pode ajudar no desenvolvimento de instrumentos mais adequados para lidar com esses litígios.

Acerca desse diálogo, diz-se que envolve os tribunais da Europa, de Israel, Canadá e outras partes do mundo, o que tem gerado um aprendizado mútuo, no qual os tribunais começam a usar as ideias uns dos outros. No entanto, há um círculo ainda menor de tribunais de países em desenvolvimento que são muito receptivos à adoção de técnicas e novos modelos, mas que não têm sido bem sucedidos em ganhar influência com os principais atores<sup>348</sup>.

O conteúdo desse discurso depende muito das vezes das identidades dos atores principais, consoante é o caso dos tribunais constitucionais europeus, como é o caso do Tribunal Constitucional Alemão<sup>349</sup>.

O problema é que o paradigma europeu é o da revisão abstrata entre o tribunal e o Parlamento sobre o conteúdo da lei escrita, não a proteção judicial de direitos no caso concreto, e ainda menos litígios estruturais que tenham por finalidade a alteração de um modelo burocrático que impede a efetivação dos direitos constitucionais em larga escala. Nesse sentido, há que se ter criatividade judicial não apenas nos casos abstratos de revisão, mas também nos casos concretos, e, sobretudo, naqueles que sejam complexos. “[...]Pelo menos no mundo em desenvolvimento, o diálogo entre os países precisa colocar remédios judiciais complexos em sua essência”<sup>350</sup>. (tradução nossa)

---

<sup>347</sup> LANDAU, David E. The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, pp. 190-247, Winter 2017, p. 201.

<sup>348</sup> *Ibid.*, p. 241.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 242.

<sup>350</sup> *Ibid.*, pp.242-243.

### 3.7 SOBRE O MODELO DE INTERVENÇÃO JUDICIAL MAIS ADEQUADO NO CASO DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Nessa parte do texto, caberá apresentar quais são os principais modelos de intervenção judicial a partir das ordens determinadas pelo Poder Judiciário, e de que forma esses modelos podem ou não ser compatíveis com os litígios estruturais, e se há algum modelo que seja mais adequado, e em que situação isso seria possível. Para tanto, é preciso entender quais seriam esses modelos ou formas de intervenção.

De acordo com Puga, haveria duas formas de intervenção judicial para lidar com os litígios estruturais, as quais ela denomina de intervenção judicial complexa e intervenção judicial simples. A primeira consiste em um conjunto de ordens flexíveis, graduais e submetido a uma revisão por parte do Judiciário; já as formas de intervenção simples demandam uma atuação episódica do Poder Judiciário, com uma atuação que se define por uma única ordem<sup>351</sup>.

Para a autora argentina, é bom que se deixe claro, não existe uma forma de intervenção judicial seja simples ou complexa que seja *a priori* a mais adequada para ser utilizada em sede de litígios estruturais, de modo que o que irá determinar um ou outro tipo de intervenção será o antecedente ou a fonte que dá causa ao litígio estrutural.<sup>352</sup> Ou como assinala Puga, isso acontece quando “[...] a policentria do caso radica predominantemente no pólo passivo da relação causal”<sup>353</sup>. (tradução nossa)

O exemplo trazido pela autora é o caso de *Montserrat*<sup>354</sup> quando a causa estrutural apresentada na lide se deu como um fato unidimensional. O fato de que mulheres não estavam sendo aceitas em um colégio secundário, sendo que a ordem judicial cabível neste caso, e em que pese ser um caso típico de litígio estrutural, foi simplesmente uma determinação no sentido de que a entidade educativa permitisse que as mulheres ingressassem na escola. Com isso houve uma reconfiguração da composição estudantil, de modo que não se mostraram

<sup>351</sup> PUGA, Mariela. **Litígio Estructural**. Tesis Doctoral, pp. 1-328, maio 2013, p. 257. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/251231477\\_LITIGIO\\_ESTRUCTURAL\\_-\\_Tesis\\_Doctoral\\_Mariela\\_Puga](https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga). Acesso em: 11 mai. 2020.

<sup>352</sup> Ibid., p. 258.

<sup>353</sup> Ibidem.

<sup>354</sup> Para maiores detalhes, consultar: MONSERRAT, 2000. “González de Delgado, Cristina y otros. c. Universidad Nacional de Córdoba” CSJN el 19 de septiembre de 2000. Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-gonzalez-delgado-cristina-otros-universidad-nacional-cordoba-recurso-hecho-fa00000224-2000-09-19/123456789-422-0000-0ots-eupmocsollaf>. Acesso em: 11 mai. 2020.

necessárias ordens complexas e monitoramentos posteriores acerca do cumprimento de tal decisão<sup>355</sup>. Tal situação deixa claro que a utilização de remédios ou formas de intervenção complexa não são elementos definidores dos litígios estruturais.<sup>356</sup>

Dentro de todo esse contexto, é preciso entender também o que se define por remédio judicial. Nesse sentido, interessante a explicação de Puga para quem os remédios judiciais se expressam através das chamadas ordens regulativas. Estas seriam formas normativas que se justificam pragmaticamente, ou melhor dizendo, são formas que supõem e ou expressam determinadas escolhas que são feitas a fim de que determinados objetivos sejam alcançados<sup>357</sup>. O remédio judicial pode então ser expresso por uma ordem regulativa (ordem simples) ou por várias ordens regulativas que se dão em diversos momentos distintos (remédio complexo).<sup>358</sup> Essas ordens estabelecem ainda prazos, sujeitos destinatários dessas ordens e previsões para a manutenção da supervisão judicial dos resultados<sup>359</sup>.

Para deixar mais claro como se dá o funcionamento e quais são essas formas de intervenção, é fundamental trazer à baila o texto de Charles Sabel e William Simon, denominado de “Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público”, em que os autores analisam como se deu a transformação no perfil da atuação dos tribunais nos EUA, acerca de como lidar com os litígios estruturais naquele país ao longo das últimas três décadas.

De acordo com os autores norte-americanos, os remédios estruturais vêm passando por diversas transformações ao longo das três últimas décadas, passando de uma intervenção baseada no controle e comando para uma intervenção que se pode chamar de experimentalista, na qual, se foca em uma intervenção marcada pela ênfase na negociação permanente entre as partes e pela revisão contínua do desempenho das medidas adotadas, ao invés de se forçar em uma intervenção baseada em regras fixas e verticais<sup>360</sup>.

Um dos modelos de intervenção judicial denominado de modelo de “comando e controle” trata-se de modelo no qual a intervenção judicial é baseada em ordens e regras fixas,

---

<sup>355</sup> PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Tesis Doctoral, pp. 1-328, maio 2013, p. 258. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/251231477\\_LITIGIO\\_ESTRUCTURAL\\_-\\_Tesis\\_Doctoral\\_Mariela\\_Puga](https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga). Acesso em: 11 mai. 2020.

<sup>356</sup> Ibid., p. 259.

<sup>357</sup> Ibid., pp. 259-260.

<sup>358</sup> Ibid., pp. 261-262.

<sup>359</sup> Ibid., pp. 259-260.

<sup>360</sup> SABEL, Charles F; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Traducción de Maria Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, La Plata, año 1, n. 2, p. 9-91, noviembre. 2017, p. 9. Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/6350>. Acesso em: 08 mai. 2020.

que não permitem quaisquer alterações em seu modo de cumprir. De acordo com Sabel e Simon, o modelo de “comando e controle”, apresenta três características: a) tenta antecipar e expressar todas as diretivas de cumprimento em uma única ordem, que se caracteriza por ser difícil de modificar. b) propõe uma avaliação por parte dos demandados no que diz respeito ao cumprimento das decisões vinculadas ao conteúdo detalhado dessas decisões. Essas prescrições tendem a ser normas que ordenam condutas a serem realizadas, e não normas de desempenho que medem as condutas realizadas. c) o caráter diretivo dos tribunais (*special masters*) no sentido de eles serem os responsáveis pela formulação das normas de remediação<sup>361</sup>.

Trata-se de modelo no qual as partes devem cumprir a decisão na exata medida daquilo que foi ordenado e definido. Já o juiz deve conceder o direito na exata medida do que foi postulado na ação. Nesse contexto, não cabe negociação de medidas, definição de um plano comum ou uma participação mais ativa dos atores processuais que estão envolvidos na demanda<sup>362</sup>.

Embora o modelo de “ordens fechadas e específicas” acabe por privilegiar uma determinada política pública, engessando uma política que pode não ser a melhor para solucionar a questão, além de produzir resultados negativos, isso não significa que essa forma de intervenção judicial não pode ser utilizada em sede de litígios estruturais<sup>363</sup>. Em casos de menor complexidade, está claro que se pode utilizar desse modelo, já que nele se poderá conseguir maior coercitividade, mais celeridade na implementação das medidas estruturantes. Nos casos mais complexos, há uma nítida incompatibilidade desse modelo dito rígido e específico com o princípio da separação de poderes, além de uma grande chance de sua ineficácia para a solução da lide<sup>364</sup>.

Embora se possa utilizar desse modelo para casos estruturais, é preciso ressaltar que tal modelo só deve ser usado em casos menos complexos, bem como nos casos em que os tribunais detenham todas as informações possíveis, atuando ademais com cautela no sentido de intervir para a concretização dos direitos fundamentais apenas<sup>365</sup>.

---

<sup>361</sup> SABEL, Charles F; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Traducción de Maria Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, La Plata, año 1, n. 2, p. 9-91, noviembre. 2017, p. 15. Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/6350>. Acesso em: 08 mai. 2020.

<sup>362</sup> DANTAS, op. cit., p. 126.

<sup>363</sup> Ibid., p. 130.

<sup>364</sup> Ibid., p. 131.

<sup>365</sup> Ibid., p. 133.

Outro modelo é o de “ordens abertas e flexíveis”, o qual se caracteriza pela forma mais aberta na elaboração das decisões, bem como pela flexibilidade na escolha das medidas executivas. Ademais, as próprias partes podem modificar, por acordo, as medidas adotadas ou mediante uma nova decisão judicial<sup>366</sup>.

Ao contrário do modelo anterior, em que o tribunal atua de forma monolítica, no modelo de “ordens abertas e flexíveis” o juiz atua em diálogo com as partes, e a partir desse diálogo define medidas executivas, após ouvir as considerações e ter acesso às informações apresentadas. Trata-se de uma forma de intervenção complexa, e que por isso mesmo deve ter um antecedente ou fonte causal complexa<sup>367</sup>.

Por fim, fala-se ademais em um modelo dito “experimentalista”, o qual, e em contraste com uma intervenção baseada em regras fixas, é baseado em ordens flexíveis e provisórias, com procedimentos permanentes de participação das partes e medição de suas responsabilidades, ao mesmo tempo em que estabelece estandartes como procedimentos para avaliação também do desempenho institucional<sup>368</sup>. Embora seja semelhante com o modelo de “ordens abertas e flexíveis”, a sua característica distintiva é a possibilidade de revisão contínua e a provisoriedade das medidas<sup>369</sup>.

Consoante relatam Sabel e Simon, no modelo “experimentalista” o procedimento envolve tanto a análise de compromissos iniciais das partes, quanto compromissos em relação às instituições comparáveis, é dizer instituições que vêm obtendo êxitos, e por isso são tomadas como paradigmas a serem seguidos, de modo que a partir daí se possa ter um processo de aprendizado<sup>370</sup>. Aqui é importante dizer que tanto os objetivos quanto as metas de desempenho são consideradas provisórias e sujeitas à alteração e revisão contínuas com a participação dos interessados<sup>371</sup>.

A regulação experimentalista tem por característica uma governança em rede e em múltiplos níveis, de modo que a tomada de decisões não é fechada, permitindo o envolvimento de pessoas em diferentes faixas da sociedade<sup>372</sup>.

---

<sup>366</sup> DANTAS, Eduardo de Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: A tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público**. Curitiba: Editora Juruá, 2019, p. 134.

<sup>367</sup> Ibid., p. 136.

<sup>368</sup> SABEL; SIMON, op. cit. p. 12.

<sup>369</sup> DANTAS, op. cit., p. 141.

<sup>370</sup> SABEL; SIMON, op. cit., pp. 12-13.

<sup>371</sup> Ibid., p. 13.

<sup>372</sup> Ibidem.



Os tribunais no experimentalismo estão, ao mesmo tempo, mais e menos envolvidos em reconstruir as instituições públicas. Mais porque os processos envolvem uma participação cada vez maior, com uma autoavaliação participativa de todos os interessados; e menos porque cada vez mais as próprias partes é que definem as normas para o cumprimento das obrigações, não sendo tais normas de cumprimento o produto da decisão unidimensional dos tribunais<sup>373</sup>.

Aqui é imprescindível trazer à tona o motivo de Sabel e Simon trazerem como título de seu artigo “Direitos de Desestabilização”, colocando-os como triunfos para os litígios de interesse público. Os chamados direitos de desestabilização são pretensões de abrir as entidades públicas que se têm omitido de forma sistêmica em cumprir com as suas obrigações e que estão, sobretudo, à margem dos mecanismos tradicionais de rendição de contas à sociedade<sup>374</sup>. Ademais o efeito da intervenção inicial dos tribunais é voltada para desestabilizar as expectativas das partes, antes do litígio, no sentido de ampliar as possibilidades para que elas venham a realizar uma colaboração experimentalista<sup>375</sup>.

O fio condutor dessa evolução é a transformação de remédios verticais baseados em regras, para intervenções descentralizadas baseadas em estandartes<sup>376</sup>. Consoante nos explica os autores, diferentemente de uma postura dos tribunais em expedir comandos muito detalhados, os tribunais, ao invés de dar decisões com comandos específicos, têm se preocupado em fixar objetivos e métodos para monitorar o cumprimento de tais objetivos<sup>377</sup>.

Exemplificando o caso dos litígios estruturais nas escolas americanas, os autores indicam como se tem dado uma transformação na forma como os tribunais passaram a abordar os litígios estruturais nos EUA, o que segundo eles envolve tanto uma tendência à descentralização quanto à centralização, o que demonstra o modelo experimentalista que vem sendo adotado nos EUA nos últimos anos:

Esses regimes mais ambiciosos foram influenciados pelo movimento de “nova rendição de contas” na reforma educacional. Esse movimento resulta da interação de tendências centralizadoras e descentralizadoras ao mesmo tempo. O padrão centralizador enfatiza a importância da medição comparativa do desempenho e dos incentivos materiais. O elemento

---

<sup>373</sup> SABEL, Charles F; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Traducción de Maria Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, La Plata, año 1, n. 2, p. 9-91, noviembre. 2017, p. 13. Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/6350>. Acesso em: 08 mai. 2020.

<sup>374</sup> Ibidem.

<sup>375</sup> Ibid., p. 14.

<sup>376</sup> Ibid., p. 16.

<sup>377</sup> Ibid., p. 17.

descentralizador prescreve a delegação de autoridade sobre a instrução em sala de aula por agentes públicos nacionais e estaduais para distritos, diretores de escolas e professores (e às vezes pais). A combinação de monitoramento baseado em padrões e discricção local busca reconciliar a rendição de contas sistemática com as competências locais<sup>378</sup>. (tradução nossa)

Ademais, essa tendência à transformação dos remédios estruturais em torno do que se tem denominado de experimentalismo, parece também estar vinculada ao próprio tema de fundo do litígio estrutural, a exemplo do caso dos litígios estruturais nas prisões norte-americanas, de modo que se antes o tema da reforma estrutural dos presídios estava atrelado muitas das vezes à superlotação, na atualidade, centra-se o mesmo no debate acerca dos cuidados com saúde dos presos e outros temas considerados mais complexos. Nesse sentido, é preciso ressaltar que se mostra muito mais fácil detalhar comandos para temas relacionados com superlotação do que com temas relacionados a cuidados com a saúde por exemplo<sup>379</sup>.

De acordo com os autores norte-americanos, são três as principais características do experimentalismo: a) negociação entre as partes interessadas, b) a existência de regras marcadas pela provisoriedade, e c) transparência<sup>380</sup>.

No que diz respeito à característica da negociação entre as partes interessadas, diz se que as partes se reúnem para estabelecer um plano. Ademais, podem participar dessa negociação até mesmo grupos que não são formalmente consideradas partes, mas que aleguem um significativo interesse dentro do debate. Outros grupos que se mostrarem

---

<sup>378</sup> SABEL, Charles F; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Tradución de Maria Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, La Plata, año 1, n. 2, p. 9-91, noviembre. 2017, p. 19. Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/6350>. Acesso em: 08 mai. 2020.

<sup>379</sup> Ibid., p. 45.

É importante salientar que desde as intervenções judiciais nos sistemas prisionais de Arkansas em 1969 e no Texas em 1972, deu-se início a uma série de intervenções judiciais, nos quais os tribunais elaboraram verdadeiros códigos de administração dos presídios, detalhando assuntos variados como áreas de residência, sistemas sanitários, comida, vestimenta, cuidado médico, biblioteca, disciplina, trabalho e educação, de modo que tanto as decisões quanto as normas que resultavam destas podem ser consideradas como detalhadas em excesso e até insuportáveis. Há até hoje, medidas que ainda se implementam nos sistemas prisionais dos EUA, em que pese desde o ano de 1980, a Suprema Corte e os tribunais terem adotado uma postura de deferência ao conhecimento da administração pública no que se refere à administração das prisões, o que certamente também está diretamente vinculado a grande resistência que há dentro da sociedade em relação aos gastos que se tem de fazer para se colocar em prática grande parte daquilo que decidido em relação aos sistemas prisionais pelos tribunais. Ibid., pp. 28-30.

<sup>380</sup> Ibid., pp. 59-64.

importantes para o desenlace da questão também poderão ser convidados para a negociação. Essas negociações poderão ser supervisionadas por um mediador designado pelo tribunal<sup>381</sup>.

Por fim, é preciso dizer que a negociação tem natureza deliberativa, é dizer que as partes se encontram cara a cara, para apresentar cada uma, as suas razões. Espera-se que estejam dispostas a aprender e abertas para que se coloquem de acordo com os remédios judiciais que sejam colocados para solucionar o litígio estrutural. O objetivo do debate é o consenso entre as partes<sup>382</sup>.

A segunda característica do modelo experimentalista é a existência de regras marcadas pela provisoriedade, ou seja, as regras que decorrem da negociação entre as partes interessadas têm caráter provisório, já que incorporam um processo contínuo de reavaliação por parte dos interessados, considerando que as partes reconhecem que não são capazes de elaborar eficazmente, regras fixas e específicas para o problema que se coloca. É óbvio que este tipo de característica se apresenta para aqueles tipos de processos em que não são conhecidas pelas partes interessadas, todas as informações suficientes<sup>383</sup>.

Por fim, a última característica desse modelo é a transparência. Significa que todas as regras provisórias que resultaram das negociações entre as partes interessadas devem ser explícitas e conhecidas. Diz respeito ainda ao fato de que deve haver medidas de avaliação e cumprimento previamente acordados e que tanto esses procedimentos de avaliação quanto os seus resultados têm que ser públicos e conhecidos. Em suma, a transparência deve ser ao mesmo tempo, uma norma de rendição de contas e uma norma de aprendizagem de todos<sup>384</sup>.

Dito isso cabe uma última reflexão acerca ainda do melhor modelo no que se refere aos litígios estruturais. Fora dito acima que o modelo seja ela de “ordens fechadas e específicas”, ou seja, de “ordens abertas e flexíveis” ou ainda o modelo “experimentalista” são todos modelos compatíveis com o litígio estrutural, e que a complexidade da causa ou antecedente é que determinará a utilização de um ou outro modelo, ou até mesmo que sejam combinados os diversos modelos acaso se mostre mais eficaz a conjugação em um determinado caso, em que ordens mais rígidas possam ser adotadas para determinada causa de agravo e ordens mais

---

<sup>381</sup> 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**, La Plata, año 1, n. 2, p. 9-91, noviembre. 2017, p. 60. Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/6350>. Acesso em: 08 mai. 2020.

<sup>382</sup> Ibid., p. 61.

<sup>383</sup> Ibid., pp. 61-62.

<sup>384</sup> Ibid., pp. 63-64.

abertas e flexíveis possam ser adotadas em relação a outras causas mais complexas, tudo desde que monitorado e avaliado o cumprimento de metas de desempenho preestabelecidas.

Existem litígios estruturais que embora a causa estrutural seja vinculada inicialmente a um único fato ou antecedente causal, no momento de implementação se faz necessária a utilização de remédios complexos. Exemplo disso pode ser o caso de uma lide cuja causa do agravo seja um fato único, mas que posteriormente e no momento de se implementar o remédio, se verifique que esta única causa em verdade está vinculada a outras determinações fáticas interligadas e significativas o suficiente para serem levadas em conta, tais como situações e fatores que se conectam com o chamado “único fato” de forma complexa<sup>385</sup>.

Sobre essa hipótese, assim se manifesta Puga:

Por exemplo, imagine um conflito socioambiental em que se define como única causa do dano o fato de “o rio estar poluído”. Uma ordem simples (por exemplo, “deixe o rio ser limpo”) poderia ser suficiente desde a lógica normativa. No entanto, se essa ordem não impediu que o rio continuasse a ser poluído, o sentido comum prático alertará ao tomador da decisão para certas complexidades na determinação do suposto ato como a causa do dano. Na verdade, o rio pode estar poluído devido a fatores que persistem enquanto ele está sendo limpo, fatores que funcionam como “pontos de interação” sobre a poluição (Fuller, L., 1978). Se já foram mencionados no litígio, eles terão feito parte do relato multicausal e já terão forçado o tomador de decisão a articular remédios complexos para atendê-los. Caso contrário, tornar-se-ão relevantes no momento da implementação, obrigando a reformular o sentido policêntrico do conflito e, assim, justificar a necessidade de um remédio estrutural complexo.<sup>386</sup> (tradução nossa)

Consoante nos alerta Puga é óbvio que todo fato pré-jurídico tem uma multiplicidade de causas, portanto, uma fenomenologia complexa. No entanto, quando se fala em determinações fáticas suficientes, está se referindo a determinações que sejam imprescindíveis para fins de que aquele que decide possa pensar que com um remédio judicial simples não seja capaz de alcançar o objetivo regulativo que se pretende<sup>387</sup>.

Conclui-se então que em sede de litígios estruturais não existe um modelo de intervenção judicial que seja adequado *a priori*, já que a aplicação de quaisquer que sejam os

---

<sup>385</sup> PUGA, Mariela. **Litígio Estrutural**. Tesis Doctoral, pp. 1-328, maio 2013, p. 262. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/251231477\\_LITIGIO\\_ESTRUCTURAL\\_-\\_Tesis\\_Doctoral\\_Mariela\\_Puga](https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga). Acesso em: 11 mai. 2020.

<sup>386</sup> Ibid., p. 263.

<sup>387</sup> Ibid., p. 262.

modelos dependerá da determinação fática que seja suficientemente significativa, como causa do agravo<sup>388</sup>. Na verdade, a conjugação dos modelos tem se mostrado como uma resposta mais eficiente e por via de consequência mais compatível com a separação de poderes e com a democracia, quando se tem deparado com litígios estruturais mais complexos, a exemplo do que vem ao longo do tempo demonstrando a corte constitucional colombiana, através do “estado de coisas inconstitucional” (que tem se utilizado de alguns poucos comandos rígidos e específicos, de ordens abertas e flexíveis, e de revisões e monitoramentos permanentes dos objetivos pretendidos pela decisão), tema que será adiante melhor aprofundado.

---

<sup>388</sup> Consoante nos alerta Mariela Puga “Para iniciar o estudo dos remédios estruturais, é necessário notar, por um lado, que as intervenções judiciais complexas (ordens de fiscalização diversas, graduais e contínuas) não são novas e, por outro lado, que não são a única forma de sentenciar em casos estruturais.” (tradução nossa). PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Tesis Doctoral, pp. 1-328, maio 2013, p. 256. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/251231477\\_LITIGIO\\_ESTRUCTURAL\\_-\\_Tesis\\_Doctoral\\_Mariela\\_Puga](https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga). Acesso em: 11 mai. 2020.

## 4 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO TÉCNICA PARA SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS

### 4.1 ORIGENS, CONCEITOS E ATUAL ESTÁGIO DE DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL

Nessa parte do texto serão apresentados e debatidos os principais aspectos das origens, conceitos, requisitos e a atual posição ou estágio em que se encontra o chamado “estado de coisas inconstitucional” dentro da jurisprudência colombiana, grande responsável pela idealização dessa técnica jurídica.

#### 4.1.1 Origens

Diz-se que o estado de coisas inconstitucional surgiu a partir da discussão teórica entre os defensores da teoria da *structural remedies* com os defensores da *political question doctrine* nos EUA. Em que pese a *structural remedies* já ter sido amplamente debatida ao longo do capítulo anterior, pode-se resumidamente dizer que enquanto para esta teoria permite-se a intervenção judicial em razão da necessidade de proteção dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, aquela, considera que não cabe ao juiz intervir em assuntos que sejam de competência dos poderes Legislativo e Executivo, devendo-se restringir o magistrado à proteção dos direitos fundamentais apenas em sua dimensão subjetiva<sup>389</sup>.

A chamada *political question doctrine* foi formulada pela Suprema Corte dos EUA ao longo de diversos casos como *Luther vs Borde*, *Baaker vs Carr*, *Powel vs McComak* e *Alfred Dunhill of London Inc vs Republica de Cuba*, sendo que a vedação para o juiz atuar em

---

<sup>389</sup> CONTRERAS, Edgar Hernán Fuentes; LÓPEZ, Beatriz Eugenia Suárez; VILLEGAS, Adriana Rincón. Facticidad y Constitución: La Doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en América Latina. **Athenas**, v. I, n. 2, pp. 49-75, Brasil, 2012, pp. 52-53.

matérias de competência exclusiva de outros poderes, está intimamente ligada a uma ideia estrita de separação de poderes<sup>390</sup>.

Utilizando-se dos dizeres de David Landau, os diálogos entre as cortes constitucionais têm propiciado um fenômeno de recepção por parte dos tribunais em países periféricos de técnicas e modelos adotados pelos tribunais dos atores principais, o que não significa consoante se demonstrará que o estado de coisas inconstitucional seja uma cópia dos litígios estruturais criados nos anos 50 nos EUA, dada a sistematização e verdadeira consolidação teórica da técnica, atualmente, no país sul-americano.

A Corte Constitucional colombiana parece ser uma das exceções ao que se afirma sobre o movimento de importação por atores mundiais menos importantes de técnicas e modelos desenvolvidos pelas cortes dos atores principais, na medida em que tem se convertido em uma exportadora nata de jurisprudência constitucional ao redor de todo o mundo, fruto em grande parte não apenas das técnicas que vem desenvolvendo no que se refere aos litígios estruturais, mas também em razão de diversas outras decisões de natureza progressista, mais especificamente, em mais de vinte e duas mil ações constitucionais que tem julgado desde a sua criação em 1992, o que a fez ser incluída, com frequência, nos estudos constitucionais contemporâneos. Trata-se de um giro paradoxal em matéria de história constitucional comparativa pensar que um dos países com uma das mais graves violações de direitos humanos, ter se convertido em um dos mais inovadores, no que se refere ao desenvolvimento de mecanismos de proteção desses mesmos direitos humanos<sup>391</sup>.

Consoante nos alertam Cesar Garavito e Diana Franco, a Corte Constitucional da Colômbia não tem sido a única a adotar esses mecanismos, sendo esta uma tendência mundial no sentido de atribuir aos juízes um protagonismo no que tange à efetivação dos direitos fundamentais<sup>392</sup>.

O estado de coisas inconstitucional se originou a partir de decisão da Corte Constitucional da Colômbia, já que inexistente previsão desse mecanismo de forma expressa no

---

<sup>390</sup> HERNÁNDEZ, Clara Inês Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado 'estado de cosas inconstitucional'. **Revista Centro de Estudios Constitucionales**, Santiago de Chile, Universidad de Talca, v 1, n. 1, pp. 203-228, 2003, p. 210.

<sup>391</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la Exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015, pp. 22-23.

<sup>392</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, pp. 15-16.

texto constitucional colombiano. O fundamento jurídico que a Corte Constitucional se utilizou para o estado de coisas inconstitucional está previsto no artigo 113 da Constituição Política de 1991, o qual estabelece o princípio da colaboração harmônica entre os ramos do poder público, o que autorizaria a Corte Constitucional a notificar as outras autoridades públicas acerca da existência de fatos que violam a Constituição<sup>393</sup>. Como segundo fundamento, o juiz constitucional se utilizou do argumento econômico, segundo o qual resultaria menos custoso para o Poder Judiciário realizar um pronunciamento que abarcasse uma multiplicidade de situações semelhantes, do que esperar que cada cidadão impetrasse a sua respectiva ação de tutela<sup>394</sup>.

Assim, coube a *Sentencia de Unificación n° 559 de 1997* ser a decisão que dá início ao estado de coisas inconstitucional. Desta feita, discutia-se, inicialmente, o caso de 45 (quarenta e cinco) professores dos municípios de *Maria La Baja* e *Zambrano*, que simplesmente tiveram os direitos previdenciários negados pelas autoridades municipais, em que pese serem contribuintes no percentual de 5% dos seus subsídios para o *Fundo de Prestación Social*. As autoridades negaram os direitos dos docentes argumentando razões de escassez de recursos orçamentários, num panorama de evidente desproporcionalidade entre a obrigação dos docentes, que estavam obrigados a recolher a contribuição, e a contraprestação do estado, que deveria conceder direitos de natureza previdenciária e também cobertura de saúde aos segurados<sup>395</sup>.

Em sede de ação de tutela, a CCC reconheceu os direitos dos docentes, mas não se limitou a isso. Passou então a corte a investigar os fatos e descobriu que não apenas aqueles docentes reclamantes estavam com aquele problema, mas em torno de 80% (oitenta) por cento dos professores de todos os municípios do país se encontravam na mesma situação<sup>396</sup>. A corte constatou, portanto, um descumprimento de uma obrigação legal que não se podia atribuir apenas a um órgão, já que se tratava de uma falha estrutural<sup>397</sup>. Constatou-se ademais, que embora a violação dos direitos dos professores fosse dos municípios, as falhas eram do

---

<sup>393</sup> HERNÁNDEZ, Clara Inês Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado 'estado de cosas inconstitucional'. *Revista Centro de Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Universidad de Talca, v 1, n. 1, pp. 203-228, 2003, p. 214.

<sup>394</sup> *Ibidem*.

<sup>395</sup> CAMPOS, op. Cit., p. 121.

<sup>396</sup> *Ibidem*.

<sup>397</sup> *Ibidem*.



próprio sistema como um todo, e que justamente em razão disso, não seria possível que apenas um órgão fosse o responsável por solucionar o problema<sup>398</sup>.

Para além de tudo isso, é preciso ressaltar que um dos pontos centrais desse caso se concentra no fato de que a corte estava defronte a um dilema fundamental. De acordo com Clara Inês Vargas Hernández, cabia à corte, ao julgar a sentença SU-559 de 1997, dizer se os direitos fundamentais deveriam ser compreendidos como direitos subjetivos, ou ir mais além, no sentido de defini-los como uma ordem de princípios e valores que irradiam por todo o ordenamento jurídico, ou seja, se são princípios constitucionais que impõem uma atuação das autoridades públicas, o que em consequência faria com que o juiz constitucional tivesse de analisar, ainda que em sede de ação de tutela, cujos efeitos são *inter partes* e cujo escopo é o de solucionar casos concretos de violação de direitos fundamentais, a eficiência de algumas políticas públicas. Foi essa última perspectiva que adotou a corte, por via de uma figura que ela denominou de “estado de coisas inconstitucional”<sup>399</sup>.

#### 4.1.2 Conceitos e objeto

Quando nos referimos ao estado de coisas inconstitucional como conceito, desde já se deve deixar assentado, que não apenas existe um, mas sim, vários conceitos, daí porque se adotou o plural e não o singular do vocábulo “conceito”. Pelo menos no plano jurídico, o “estado de coisas inconstitucional” não é unívoco, ou seja, não é dotado de apenas um sentido. Nessa parte do texto, no entanto, buscar-se-á identificar qual seria o conceito que mais se aproxima do que vem ocorrendo em sede de desenvolvimento do tema na Colômbia nos últimos anos.

De acordo com Edgar Contreras, Beatriz López e Adriano Villegas, o “estado de coisas inconstitucional” consiste em uma categoria jurisprudencial, já que foi criada por via de decisão da Corte Constitucional colombiana em 1997, na sentença de *Unificación* n 559<sup>400</sup>. Surgiu na Colômbia como mecanismo de visualização e concepção de cenários de violações

---

<sup>398</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 122.

<sup>399</sup> HERNÁNDEZ, op. cit., p. 214.

<sup>400</sup> CONTRERAS; LÓPEZ; VILLEGAS, op. cit., p. 51.

sistemáticas de uma numerosa gama de direitos fundamentais estabelecidos em diversas legislações latino-americanas<sup>401</sup>.

Também nesse sentido de compreender o ECI como categoria jurisprudencial, mas não propriamente com essa expressão, se manifestam outros autores, com sensíveis mudanças conceituais.

Para Gabriel Bustamante Peña, o “estado de coisas inconstitucional” consiste em uma decisão judicial através da qual a Corte Constitucional declara que há uma violação massiva, generalizada e estrutural dos direitos fundamentais. É tamanha a violação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, que o próprio quadro de anormalidade constitucional impõe aos entes públicos envolvidos, a adoção de ações eficazes no sentido de superar essa anormalidade<sup>402</sup>.

Ademais, entende Peña que se trata de uma criação intelectual ainda em construção e desenvolvida em oito sentenças pela Corte Constitucional da Colômbia. Por fim, o autor define o ECI como um juízo empírico da realidade, é dizer, um quadro fático de descumprimento reiterado da norma constitucional, a ponto de deixar sem efeito, na prática, o conteúdo dos dispositivos constitucionais<sup>403</sup>.

De acordo com Alejandro Arango Diaz, o “estado de coisas inconstitucional” é uma criação jurídica oriunda não da Constituição Política da Colômbia, mas da Corte Constitucional da Colômbia, razão pela qual, inclusive, se mostra um tema controverso. Através do ECI se declara a existência de fatos que são abertamente contrários à Constituição<sup>404</sup>.

---

<sup>401</sup> No que se refere à situação da Venezuela, os autores defendem a concepção de “estado de coisas inconstitucional” como uma categoria ainda doutrinária, já que embora não se tenha nenhum exemplo de decisão por parte de tribunal ou da Corte daquele país que o reconheça, alguns setores da doutrina venezuelana vêm propondo a sua existência e aplicação no seio jurídico. CONTRERAS, Edgar Hernán Fuentes; LÓPEZ, Beatriz Eugenia Suárez; VILLEGAS, Adriana Rincón. *Facticidad y Constitución: La Doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en América Latina*. Athenas, Brasil, v. I, n. 2, pp. 49-75, 2012, p. 70.

<sup>402</sup> PEÑA, Bustamante. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. Tese de Mestrado (Estudos Políticos). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, 2011, p. 8.

<sup>403</sup> Ibidem.

<sup>404</sup> DIAZ, Alejandro Arango. **Del estado de cosas inconstitucional**. Artículos maestría en derecho Universidad Sergio Arboleda-Santa Maria. 10 jun 2013. Disponível em: <http://derechojusticiaypaz.blogspot.com/2013/06/del-estado-de-cosas-inconstitucional.html>. Acesso em: 14 mai.2020.

Por fim, traz-se à baila o entendimento de Josefina Lyons, Angelica Monterroza e Malka Irina Meza, para quem o ECI se constitui em um mecanismo ou ferramenta de proteção dos direitos fundamentais da população da Colômbia, e que fora criado pela jurisprudência<sup>405</sup>.

No que se refere a todos esses conceitos anteriormente apresentados, entende-se estarem incompletos, pois se reduzem ao aspecto das origens para estabelecer o próprio conceito do ECI, bem como aos requisitos ensejadores de seu reconhecimento, sem considerar a consolidação e sistematização que vieram *a posteriori*, principalmente através da paradigmática sentença T-025-04, a qual certamente lhe atribuiu um caráter procedimental<sup>406</sup>.

Leonardo Jaramillo identifica o ECI como uma doutrina de criação jurisprudencial, uma resposta judicial ao descompasso entre a normatividade constitucional colombiana, marcada por um grande catálogo de direitos fundamentais, e por outro, uma realidade social altamente marcada pela desigualdade e pela violação sistemática de direitos humanos. Além disso, trata-se de doutrina que surge da interpretação constitucional sistemática (preâmbulo e catálogo de direitos) e das renovadas práticas jurisprudenciais que têm garantido à corte a atribuição de supervisionar o cumprimento das decisões que lhes cabe<sup>407</sup>.

Já Esteban Restrepo Saldarriaga entende que o ECI é um mecanismo de intervenção judicial em estruturas burocráticas a fim de que estas possam adotar os valores, os princípios e os direitos estabelecidos na Constituição colombiana<sup>408</sup>, o que certamente vai ao encontro da teoria do *structural remedies*. De acordo com o autor, o ECI é de um dos aportes fundamentais do constitucionalismo colombiano no que se refere à proteção dos direitos humanos na contemporaneidade. Por meio dele, a corte tem enfrentado casos de violações graves e visíveis aos direitos humanos, que têm sido tratados no constitucionalismo comparado pelo nome de “casos estruturais”. Trata-se ademais, de casos caracterizados por: 1)

<sup>405</sup> LYONS, Quintero Josefina; MONTERROZA, Angélica M. Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerabela em Colombia. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, v. 3, n. 1, p. 69-80, 2011, p. 69. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4767667>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>406</sup> A palavra procedimental utilizada nesse trecho não diz respeito à ideia de “procedimento propriamente dito”, mas a “modo de proceder”, a recurso disponível.

<sup>407</sup> JARAMILLO, Leonardo García. La doctrina jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional. Respuesta Judicial a la necesidad de reducir la disociación entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social. In: JARAMILLO, Leonardo Garcia. **Constitucionalismo Deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario**. Cidade de México: UNAM, 2015, p. 188-191, p. 188.

<sup>408</sup> SALDARRIAGA, Esteban Restrepo. ¿Cómo garantizar justicia a los desplazados? El desplazado como paria. La garantía de los derechos a la verdad, la justicia y reparación de las víctimas del delito del desplazamiento forzado em Colombia. In: GARAVITO, Cesar Rodríguez. (Coord.). **Más allá del desplazamiento. Políticas, Derechos y Superación del desplazamiento forzado em Colombia**, Bogotá: Universidade de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 292-432, p. 302.

afetar um grande número de pessoas; 2) envolver várias entidades públicas demandadas em razão de suas responsabilidades por falhas sistêmicas; e por fim, 3) implicar ordens complexas, através das quais o juiz instrui as entidades estatais a empreender políticas públicas para superar as violações<sup>409</sup>.

Nesse sentido, é preciso ressaltar que no caso do ECI, e por ele se tratar de uma técnica construída sobre as bases da teoria dos remédios estruturais, não há *a priori* nenhuma forma de intervenção que seja mais adequada para os casos estruturais, razão pela qual se entende equivocado esse último aspecto do conceito apresentado por Saldarriaga, no que se refere a “implicar ordens complexas”, já que não faz menção à existência de ordens simples, que também têm sido adotadas em sede de ECI.<sup>410</sup>

Consoante se disse anteriormente, o que definirá se os tribunais deverão adotar formas de intervenção judicial simples ou complexas é o antecedente causal, portanto, se o agravo tem uma causa única ou várias causas. Ademais, pelo que se tem observado dos casos do ECI, e isso também já foi dito anteriormente, a CCC tem mesclado formas de intervenções simples com formas complexas, sendo de fato estas últimas adotadas em uma proporção bem maior do que aquelas. Tudo isso leva a crer que a concepção do autor, pelo menos no que diz respeito a esse ponto específico, se equivoca por trazer o conceito da parte como sendo o todo.

Nesse sentido o entendimento de Vanessa Suel Cock, para quem a corte tem expedido nos casos de ECI, ordens nas quais se tem levado em conta a gravidade da violação dos direitos envolvidos no processo. Assim, tem expedido tanto ordens simples, de execução simples de ação ou de abstenção e dirigidas a uma única autoridade que pode cumpri-las sem a necessidade da participação de outras; bem como também tem expedido ordens complexas, que dependem de mais de uma autoridade para executá-las de maneira coordenada<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez. ¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. *In*: GARAVITO, Cesar Rodríguez (Coord). **Más allá del desplazamiento. Políticas, Derechos y Superación del desplazamiento forzado em Colombia**, Bogotá: Universidade de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-493, p. 435.

<sup>410</sup> Essas poucas medidas simples, amparadas em um modelo de “ordens rígidas e específicas”, serão melhores detalhadas quando for analisado a evolução e o atual quadro de desenvolvimento da jurisprudência colombiana acerca do ECI.

<sup>411</sup> SUELT COCK, Vanessa. Vanessa. El estado de cosas de inconstitucionalidade. *In*: **20 Años de la Constitución Colombiana: logros, retrocesos y agenda pendiente**. INÉS ACOSTA, Juana López. *et al* (eds). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 211.

Nesse sentido, também o entendimento de Romero Páez para quem as ordens expedidas pela CCC no que se refere ao ECI tanto são ordens simples, quando ordens de execução complexa: “A título de exemplo, a sentença T-025, citada anteriormente, incluiu ordens com o fim de conseguir o aumento dos recursos públicos destinados aos deslocados, por uma parte, e, por outra, solucionar as falências orgânicas nas entidades públicas que devem atender à “população deslocada.” ROMERO PAÉZ, Nicolás Augusto. La doctrina del

No caso dos *desplazados* (T-025-04), por exemplo, a corte expediu ordens de execução complexa, cuja finalidade era a de que todas as entidades envolvidas adotassem medidas, dentro de um prazo razoável, para superar a falta de recursos e a capacidade institucional para fins de implementar as políticas públicas dirigidas à população deslocada.<sup>412</sup> No que se refere às ordens simples, ou de execução simples, a corte expediu ordens dirigidas a responder os pedidos concretos dos autores das ações de tutela<sup>413</sup>.

Em nosso sentir, a concepção mais apropriada, portanto, para o “estado de coisas inconstitucional” deve perpassar pela evolução do próprio mecanismo, desde a sua criação pretoriana até a sua consolidação e sistematização dentro do ordenamento jurídico colombiano. Nesse sentido, está a concepção de Raquel Blanca Cárdenas, concepção que se entende ser a mais apropriada dado que não restringe o conceito à forma como se originou o ECI ou aos seus requisitos de configuração, atribuindo ao mesmo, natureza jurídica.

Cárdenas entende que o ECI se trata de uma técnica *ad hoc* criada oficiosamente pela CCC para solucionar litígios estruturais<sup>414</sup>. Segundo a autora, o ECI pode ser conceituado a partir de dois sentidos. O primeiro sentido é o ontológico, podendo-se dizer que se trata de um conjunto de fatos que afetam de forma sistemática e estrutural um grupo significativo de pessoas<sup>415</sup>.

O outro sentido é o procedimental, no qual se afirma que se trata de uma técnica a que a CCC utiliza de forma oficiosa, já que não há previsão explícita na Constituição, para dar conta de fatos estruturais lesivos aos direitos fundamentais. Por fim, a corte se utiliza do princípio da colaboração harmônica entre poderes para adotar remédios que resguardem todos os envolvidos<sup>416</sup>.

Na verdade pode-se dizer que, num período embrionário, o ECI era como um enunciado jurisprudencial sem ingredientes metodológicos e aspectos procedimentais. Nesse primeiro momento o ECI se caracteriza por descrever uma situação de anomalia no que diz respeito aos direitos fundamentais, cumprindo assim uma função meramente descritiva, inerente ao

estado de cosas inconstitucional en Colombia: Novedades del neoconstitucionalismo y la inconstitucionalidad de la realidad. **Revista Derecho Iberoamericano**, n. 1, p. 243-264, 2012, p. 249. Disponível em: [dialnet.unirioja.es](http://dialnet.unirioja.es) › descarga › artículo. Acesso em: 25 Mai. 2020.

<sup>412</sup> Ibidem.

<sup>413</sup> SUELT COCK, op. cit., pp. 211-212.

<sup>414</sup> CÁRDENAS, Raquel Blanca. **Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 24.

<sup>415</sup> Ibid., p. 41.

<sup>416</sup> Ibidem.

próprio discurso interno da sentença. É dizer, tratava-se de enunciado que catalisa a dissertação da decisão, mas sem fazer formulações procedimentais. Nada era apontado dentro da sentença no que se refere à construção de elementos ou à emissão de ordens complexas<sup>417</sup>. Os exemplos desse primeiro momento são as sentenças T-068-1998, da SU 250 de 1998, T 289-1998, T-590-1998, T-606 de 1998 e T 525 de 1999<sup>418</sup>.

Posteriormente se fala em ECI como técnica para a solução de litígios estruturais, no qual ele passa de jurisprudência de caráter meramente enunciativo para um caráter atributivo, que supõe a identificação de uma situação particular a partir de elementos definidores, a qualificação dessa situação a partir do constitucionalmente possível e a tipificação de ordens complexas para a solução do caso<sup>419</sup>.

É preciso deixar claro que o conceito de técnica aqui adotado não tem o caráter de um procedimento propriamente dito, na medida em que, na verdade, se trata de um recurso a que apela o juiz para solucionar um caso complexo, sendo um conector entre o fático e o jurídico, como uma ferramenta para lidar com o problema<sup>420</sup>. Para bem aclarar essa visão, socorre-se a Ada Pellegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarco e Antônio Scarance, que ao diferenciarem processo e procedimento, afirmam que “a noção de procedimento é puramente formal, não passando de coordenação de atos que se sucedem. O procedimento é o meio pelo qual a lei estampa os atos e as fórmulas da ordem legal do processo”<sup>421</sup>. Consoante se disse alhures, o ECI sequer está previsto em lei, não havendo nenhuma fórmula por via da qual se tenha estabelecido a ordem legal do seu processamento.

A adoção do ECI como técnica, fundamentalmente a partir da sentença T 025-04, tem as seguintes implicações procedimentais: (i) Em primeiro lugar, a determinação de alguns elementos de definição que sejam comprovados é objeto de uma jurisprudência *sui generis*. (ii) Em segundo lugar, a declaração formal do ECI para a adoção de remédios judiciais deixa de se amparar em uma perspectiva meramente enunciativa do tipo “*os fatos que aqui se enunciam S' são constitutivos de X (onde X é o ECI)*”, para uma perspectiva categórica do

---

<sup>417</sup> CÁRDENAS, Raquel Blanca. **Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 48.

<sup>418</sup> Ibid., pp. 48-49.

<sup>419</sup> Ibid., p. 49.

<sup>420</sup> Ibidem.

<sup>421</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 295.

tipo “*Declara -se X, sempre que ocorre S<sup>1</sup>*”<sup>422</sup>. Em linguagem matemática, pode se traduzir o pensamento acima exposto da seguinte forma:  $S^1 \rightarrow X$ . (iii) Por fim, outra implicação procedimental é o alcance dos remédios judiciais como reflexo da adoção do princípio do estado social de direito e da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Do ponto de vista quantitativo, as ordens no ECI são em sua maioria ordens complexas, e desde um ponto de vista qualitativo, as ordens implicam diretrizes de políticas públicas dadas pelo juiz constitucional<sup>423</sup>.

Pela completude dessa última concepção apresentada, a qual tanto adota uma faceta de configuração quanto de consolidação do ECI, entende-se ser esta a concepção mais apropriada entre as elaboradas pela doutrina até agora, e que, portanto, conduzirá os demais debates que serão trazidos mais a frente.

Além disso, a compreensão do estado de coisas inconstitucional perpassa pela análise de seu objeto. Nesse sentido, é preciso ressaltar que a corte não está a julgar um ato do estado ou de alguns órgãos públicos, está na verdade, a julgar uma realidade social<sup>424</sup>.

Não se trata de adotar uma perspectiva semântica-estrutural para definir quais são as normas sob as quais se pode regular porque são limitadas, redutíveis ou de eficácia plena. Consagrou-se em nosso país uma tendência classificatória, consoante já dito anteriormente, de que há normas dotadas de eficácia plena, limitada e reduzida ou redutível<sup>425</sup>, de modo que a depender de sua tipologia, não se pode falar em ausência de eficácia. Como se por força da mera formulação textual que se atribui a uma determinada norma, não se mostre possível reclamar a sua eficácia no plano da realidade<sup>426</sup>. Dito por Campos: “para a doutrina tradicional, é como se a suficiente densidade normativa do enunciado constitucional autoaplicável dispensasse qualquer providência normativa ulterior para torná-lo- e aos direitos nele reconhecidos- uma realidade concreta”<sup>427</sup>.

Essa perspectiva reducionista, aliás, é a que define a adequação processual de determinadas ações constitucionais no Brasil. É dizer que determinadas ações, como o mandado de injunção, só cabem quando ausente, e diga-se no plano meramente formal, norma

---

<sup>422</sup> CÁRDENAS, Raquel Blanca. **Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 51.

<sup>423</sup> Ibidem.

<sup>424</sup> JARAMILLO, op. cit. p., 190.

<sup>425</sup> Nesse sentido, a famosa classificação tricotômica de José Afonso da Silva, a respeito dos tipos de normas quanto ao critério de aplicabilidade e eficácia.

<sup>426</sup> CAMPOS, op. cit., pp. 37-46.

<sup>427</sup> Ibid., p. 40.

regulamentadora relacionada com o exercício de algum direito; ou que caiba ADIN por omissão quando omissor o Poder Público em relação a legislar sobre determinado direito ainda ausente no texto constitucional. Para Campos: ”o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, máxime a legislativa no Brasil, vem ocorrendo sob o aspecto meramente formal e obrigacional, ignorando-se por completo o viés normativista da identificação da omissão”<sup>428</sup>.

Ao contrário dessa mecânica reducionista, o ECI não envolve a declaração de uma inconstitucionalidade meramente formal, mas se volta para a declaração de uma inconstitucionalidade fática, uma inconstitucionalidade da própria realidade, que se relaciona tanto com uma ideia de eficácia jurídica, bem como social, ou seja, no sentido de produzir efeitos tanto no plano jurídico, quanto ter a capacidade de conformar o comportamento social, consoante ensina Miguel Reale acerca das diferenças entre eficácia jurídica e eficácia social<sup>429</sup>.

É desse tipo de inconstitucionalidade que se está a falar agora, cujo objeto não é a ausência da norma, mas sim a ausência de efeitos no plano da realidade. Nesse sentido, o tribunal declara a existência de uma realidade inconstitucional, e assume funções na formulação de políticas públicas, na alocação de recursos públicos, num modelo de regulação que esteja em consonância com o princípio da separação de poderes<sup>430</sup>.

#### 4.1.3 Aspectos descritivos e analíticos do desenvolvimento jurisprudencial do ECI

Ultrapassadas as questões relativas aos conceitos e ao objeto, necessário apresentar agora um quadro geral do desenvolvimento da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, descrevendo-se as principais decisões, bem como explicitando a existência de fases pelas quais perpassou a corte ao aplicar a técnica do ECI desde a sua origem até o estágio atual, no qual se tem verificado um uso, diga-se desde logo, muito menor da técnica pela CCC.

Despiciendo dizer que a sentença de *Unificación* n 559 de 1997 não será objeto dessa análise, pelo menos no que se refere à descrição do caso, já que isso já fora feito em tópico

<sup>428</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 37.

<sup>429</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares do direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 112-115.

<sup>430</sup> ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129-160, p. 129.



anterior. Parte-se então da sentença T-068 de 1998, que trata do caso do direito de petição dos aposentados.

#### 4.1.3.1 Aspectos descritivos do desenvolvimento da jurisprudência: Os casos mais emblemáticos da CCC

Nessa parte do texto, serão apresentados os principais casos de julgamentos que foram realizados pela Corte Constitucional da Colômbia, os mais emblemáticos casos, que foram responsáveis pela configuração do ECI, e também pela sua configuração enquanto técnica jurídica a que apela o juiz para fins de resolução dos chamados litígios estruturais.

##### 4.1.3.1.1 A ineficiência administrativa no direito de petição dos aposentados

Trata-se de caso no qual se discutia a ineficiência da administração pública, em especial da Caixa Nacional de Previdência Social, no que diz respeito à demora em dar respostas aos pedidos de recálculos e pagamento de diferenças em aposentadorias, debate esse que se deu no bojo da sentença T-068-98 da CCC. Em razão dessa situação, diversos cidadãos acionaram a entidade pública, por meio de diversas ações de tutela, sob o argumento de que seus direitos fundamentais estavam sendo violados ante a ausência de uma resposta em um prazo razoável.

Em sua resposta, a entidade pública informou que com base nos últimos dados relativos ao ano de 1993, havia 45.000 pedidos cujo prazo para resposta, em média, se dava em torno de 2 a 3 anos<sup>431</sup>.

Para a CCC, a efetividade dos direitos fundamentais estava atrelada a dois princípios: o da eficácia e o da eficiência da administração pública. Por eficácia diz-se respeito ao cumprimento das obrigações determinadas pela administração pública; por eficiência, dizia-se respeito à utilização dos meios mais adequados para se alcançar os objetivos. São esses

---

<sup>431</sup> HERNÁNDEZ, Clara Inês Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado 'estado de cosas inconstitucional'. **Revista Centro de Estudios Constitucionales**, Santiago de Chile, Universidad de Talca, v 1, n. 1, pp. 203-228, 2003, p. 215.

princípios que permitem a verificação objetiva no que se refere à consolidação do estado social de direito, mediante a consecução dos fins sociais<sup>432</sup>.

Ademais, a corte entendeu que a legitimidade do estado social de direito estava amparada pelo acesso de forma democrática ao poder, e pela capacidade do estado em resolver as dificuldades sociais, desde a perspectiva social e do direito. Ademais, a própria Constituição determinava às autoridades, a obrigação de tornar efetivos os direitos dos administrados<sup>433</sup>.

No sentido de estender o que constatado em sede de ações de tutela para outras partes que não estavam originariamente como litigantes no processo, a corte se utilizou do ECI e reconheceu que não apenas os requerentes estavam tendo os seus direitos violados, mas também o próprio Poder Judicial estava sendo prejudicado dada a altíssima carga de processos que tinha de julgar, relacionados com ações de tutela contra a demandada, Caixa Nacional de Previdência Social. Constatou-se que a entidade estava, dentre, as demais entidades públicas, como uma das mais demandadas, abaixo apenas das entidades locais como as Prefeituras.<sup>434</sup>

Essa constatação que vira por meio de pesquisa empírica realizada pelo Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade de Los Andes consolidou o entendimento na corte, de que a demora nos pedidos de resposta dos aposentados não era um problema ocasional, mas sim uma falha estrutural grave.

Dito isso, a CCC então emitiu uma série de ordens para a entidade demandada, no sentido de que esta, no prazo de 6 (seis) meses contados da sentença, adotasse as medidas, dentro dos marcos legais de sua atuação, no sentido de corrigir a prática, as falhas de organização e o procedimento que acabavam por impedir uma resposta mais célere. Notificou o Procurador-Geral da Nação para que este vigiasse o cumprimento da decisão, bem como notificou o Controlador Geral da República para que este fiscalizasse e acompanhasse o andamento dos trabalhos da demandada, com fins de cumprir as suas funções<sup>435</sup>. Ademais determinou a comunicação ao Defensor do Povo, para que este velasse pela promoção e

---

<sup>432</sup> HERNÁNDEZ, Clara Inês Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado 'estado de cosas inconstitucional'. **Revista Centro de Estudios Constitucionales**, Santiago de Chile, Universidad de Talca, v. 1, n. 1, pp. 203-228, 2003, p. 216.

<sup>433</sup> Corte Constitucional de Colômbia sentencia T-068-98 Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>. Acesso em 20 jun. 2019.

<sup>434</sup> HERNÁNDEZ, op. cit., p. 216.

<sup>435</sup> Ibidem.

exercício dos direitos fundamentais relacionados com o recálculo e o pagamento de diferenças em aposentadorias.

Na verdade, uma das faces importantes dessa decisão está em a corte ter novamente admitido que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tal como se deu no julgamento da SU 559-97, permitia que o tribunal ampliasse os efeitos da decisão.

Além disso, observou-se nessa sentença uma postura de maior concretude por parte da CCC, no sentido de detalhar as ações a serem tomadas pela demandada. Não se tratava apenas de fixar um prazo razoável para a correção do problema, de modo que foram estipulados deveres diretos e concretos para diversas autoridades públicas que deveriam realizá-los para fins de cumprimento da sentença expedida pela corte<sup>436</sup>.

#### 4.1.3.1.2 A violação estrutural dos direitos nos presídios colombianos

Certamente quando se fala em ECI, a sentença T-153-1998 constitui uma das sentenças mais importantes, dado que o juiz constitucional não se limitou a analisar o caso sob uma perspectiva meramente subjetiva, e nesse sentido, se preocupou com as causas profundas da problemática do sistema carcerário, detectando quais seriam as consequências dessas falhas, e finalmente impôs um conjunto de ordens<sup>437</sup> dirigidas a diversas autoridades públicas<sup>438</sup>.

Trata-se de caso cuja origem se dá mediante a revisão de duas ações de tutela por parte da Corte Constitucional da Colômbia. Uma movida por um integrante do Comitê de Derechos Humanos da penitenciária Nacional Modelo em Bogotá, e outra ação interposta por um preso

<sup>436</sup> HERNÁNDEZ, Clara Inês Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado 'estado de cosas inconstitucional'. **Revista Centro de Estudios Constitucionales**, Santiago de Chile, Universidad de Talca, v. 1, n. 1, pp. 203-228, 2003, p. 217.

<sup>437</sup> Foram determinadas onze medidas, dirigidas tanto a entidades do Poder Judiciário quanto do Legislativo e do Executivo, dentre as quais, citam-se:

- 1) Ordenou ao INPEC, ao Ministério da Justiça e Direito e ao Departamento Nacional de Planejamento que preparassem, dentro de um período de três meses a partir da notificação da sentença, um plano de construção e renovação de prisões que garanta aos presos condições de vida decentes nas prisões;
- 2) Ordenou à Câmara Jurisdicional Disciplinar do Conselho Superior do Judiciário, que investigasse o motivo do fracasso dos juízes de sanções e medidas de segurança em Bogotá e Medellín em comparecer às prisões Modelo e Bellavista;
- 3) Ordenou aos governadores e prefeitos e aos presidentes das Assembleias Departamentais e dos Conselhos Distritais e Municipais, para que tomassem as medidas necessárias a fim de cumprir sua obrigação de criar e manter seus próprios centros de detenção;

Corte Constitucional de Colômbia sentencia T-153-1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 23 Jun. 2019.

<sup>438</sup> HERNÁNDEZ, op. cit., p. 220.

que se achava recolhido na Penitenciária Nacional Bella Vista em Medellín. Ambas as ações alegavam a violação de direitos fundamentais sofrida pelos presos e agravada pelas condições de superlotação existentes nos dois presídios<sup>439</sup>.

Nesse caso, a CCC passou a verificar e a investigar as condições intramuros das penitenciárias, e acabou constatando que aquela situação de violação de direitos humanos se tratava de uma situação vivenciada, não apenas por aquelas duas penitenciárias objeto da lide originária, mas em todo o sistema penitenciário colombiano, o que a levou a declarar o ECI. Segundo dados do sistema, o percentual de superlotação a nível nacional estava em torno de 45,30%, sendo que os percentuais para as penitenciárias nacionais Modelo e Bella Vista giravam em torno de 161,38% e 201,47%, respectivamente<sup>440</sup>.

Esse quadro de superlotação nos presídios implicava a violação de uma série de direitos humanos dos presos, a exemplo dos direitos à dignidade humana, à vida, à integridade física, à família, à saúde, de modo que estavam essas violações dirigidas à Constituição como um todo<sup>441</sup>.

Ao longo de sua análise, a Sala de Revisão entendeu que as causas estruturais para a superlotação nas penitenciárias seriam: a) a expedição de distintas normas penais destinadas a sancionar com maior rigidez um conjunto de condutas delitivas; b) o delito de conhecimento que ficou denominado como justiça regional, ou seja, uma jurisdição especial destinada a combater delitos relacionados à alteração da ordem pública e que se caracterizou pela aplicação apenas de medida de detenção, sem possibilidade de conversão em detenção domiciliar; d) as falhas que apresentam a estrutura carcerária; e) diversas irregularidades no que se refere à contratação administrativa no INPEC<sup>442</sup>.

Determinadas as causas estruturais, a Sala de Revisão entendeu que as principais consequências, de natureza prática e jurídica, que esta situação estava gerando correspondiam às seguintes: a) o desvirtuamento de todos os fins do sistema penitenciário; b) a

<sup>439</sup> CÁRDENAS, Raquel Blanca. **Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 163-170.

<sup>440</sup> Há dados ainda mais alarmantes do Ministério da Justiça da Colômbia, que indicam taxas de superlotação em outras penitenciárias e presídios colombianos, como os casos dos presídios de Mocoa (315 %), Fusagasugá (307%), Villavicencio (248%), Valledupar (238%), Cali (215%), Yopal (196%). Letícia (182%), e Zipaquirá (174%) Sem adentrar ainda na questão da eficácia da sentença, no ano de 2009, para melhorar a situação da superlotação foi implantado o sistema de braceletes eletrônicos para alguns presos, bem como se viu uma melhora na questão alimentar dos reclusos. Ibid., p. 168.

<sup>441</sup> CAMPOS, op. cit., p. 129.

<sup>442</sup> HERNÁNDEZ, Clara Inês Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado 'estado de cosas inconstitucional'. **Revista Centro de Estudios Constitucionales**, Santiago de Chile, Universidad de Talca, v. 1, n. 1, pp. 203-228, 2003, p. 217.

superpopulação impedia a separação dos detentos por categorias, em especial entre processados e condenados; c) o estado colombiano estava violando os seus compromissos internacionais no que se refere às condições de reclusão<sup>443</sup>.

Reconhecendo a existência de um notório estado de violação massiva e generalizada aos direitos fundamentais no sistema carcerário do país, a corte concedeu o amparo pretendido pelas partes, e mais do que isso, apoiando-se no “estado de coisas inconstitucional”, emitiu uma série de ordens dirigidas a uma série de autoridades públicas.

Em que pese a qualidade da decisão da corte, que verdadeiramente esteve longe de se restringir aos direitos individuais das partes do processo, posto que a CCC buscou cessar as deficiências estruturais, no que se refere à dignidade da pessoa humana, os efeitos práticos foram pouco significativos, tanto que *a posteriori* teve a corte que reconhecer em outras sentenças (T-388-2013 e T-762-2015), o ainda vigente estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário colombiano<sup>444</sup>.

#### 4.1.3.1.3 A não convocação dos notários após concurso público

Trata-se de caso relacionado com a não convocação de notários para exercerem o cargo no serviço notarial, ainda que houvessem eles realizado concurso público e sido aprovados. Consoante anota Hernández, na Sentença SU-250 de 26 de Maio de 1998, a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu haver um “estado de coisas inconstitucional” em face da ausência de concurso público para o cargo de notários na Colômbia, em que pese comando constitucional nesse sentido, ou seja, o que dispõe o artigo 131 da Carta Política da Colômbia<sup>445</sup>. De fato, a ausência de concurso público para o cargo de notários é situação que se dá desde a vigência da Constituição de 1991, consoante aponta Campos. Ocorre que apesar da determinação constitucional, o estado simplesmente se omitia em realizar o concurso<sup>446</sup>.

Considerando haver um ECI nessa situação<sup>447</sup>, a corte então determinou que o Superintendente de Notariado e Registro bem como o Conselho Superior de Justiça

<sup>443</sup> CÁRDENAS, Raquel Blanca. **Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 217-218.

<sup>444</sup> CAMPOS, op. cit., p. 132-133.

<sup>445</sup> HERNÁNDEZ, op. cit., p. 221.

<sup>446</sup> CAMPOS, op. cit., p. 135.

<sup>447</sup> Dispõe trecho da sentença, que reconheceu o ECI, nos seguintes termos: “Como no se ha convocado a concurso para la designación de notarios en propiedad, lo cual ha debido hacerse en toda la República, se

convocassem no prazo de 06 (seis) meses a realização de concursos para os notários. Essa determinação, no entanto, foi cumprida apenas parcialmente, já que persistiu o debate acerca da situação dos notários que já vinham há algum tempo exercendo a função notarial. O fato é que o Conselho Superior de Justiça fez concurso e nomeou apenas os aprovados nas serventias vagas, e não naquelas em que já estavam pessoas há algum tempo, e diga-se sem concurso, exercendo a função notarial<sup>448</sup>.

Tal situação levou a interposição de novas ações de tutela, já que os reclamantes entendiam que isso violava os seus direitos fundamentais, em especial o direito à igualdade. Movidas essas ações de tutela, a CCC entendeu, em sede de nova sentença T-695-2000, que o ECI no caso dos notários ainda permanecia vigente enquanto não fossem realizados concursos abertos vinculados a todas as serventias, inclusive, aquelas que já estavam ocupadas. O tribunal reconheceu ademais, que estas pessoas que ocupavam a função por muito tempo não tinham direito adquirido. Nessa sentença, o tribunal determinou ainda que o Conselho Superior Notarial promovesse no prazo de 3 (três) meses, concurso para a função de notários em todo o território nacional, o que ainda não aconteceu<sup>449</sup>.

#### 4.1.3.1.4 O caso dos defensores de direitos humanos

Na sentença T-590 de 20 de Outubro de 1998, a CCC reconheceu a existência de um “estado de coisas inconstitucional” em razão da falta de proteção de pessoas que são consideradas como defensoras dos direitos humanos na Colômbia.

O pano de fundo do debate deve-se a uma ação de tutela movida por um defensor de direitos humanos que se encontrava detido em uma cela na penitenciária Nacional Modelo de Bogotá, e alegava risco e perigo de vida, já que sempre estava em contato com outros presos, inclusive com um detido o qual o reclamante havia denunciado<sup>450</sup>.

Em que pese o reclamante ter solicitado a sua transferência para outro local, o INPEC se manifestou contrário ao seu pleito, entendendo que o perfil do solicitante não reclamava a sua

---

llega a la conclusión de que se está dentro de un estado de cosas abiertamente inconstitucional.” Corte Constitucional de Colombia sentencia SU 250 de 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>. Acesso em: 26 jun. 2020.

<sup>448</sup> CAMPOS, op. cit., pp. 135-136.

<sup>449</sup> Ibid., p. 137.

<sup>450</sup> CÁRDENAS, Raquel Blanca. **Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 179.

transferência para outro local, bem como o local para onde o solicitante requeria a sua transferência era tão ou mais perigoso do que o local onde ele se encontrava<sup>451</sup>.

Analisando o caso, a corte verificou a existência de riscos e perigos para os defensores de direitos humanos, bem como analisou ainda a resposta institucional no que se refere à proteção que o estado tem dado a essas pessoas, e assim, chegou à conclusão de que, de fato, o risco para os defensores de direitos humanos na Colômbia ainda não havia cessado. Com isso, acolheu o pedido do reclamante e determinou que o INPEC realizasse a sua transferência para uma cela de um centro especial de detenção. Dentre os fundamentos sob os quais se amparou para determinar a transferência do acionante, estava o fato de que a discricionariedade na transferência não era absoluta por parte do INPEC, mas vinculada à justiciabilidade e à responsabilidade do estado. De acordo com a corte, as situações especiais como o recolhimento em cela de centro de detenção especial não constituía privilégio, senão soluções em casos de riscos com o recolhido, de modo que quanto maior é o risco para o recolhido, maior seria a responsabilidade estatal<sup>452</sup>.

Além disso, a corte reconheceu que a falta de proteção para as pessoas que são defensoras dos direitos humanos representava um ECI<sup>453</sup>.

#### 4.1.3.1.5 Mora no pagamento de verbas de aposentadoria

Na sentença T-525-1999, a CCC aplicou o ECI em razão do pagamento de aposentadorias estar atrasado por parte do departamento<sup>454</sup> de Bolívar, situação de atraso esta que se dava de forma reiterada. Fora em razão disso, que 47 (quarenta e sete) aposentados interpuseram ações de tutela para verem seus pagamentos serem realizados<sup>455</sup>.

O governador de Bolívar alegou que não estava conseguindo pagar os valores relativos às aposentadorias por conta de penhoras que haviam sido determinadas para pagamentos decorrentes de má gestão de governantes anteriores. Havia assim, segundo o governador,

---

<sup>451</sup> Ibidem.

<sup>452</sup> Corte Constitucional de Colômbia sentencia T-590 de 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

<sup>453</sup> HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 2-23.

<sup>454</sup> Na Colômbia a palavra departamento equivale ao que no Brasil denomina-se de Estado.

<sup>455</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 139.

débitos que teriam sido contraídos anteriormente ao seu governo, mas que a situação seria resolvida assim que fossem contratados empréstimos junto a alguma instituição financeira<sup>456</sup>.

Para Cárdenas, essa situação revela uma falha de repetição, dada a semelhança com o que seu deu na SU-559-97<sup>457</sup>, já que tanto em uma como na outra sentença, o pano de fundo fora o problema com o sistema de previdência público.

Consoante nos aponta Campos, a corte reconheceu a existência de uma violação ao direito ao mínimo existencial dos aposentados, e determinou que o departamento de Bolívar empreendesse medidas com fins de superar, a todo custo, as dificuldades financeiras para efetuar os pagamentos dos aposentados<sup>458</sup>.

Em que pese a corte não ter sido insensível para com os limites impostos pela situação financeira do departamento, ela exigiu uma resposta imediata no sentido de que o departamento adotasse medidas alternativas a fim de cumprir com as suas obrigações de pagamentos aos aposentados<sup>459</sup>.

Ademais, determinou a CCC a comunicação de que havia declarado o ECI aos membros da Assembleia departamental de Bolívar, para que associados ao Governador emprendessem medidas, dentro dos limites legais, para corrigir a falta de previsão orçamentária que impedisse o pagamento dos aposentados<sup>460</sup>.

A corte também advertiu o Governador de Bolívar para que este não voltasse a incorrer nas omissões ilegítimas que haviam dado causa ao processo, sob pena de desacato. Por fim, determinou o encaminhamento dos autos do processo ao Procurador Geral da Nação para que este ordenasse investigações de praxe, com o objetivo de determinar se a administração do departamento de Bolívar agiu de forma tão negligente que pudesse justificar a aplicação de sanções às autoridades envolvidas<sup>461</sup>.

---

<sup>456</sup> Ibidem.

<sup>457</sup> CÁRDENAS, op. cit., p. 187.

<sup>458</sup> CAMPOS, op. cit., p. 139.

<sup>459</sup> Ibid., p. 142.

<sup>460</sup> Corte Constitucional de Colômbia sentencia T-525 de 1999. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-525-99.htm>. Acesso em: 04 Jul. 2019.

<sup>461</sup> Corte Constitucional de Colombia sentencia T-525 de 1999. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-525-99.htm>. Acesso em: 04 jul. 2019.



#### 4.1.3.1.6 O caso dos deslocados internos

O caso dos deslocados internos na Colômbia é certamente o litígio estrutural mais importante no que se refere à aplicação do ECI naquele país. Trata-se de caso em que 1150<sup>462</sup> famílias que eram vítimas do chamado deslocamento forçado interpuseram tutelas contra diversas entidades públicas, requerendo ajuda humanitária e a proteção devida de seus direitos fundamentais básicos<sup>463</sup>.

O problema dos deslocados é muito grave na Colômbia. São milhares e milhares de pessoas que são obrigadas a deixarem as suas casas, as suas moradias, em razão de problemas de violência gerados por conflitos armados pelo narcotráfico, bem como gerados por organizações paramilitares naquele país. Consoante alerta Peña, a Colômbia tem vivido sobre episódios de violência de forma permanente, o que tem feito com que o problema do *desplazamiento forzado* seja algo inerente à própria história do país<sup>464</sup>.

Ainda nesse sentido, Jaramillo aponta que a Colômbia tem se situado como um dos principais países em que há mais deslocados no mundo, dentre outros como Sudão, Ruanda, Iraque e Afeganistão<sup>465</sup>. O período de maior deslocamento se deu entre 2000-2002, quando em torno de 350 a 400 mil pessoas se deslocaram no país anualmente<sup>466</sup>. Embora esse número venha diminuindo, o deslocamento no país sulamericano ainda é significativo, principalmente o deslocamento da zona rural para as principais cidades do país<sup>467</sup>.

A situação dos deslocamentos internos forçados na Colômbia se configura como “estado de coisas inconstitucional” porque há uma violação de uma série de direitos fundamentais que são causados pela falta de ações do estado no que se refere a políticas de atenção a esses grupos deslocados<sup>468</sup>. Para se ter uma ideia desse quadro, a população deslocada tem um

<sup>462</sup> A sentença T-025-04 acumulou 109 expedientes de ações de tutela movidas por aproximadamente 1150 famílias. JARAMILLO, op. cit., p. 196.

<sup>463</sup> CÁRDENAS, op. cit., p.197.

<sup>464</sup> PEÑA, Bustamante. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. Tese de Mestrado (Estudos Políticos). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, 2011, p 66.

<sup>465</sup> JARAMILLO, op. cit., p. 195.

<sup>466</sup> Ibidem.

<sup>467</sup> Ibidem.

<sup>468</sup> Sobre os deveres do Estado no enfrentamento do problema da população deslocada, assim traz trecho da sentença T-025-04: “Se derivan dos clases de deberes para el Estado. Por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población -en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “cláusula de erradicación de las

indicador alarmante, segundo o qual 92% não possui suas necessidades básicas satisfeitas<sup>469</sup>. Trata-se de uma população, portanto, numerosa, que não possui, na prática, direitos fundamentais básicos tais como direito à saúde, ao trabalho, à proteção contra atos discriminatórios, à moradia digna, dentre outros, e vê um estado omissivo no sentido de cumprir com as suas obrigações de implementar políticas públicas de proteção.

Fato é que a corte, após a aplicação do ECI, concedeu aos reclamantes os direitos requeridos, bem como outros que são titulares os refugiados no direito internacional, tais como: vida, trabalho, educação, saúde, moradia digna, e etc<sup>470</sup>. A corte enfatizou ainda a necessidade de serem estabelecidas ações afirmativas dirigidas a pessoas de terceira idade, mulheres que são chefes de família e crianças, que faziam parte dos grupos de deslocados<sup>471</sup>.

Além das diversas ordens determinadas no seio da sentença T 025-04, dirigidas tanto aos órgãos do poder Executivo quanto aos órgãos do Judiciário, inclusive, determinações voltadas para a reserva de valores de cunho orçamentário com fins de fazer com que se superasse o ECI, a corte foi consoante diz Labanca, mais madura em sua forma de lidar com os litígios estruturais<sup>472</sup>.

Nesse sentido, o grande diferencial dessa sentença em relação às anteriores que também aplicaram o ECI, é o fato de a corte ter retido a sua jurisdição em relação ao litígio a fim de assegurar e supervisionar a implementação de suas ordens. Pelo que se vê, a corte não se limitou a determinar que os atores envolvidos promovessem políticas públicas com fins de superar o ECI, tendo buscado, além disso, supervisionar o cumprimento efetivo dos comandos da sentença, tarefa essa realizada através de audiências públicas nas quais se debatiam as soluções para o problema, bem como expediu novas decisões e novas ordens<sup>473</sup>.

---

injusticias presentes”. Y, por otra, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos”. Corte Constitucional de Colômbia sentencia T-025-04. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

<sup>469</sup> CÁRDENAS, Raquel Blanca. **Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p.199.

<sup>470</sup> Ibid., p. 201.

<sup>471</sup> Ibidem.

<sup>472</sup> ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; CABRAL, Márcio Alexandre Diniz. O Estado de Coisas Inconstitucional: Da Colômbia ao Brasil. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs). **Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americano**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 191.

<sup>473</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 143-144.

Exemplo dessa retenção de jurisdição foi a criação da chamada *comisión de seguimiento* no ano de 2005 a fim de verificar o cumprimento da sentença T 025-04<sup>474</sup>. As “comissões de seguimento” são uma iniciativa da sociedade civil integrada por diversos atores da sociedade, a quem cabe a elaboração de relatórios analíticos a partir de informes de cumprimento apresentados pelo governo, bem como o desenvolvimento de indicadores para a análise das políticas que são implementadas no que se refere à população *desplazada*, tudo isso, desde uma perspectiva de gozo efetivo e realização material dos direitos fundamentais<sup>475</sup>. O fundamento para o seguimento está disposto no artigo 27 do Decreto nº 2591 de 1991<sup>476</sup>, que regulamenta as chamadas ações de tutela, as quais são utilizadas no direito colombiano com fins de proteção da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Ainda nesse sentido, deve-se ressaltar o caráter democratizante dessas comissões, consoante nos alerta Peña, segundo o qual elas têm permitido um exercício amplo da participação de diversos segmentos da sociedade dentro do debate acerca dos litígios estruturais, tais como mulheres, adolescentes, crianças, organismos internacionais e acadêmicos, bem como entidades do governo e a própria corte constitucional<sup>477</sup>.

Segundo Garavito e Franco, chama atenção para a natureza da sentença T-025-04 que em lugar de fixar detalhes para que as autoridades públicas pudessem tomar providências, como já havia feito em outras sentenças, expediu ordens que envolviam o estado e a sociedade civil na elaboração de programas e soluções para o problema dos *desplazados*<sup>478</sup>. Durante o período de 2004 até 2010, a CCC expediu nada menos que 84 (oitenta e quatro) decisões de seguimento e realizou 14 (quatorze) audiências públicas de discussão que ajudaram a fazer balanços da atuação do governo, ajudando a construir novas decisões a fim de implementar os direitos dos deslocados<sup>479</sup>.

---

<sup>474</sup> PEÑA, op. cit., p. 83.

<sup>475</sup> Ibidem.

<sup>476</sup> ARTICULO 27. CUMPLIMIENTO DEL FALLO. Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza. Texto de decreto disponível em: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2591\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html). Acesso em: 25 mai. 2020.

<sup>477</sup> PEÑA, Bustamante. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. Tese de Mestrado (Estudos Políticos). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, 2011, p. 84.

<sup>478</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, pp. 14-15.

<sup>479</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 14.

#### 4.1.3.2 Aspectos analíticos do desenvolvimento da jurisprudência: Requisitos de configuração e estágios de desenvolvimento do ECI

##### 4.1.3.2.1 Pressupostos de configuração

Inicialmente, é preciso ressaltar que os pressupostos aqui apontados são fruto do que estabelecido pela sentença T 025-04, já que cabe a essa decisão judicial sistematizar a técnica, consoante já dito antes. A referida sentença, por isso, é considerada o ponto alto dessa construção, especialmente no apontamento de requisitos ou pressupostos de configuração, tendo diso resultado no estabelecimento de 06 (seis) requisitos<sup>480</sup>:

- a) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas;
- b) a prologada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos;
- c) a adoção de práticas inconstitucionais, que exigem a ação de tutela para efeito de garantia do direito violado;
- d) a expedição de medidas legislativas, administrativas ou necessárias para evitar a violação dos direitos;
- e) a existência de um problema social cuja solução está vinculada à intervenção de varias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações que exige um nível de recursos que demanda um esforço significativo e adicional importante;
- f) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema ajuizarem uma ação de tutela para obter a proteção de seus direitos, se produziria um maior congestionamento judicial<sup>481</sup>. (tradução nossa)

Embora a sentença T-025-04 tenha no que se refere à sistematização do ECI, adotado a necessidade da existência de seis requisitos para que se aplique o ECI, tende-se a adotar a classificação de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que ao invés de 6 (seis) pressupostos, informa a necessidade de apenas 4 (quatro), abaixo transcritos:

- a) violação massiva e contínua de direitos fundamentais, que afeta um número amplo de pessoas;
- b) omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento

<sup>480</sup> CAMPOS, op. cit., p. 179.

<sup>481</sup> CONTRERAS, Edgar Hernán Fuentes; LÓPEZ, Beatriz Eugenia Suárez; VILLEGAS, Adriana Rincón. Facticidad y Constitución: La Doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en América Latina. *Athenas*, v. I, n. 2, pp. 49-75, Brasil, 2012, pp. 52-53, p. 54.

de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais;

c) a superação dos problemas de violações de direitos exige remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a um conjunto desses;

d) potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação dos direitos em demandas judiciais, que se somaria às já existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária<sup>482</sup>;

Explica-se: dado que o ECI se trata de uma técnica de caráter singular no que se refere ao controle de constitucionalidade, dado ainda que se trata de técnica que mexe com a dinâmica e atuação dos demais poderes, o tribunal deve ser extremamente rígido e claro no que se refere à sistematização dos requisitos ensejadores do ECI, de modo que consoante pensa Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a adoção de quatro, e não seis requisitos, torna mais clara e objetiva a identificação e sobretudo, afirmação do ECI<sup>483</sup>.

Dito isso, o primeiro requisito é a existência de uma violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais, que afeta um número amplo de pessoas. Além de se verificar que a violação atinge um indivíduo, a corte deve descobrir, ao investigar o caso, que a violação é de um número elevado e indeterminado de pessoas<sup>484</sup>. Ou como nos alerta Ariza, trata-se de um critério que diz respeito à extensão do dano<sup>485</sup>, o que sem sombra de dúvidas faz do ECI um meio de intervenção cujo escopo de proteção é para além da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, uma proteção da dimensão objetiva dos direitos humanos. Não é demais aqui, lembrar o caso Lüth<sup>486</sup> no qual se asseverou a possibilidade de proteção dos direitos fundamentais em uma dimensão objetiva.

Ademais, a violação deve ser um problema não apenas jurídico, mas também de caráter social. Nesse estágio em que se encontram as coisas, não se permite que a corte feche os olhos

<sup>482</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 179-187.

<sup>483</sup> Ibid., p. 179.

<sup>484</sup> Ibid., p. 180.

<sup>485</sup> ARIZA, op. cit., p. 142.

<sup>486</sup> Nesse sentido, entende Ingo Sarlet para quem “Apesar de encontrarmos já na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra certos desenvolvimentos do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é com o advento da Lei Fundamental de 1949 que ocorreu o impulso decisivo neste sentido. Neste contexto, a doutrina e a jurisprudência continuam a evocar a paradigmática e multicitada decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) da Alemanha no caso Lüth, na qual, além de outros aspectos relevantes, foi dado continuidade a uma tendência já revelada em arestos anteriores, ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 124-125.

para o que está ocorrendo, sob pena de ela fechar os olhos para a vulneração do próprio texto constitucional<sup>487</sup>.

O segundo pressuposto ou requisito é o da omissão reiterada de autoridades de natureza pública em cumprir com as suas obrigações na proteção dos direitos fundamentais. Trata-se de um mal funcionamento histórico e estrutural do estado. Ademais, é bom que se deixe claro, que não se trata de uma omissão por parte de uma autoridade pública, mas de um problema que assola o estado como um todo, e que viola os direitos fundamentais. São problemas que resultaram da omissão dos poderes, dos órgãos, das entidades em conjunto.<sup>488</sup> Assim, requerem-se medidas de igual escopo para cessar o dano<sup>489</sup>.

O terceiro pressuposto diz respeito ao plano das soluções, é dizer que se caracterizará o ECI quando a superação dos problemas estiver direta ou indiretamente ligada à expedição de vários remédios judiciais dirigidos não apenas a um órgão, mas a mais de uma entidade pública. A responsabilidade recai sobre uma pluralidade de atores públicos<sup>490</sup>.

Ainda que a origem da ação diga respeito a uma alegada conduta, que se aponte como principal no plano da compreensão daquele que interpõe a ação, ao fim, o que resulta da investigação empreendida pelo tribunal, deve ser a conclusão de que a solução não é atribuição uníssona, em uma só voz, ou apenas atribuída ao demandado, mas a um conjunto de entidades públicas, cujas atuações para a solução do problema, estejam conectadas de uma forma complexa.

Por fim, o último pressuposto diz respeito à potencialidade de pessoas que se sintam também afetadas em seus direitos fundamentais, poderem ingressar com diversas ações judiciais, que se somariam as ações já existentes, o que sem dúvida alguma geraria um congestionamento no Poder Judiciário<sup>491</sup>.

Esse requisito diz respeito a um critério de natureza quantitativa, ou seja, ocorre quando o tribunal recebe um número bastante significativo de ações de tutela cujas questões que são levantadas nessas ações coincidem com as levantadas pelos petionários<sup>492</sup>.

---

<sup>487</sup> CAMPOS, op. cit., p. 180.

<sup>488</sup> Ibid., p. 181.

<sup>489</sup> ARIZA, op. cit., p. 142.

<sup>490</sup> CAMPOS, op. cit., p. 182.

<sup>491</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 185.

<sup>492</sup> ARIZA, op. cit., p. 141.

Ademais, a existência de dados relativos à existência significativa de ações de tutela contra um determinado setor do estado colombiano, pode ser um indicativo importante de que este setor pode estar violando direitos fundamentais de maneira clara e sistemática. Ocorre que por razões de eficiência, cabe ao tribunal agregar casos semelhantes para que possa dar uma única decisão, e com isso evitar um colapso do sistema de administração da justiça<sup>493</sup>.

Consoante alerta Campos, esse pressuposto só faz sentido em sistemas de amplo acesso ao Poder Judiciário como o colombiano, já que no contexto brasileiro, ele representaria mais uma barreira para acesso ao Judiciário, e portanto, serviria apenas para a manutenção do *status quo*, o que certamente exige no caso brasileiro, uma postura de cautela em relação à adoção desse pressuposto<sup>494</sup>.

#### 4.1.3.2.2 Estágios de desenvolvimento jurisprudencial: Da fase de configuração à reiteração

De início deve se ter em mente que a evolução de um fato social, e o direito é um fato social, não se dá de forma linear. Não há linearidade na realidade dos fatos. Daí porque fundamental desde já deixarmos claro que também a evolução aqui apresentada é considerada a partir de uma ótica weberiana de tipos ideais<sup>495</sup>, sobretudo, porque não se mostra possível a explicação de um fato social, por meio de todas as causas infinitas que lhe constitui, é que se adotam então aquelas características que melhor permitem explicar essa realidade social.

Nesse sentido, dispõe Cárdenas, que no caso da evolução do “estado de coisas inconstitucional” se verificam duas facetas, que não seguem uma ordem consecutiva, é dizer que a evolução do ECI não é linear, havendo sentenças relativas a um período intermediário, nas quais se deteve ou não houve progresso<sup>496</sup>.

Três principais classificações são apontadas no que diz respeito à evolução jurisprudencial do ECI. Uma delas é a apresentada por Luis Ricardo Gómez-Pinto. Analisando sob a perspectiva da corte como agente econômica, o autor entende que o ECI perpassou por três fases distintas. Na primeira fase, a qual vai desde 1977 até 2000, a corte teria estabelecido os requisitos ensejadores da declaração do ECI, fase a que o autor decidiu

---

<sup>493</sup> Ibid., p. 142.

<sup>494</sup> CAMPOS, op. cit., p. 185.

<sup>495</sup> WEBER, M. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

<sup>496</sup> CÁRDENAS, Raquel Blanca. **Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 48.

denominar de “iluminismo constitucional”<sup>497</sup>. De acordo com esse pensamento, portanto, as sentenças SU 559-97, T 068-98, T 153-98, T 259-99, estariam dentro dessa fase.

Na segunda fase, denominada pelo autor de “fase de decadência”, o que se observa é uma postura da CCC no sentido de restringir a aplicação do ECI, sendo ela mais conservadora, no período que vai desde 2000 até o ano de 2004<sup>498</sup>. Nessa fase encontram-se as sentenças SU 090-2000, que diz respeito à mora no pagamento de pensões e uma outra relacionada com a questão do sistema penitenciário colombiano, qual seja, a sentença T-257-2000.

Por fim, o autor aponta para uma terceira fase, a qual ainda estaria em andamento, por ele chamada de fase de “renascimento”, cuja grande representante é certamente a sentença T-025-04.

Já Cesar Rodríguez Garavito aponta que a evolução do ECI se deu em duas fases. De acordo com o autor, na primeira fase de jurisprudência do ECI (1997-2203) a corte não se preocupou em fazer um trabalho cuidadoso de sistematização dos requisitos ensejadores do ECI, algo que só viria a ser feito a partir da sentença T-025-04<sup>499</sup>.

Isso não significa que a corte, nesta fase inicial, não tenha formulado elementos importantes no que se refere à adoção de critérios que foram posteriormente sistematizados pela T-025-04. Nesta primeira fase é possível observar que a corte estabeleceu critérios que dão sustentação ao que Garavito denomina de indicadores de processo e de resultado. No que se refere à SU 559-97, vê-se que o tribunal se referiu às falhas estruturais em relação a políticas públicas sobre pensões como um dos elementos que justificariam a declaração do ECI<sup>500</sup>. Em relação a sentença T-068-98, a corte se referiu às falhas inerentes aos procedimentos administrativos, que faziam praticamente obrigatória a interposição de ações de tutela. A proliferação de tutelas consoante se demonstra é um dos elementos que passa a caracterizar a declaratória do ECI<sup>501</sup>.

---

<sup>497</sup> GÓMEZ PINTO, Luis Ricardo. **El juez de las políticas públicas Del estado de cosas inconstitucional en la política económica en Colombia**. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012, pp. 3-34.

<sup>498</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>499</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez. Cuando cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. *In*: GARAVITO, Cesar Rodríguez. (Coord) **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-493, p. 442.

<sup>500</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez. Cuando cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. *In*: GARAVITO, Cesar Rodríguez. (Coord) **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-493, P. 442.

<sup>501</sup> *Ibid.*, p. 443.



Para Garavito, nesta primeira fase a corte estabeleceu dois requisitos para que seja possível declarar o ECI, situação esta que restou consolidada e sistematizada através da sentença T-090 de 2000, quais sejam: a) se há uma repetida violação de direitos fundamentais de muitas pessoas; b) a causa dessa violação não pode ser imputada apenas a pessoa demandada, já que resulta de fatores estruturais<sup>502</sup>.

Com esta ideia de ECI, entende o autor que a corte acolheu a combinação de variáveis de processo e de resultado. De resultado ao se referir à ideia de uma violação massiva e reiterada, e de processo, quando ao se referir às origens em falhas ditas estruturais, aponta para o processo de políticas públicas que contribui para uma situação de violação<sup>503</sup>.

A jurisprudência inicial também estabeleceu as bases para os remédios constitucionais frente às situações de litígios estruturais, posto que ao expedir ordens para que as autoridades a cumprissem ia avaliando o alcance e os resultados obtidos, sempre deixando claro a necessidade de uma atuação compatível com os princípios da separação de poderes e da colaboração harmônica<sup>504</sup>.

A sistematização, por outro lado, só veio a ocorrer com a T-025-04, quando se inicia a segunda fase da jurisprudência<sup>505</sup>. É partir dessa sentença que o autor verifica uma segunda fase do ECI. De acordo com esse posicionamento, a sentença dos deslocados internos constitui um marco histórico. Primeiro porque se dirige à violação mais dramática de direitos humanos que se tem no plano do direito internacional. Segundo, porque, e aí estão as características dessa nova fase, ao contrário das sentenças anteriores, passou a aplicar um modelo de seguimento e participação por vários anos, o que vem garantindo a vigência e a eficácia das ordens contidas na sentença<sup>506</sup>.

De fato, um dos problemas relacionados com a ausência de eficácia das sentenças anteriores a T-025/04, diz respeito à falta de monitoramento e acompanhamento do cumprimento das decisões. Nesse sentido, verifica-se que a corte, na primeira fase, não se preocupava com a tarefa de estabelecer indicadores de avaliação inerentes às sentenças, o que explica o seguimento e a supervisão débeis que ocorreram nesta primeira fase, sendo que tais

---

<sup>502</sup> Ibid., p. 444.

<sup>503</sup> Ibidem.

<sup>504</sup> Ibidem.

<sup>505</sup> Ibidem.

<sup>506</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez. Cuando cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. *In*: GARAVITO, Cesar Rodríguez. (Coord) **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-493, pp. 444-445.

indicadores têm sido um dos pontos centrais do processo de seguimento da sentença T-025-04<sup>507</sup>.

Nessa segunda fase, portanto, a corte parece ter passado por um processo de aprendizagem no que se refere a como lidar com litígios estruturais, de modo a desenhar modelos e remédios judiciais que evitam uma relativa ineficácia de seus comandos e ordens<sup>508</sup>.

Por fim, apresenta-se a classificação de Cárdenas, a qual, aliás, é adotada nesse trabalho, por se considerar que seja mais compatível com a realidade empírica do ECI na Colômbia. Nesse sentido, a autora aponta para a existência de três fases. Uma primeira fase, a que ela denomina de “fase inicial” que vai desde 1997 a 2004, em que os elementos de configuração do ECI aparecem ainda de forma muito tímida. Uma segunda fase, por ela denominada de “fase de consolidação”, fase em que aparece a sentença T-025-04, e onde se dá a sistematização dos elementos de configuração do ECI e dos tipos de ordens para os litígios estruturais<sup>509</sup>.

Por fim, a autora aponta para a existência de uma terceira fase, que ela denomina de “fase de reiteração”, que começa a partir do ano de 2004 e ainda continua em andamento, na qual os casos semelhantes são respondidos por meio de sentenças de reiteração. A evolução do ECI tem tido, assim, um elemento de continuidade após a sentença T-025-04, através dos chamados autos de seguimento, os quais têm apontado para novos elementos do ECI, como é o caso dos indicadores para que se verifique o cumprimento da sentença, mas que na verdade, seriam apenas apêndices da sentença T-025-04<sup>510</sup>.

Assim pode-se dizer que o ECI se desenvolveu até 2004, fase de seu esplendor com a sentença T-025-04. Daí em diante, o que se vê é uma postura da corte no sentido de evitar declarar o ECI em outras sentenças, tais como nos casos da sentença T-760-08 e Auto 110-013, o que sem dúvida alguma expressa a existência de uma postura restritiva da corte em relação ao ECI<sup>511</sup>. Para Cárdenas, parte do problema estaria na incompatibilidade da via processual adotada para se aplicar o ECI, questão que será adiante aprofundada.

---

<sup>507</sup> Ibid., p. 449.

<sup>508</sup> Ibid., p. 445.

<sup>509</sup> CÁRDENAS, Raquel Blanca. **Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 46.

<sup>510</sup> CÁRDENAS, Raquel Blanca. **Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 46.

<sup>511</sup> Ibid., pp. 46-47.

#### 4.1.3.2.3 Fim da utilização do ECI pela CCC? O caso da sentença T-760 de 2008

Para além do entendimento outrora apresentado, que segue a linha da existência de uma terceira fase do ECI, cuja característica é a mera reiteração pós-sentença T-025-04, há entendimento ainda mais crítico no que se refere ao atual estágio de desenvolvimento do ECI na Colômbia. Tal entendimento aponta para o fato de que o ECI teria se tornado desnecessário no contexto colombiano, em razão daquilo que ocorreu com a sentença T-760 de 2008.

Trata-se de caso em que se discutiam os problemas de diversos autores relacionados com o direito de acesso aos serviços de saúde na Colômbia.<sup>512</sup> Para Suelst Cock, em que pese o acesso aos serviços de saúde ser um problema estrutural para os cidadãos colombianos, e a corte ter reconhecido estarem presentes os requisitos previstos na sentença T-025-04 para fins de reconhecimento de estado de coisas inconstitucional, o ECI não foi declarado pela CCC.<sup>513</sup>

Assim a análise da sentença T-760 de 2008 demonstraria que a corte não necessita da figura do ECI para fazer com que as autoridades públicas e privadas se comprometam a adotar medidas dirigidas à superação das falhas estruturais no que se refere ao direito à saúde<sup>514</sup>, já que bastaria ao tribunal constitucional atuar, como fez no caso da sentença T-760 de 2008, na qualidade de juiz constitucional que é, e reconhecer como já vem reconhecendo em sede de jurisprudência, que o direito à saúde é um direito fundamental autônomo, e assim expedir ordens para as diversas autoridades para que estas não continuem violando o direito à saúde. Além disso, poderia ainda determinar regras de fixação, consoante postura que adotou no caso da sentença T-760 de 2008, com fins de uniformizar o entendimento e orientar os juízes em casos que fossem semelhantes ao seu julgado<sup>515</sup>.

Em sentido contrário à Cock pensa Peña. Para esse autor, no caso da sentença T-760 de 2008, não restaram preenchidos os requisitos para a declaração do estado de coisas

<sup>512</sup> Trata-se de caso em que 22 acionantes ingressam com ações de tutela em diversas partes do país em razão de problemas com as suas respectivas entidades promotoras de saúde, que lhes negava diversos direitos de acesso à saúde por diversas razões, tais como por não estarem os acionantes incluídos em plano de saúde obrigatório, pelo não reconhecimento de incapacidade quando o pagamento se dava de forma extemporânea, dentre outras razões para se negar o direito de acesso. Para mais informações, consultar sentença T-760 de 2008, que se encontra disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>. Acesso em 25 mai. 2020.

<sup>513</sup> SUELST COCK, Vanessa. El estado de cosas de inconstitucionalidade. In: INÉS ACOSTA, Juana López. *et al* (eds). **20 Años de la Constitución Colombiana: logros, retrocesos y agenda pendiente**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 203-224, p. 215.

<sup>514</sup> SUELST COCK, Vanessa. El estado de cosas de inconstitucionalidade. In: INÉS ACOSTA, Juana López. *et al* (eds). **20 Años de la Constitución Colombiana: logros, retrocesos y agenda pendiente**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 203-224, p. 216.

<sup>515</sup> *Ibidem*.

inconstitucional, ainda que tenham sido expedidas ordens de execução complexas tais como as expedidas nos casos em que houve a declaração do estado de coisas inconstitucional em situações anteriores. No caso da sentença T-760 de 2008, em que pese fosse, de fato, um caso estrutural, a situação não gerou um estado de coisas que fosse contrário à Constituição<sup>516</sup>.

Para Peña, no caso dessa sentença, não se declarou o ECI porque em relação à saúde há recursos orçamentários suficientes. Segue o autor, dizendo que no caso da saúde há um orçamento anual de aproximadamente 34 bilhões, entre recursos públicos e privados, mas que se tem mostrado insuficiente por conta do modelo de sistema que é adotado, como por exemplo, o caso dos altos custos de intermediação. Ademais, a saúde teria uma infraestrutura formada para a proteção mínima dos colombianos, ou seja, Ministério da Saúde, Ministério da Proteção Social, Superintendência de Saúde, redes de hospitais públicos e privados, EPS, IPS, mecanismos de participação do usuário, milhares de médicos e profissionais relacionados. Para o autor, o caso da sentença T-760-08 não se configura como uma falha estrutural do estado, já que o que de fato ocorre é um problema decorrente dos desvios do sistema<sup>517</sup>.

Comparando a sentença T-760 de 2008 ao caso do *desplazamiento forzado*, assim se manifesta Peña, que entende haver uma diferença substancial entre os dois casos:

Ao contrário, no caso dos direitos das vítimas do deslocamento forçado, o que se evidenciou foi a falta de recursos para a magnitude do problema; a falta de responsáveis pelos direitos da população deslocada, a coordenação inócua do sistema nacional de atenção às vítimas, a estagnação institucional sobre o tema e a ausência do Estado diante da violação massiva dos direitos da população desfavorecida<sup>518</sup>. (tradução nossa)

Ademais não é qualquer caso em que se deve reconhecer o ECI, devendo-se ter em mente que se trata de mecanismo de uso excepcional, portanto, que só deve ser usado quando se esteja defronte a casos extraordinários, em que ocorra uma situação de violação generalizada de direitos fundamentais, e um estado permanente de inércia estatal. Além disso, devem-se ter claras a existência de incapacidade institucional bem como a inexistência de

---

<sup>516</sup> PEÑA, op. cit., p. 14.

<sup>517</sup> Ibidem.

<sup>518</sup> PEÑA, Bustamante. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. Tese de Mestrado (Estudios Políticos). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, 2011, p. 15.

programas públicos mínimos voltados para uma superação gradativa da violação dos direitos<sup>519</sup>.

Em que pesem os argumentos de Peña, entende-se como Cock que o problema de saúde vivenciado na Colômbia é de fato um caso de violação massiva e generalizada ao direito fundamental de acesso aos serviços de saúde, de modo que todos os requisitos desenvolvidos em sede da sentença T-025 de 2004, estavam sim presentes e mereciam, portanto, que a corte reconhecesse o estado de coisas inconstitucional, embora ela não o tenha declarado, por algum motivo que não se fundamentou tão claramente, o que acabou gerando dúvidas pertinentes acerca do abandono do ECI pela CCC.

Essa não aplicação por parte da corte do ECI no caso da sentença T-760 de 2008, no entanto, não representa o fim da adoção da técnica pela Corte Constitucional, consoante entendimento que fora explanado pelo juiz relator da sentença, Manuel Jose Cepeda para quem, a não declaração do ECI no caso da sentença T-760 não representou o fim ou abandono da técnica pela CCC, mas sim representa o seu fortalecimento, na medida em que ela passa a ser utilizada com cautela pelo tribunal, a partir de pressupostos rígidos de reconhecimento, de modo que isso não a torne algo banal, que possa ser utilizada em todos os casos de violação aos direitos fundamentais, em alguns casos, inclusive, nas quais outras medidas seriam suficientes<sup>520</sup>. A aplicação da técnica em um primeiro plano seria totalmente contra a sua essência, que é de ser utilizada, tão somente de forma subsidiária<sup>521</sup>, uma das principais características dos litígios estruturais, consoante apontado em tópico anterior desse trabalho.

#### 4.2 CRÍTICAS E MATIZAÇÕES EM RELAÇÃO À AÇÃO DE TUTELA COMO MEIO PROCESSUAL ADEQUADO NA APLICAÇÃO DO ECI

Nessa parte do texto, serão apresentados alguns dos problemas que têm sido apontados no que se refere à compatibilidade na adoção da ação de tutela como via processual na qual se aplica o estado de coisas inconstitucional, bem como serão apresentadas algumas matizações, que senão têm a capacidade de anular os problemas levantados, nos dá uma ótima oportunidade para refletir sobre os limites e os contornos do uso por outros ordenamentos

---

<sup>519</sup> CAMPOS, op. cit., p. 294.

<sup>520</sup> Opinião tomada em entrevista que fora realizada por Gabriel Bustamante Peña ao juiz da Corte Manuel José Cepeda. Para maiores informações, ver: PEÑA, op. cit., p. 14.

<sup>521</sup> Para ver o caráter de subsidiariedade dos remédios estruturais, veja-se o que disposto no capítulo 3, ponto 3.3.

jurídicos ao redor do mundo, da técnica do ECI, em especial, questões relacionadas com a utilização da via processual que se mostra compatível.

#### 4.2.1 Críticas em torno da utilização da Ação de Tutela na aplicação do ECI

Pois bem, inicialmente se faz necessário dizer que o estado de coisas inconstitucional tem sido uma técnica utilizada, em sua grande maioria por via da ação de tutela, ou melhor, por via da revisão de tutela. É dizer que cabe à CCC decidir quais decisões de tutela deverão ser revisadas por ela, no intuito de que possa ela uniformar a sua jurisprudência e ademais, garantir a supremacia da Constituição<sup>522</sup>.

Desde a Constituição de 1991, a ação de tutela tem se convertido em uma das ações de natureza constitucional mais importantes da história colombiana, isso porque a Constituição anterior de 1886 em nenhum momento teve em seu texto qualquer mecanismo de natureza processual autônomo voltado para a proteção dos direitos fundamentais, situação que já era uma realidade em muitos outros países da região, como Brasil, Venezuela, México e Argentina<sup>523</sup>.

De acordo com Carrera Silva, o surgimento da ação significou uma revolução judicial de matriz democrática, ao materializar os direitos fundamentais, e torná-los tangíveis aos colombianos no seu dia a dia. Trata-se ainda de mecanismo processual que veio para ratificar uma transformação de paradigma, antes centrado no tradicional estado de direito para dar espaço ao surgimento do estado constitucional<sup>524</sup>. Permitiu o desmonte de privilégios, a

<sup>522</sup> A possibilidade de revisão de tutela pela CCC está prevista no artigo 241, número 9 da Constituição Política da Colômbia, que assim dispõe: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 9o. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.” Embora a competência para o conhecimento da ação de tutela seja de todo e qualquer juiz da república colombiana, respeitada a regra de que será competente o juiz do local onde se deu a violação ou ameaça a direito, caberá à corte a função de unificar a jurisprudência constitucional. CARRERA SILVA, Liliana. La acción de tutela em Colômbia. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (IUS)**, Año V, n. 27, p. 72-94, enero./junio.2011, pp. 79-80.

<sup>523</sup> CARRERA SILVA, Liliana. La acción de tutela em Colômbia. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (IUS)**, Año V, n. 27, p. 72-94, enero./junio.2011, p. 75.

<sup>524</sup> Liliane Carrera Silva entende que a Constituição de 1991 marca o surgimento de um novo constitucionalismo latino-americano o qual tem por uma de suas principais marcas, a transformação do paradigma do estado de direito, portanto, do estado vinculado à lei, para o estado constitucional de direito, no qual a constituição ocupa lugar de centralidade dentro do ordenamento jurídico colombiano. Nesse sentido, a constituição então invade todos os espaços, arrogando-se no centro de toda expressão política e jurídica, pública e privada, expressões essas cuja validade dependerá da conformidade com os preceitos constitucionais. Dentro dessa transformação de paradigma, em que a Constituição passa a ocupar o centro de todo o ordenamento jurídico,

criação de uma cultura democrática voltada para os direitos fundamentais da pessoa. Significou o abandono da ideia de subordinação do cidadão ao poder por si só, seja ele público ou privado. Após um longo período de sua vigência, já se pode dizer que a ação de tutela se tornou o mecanismo mais importante para a proteção dos direitos fundamentais, bem como o instrumento mais próximo dos cidadãos na Colômbia<sup>525</sup>.

Segundo estatísticas da corte, entre a data de sua criação em 1992 e 2010 foram expedidas 12.879 sentenças em processos que diziam respeito à proteção dos direitos fundamentais individuais, através das ações de tutela<sup>526</sup>.

As informações estatísticas dão conta de que as ações de tutela têm sido mais utilizadas do que as ações públicas de inconstitucionalidade, por exemplo, o que é um reflexo, em grande parte, da postura inibicionista<sup>527</sup> que tem adotado a corte no que se refere à admissão de ações públicas de inconstitucionalidade, em especial, quando se verifica o significativo número de sentenças inibitórias que têm sido proferidas em sede de demandas imprecisas, ou seja, com falhas substanciais de argumentação no sentido de solicitar o controle abstrato de constitucionalidade<sup>528</sup>.

Essa acumulação de ações de tutela revela um dado importante acerca de parte importante da contemporânea realidade constitucional colombiana, que é a preferência de uma só via processual, o que acaba gerando uma congestão na máquina judiciária. Esse quadro levou a corte a estabelecer fórmulas diversas, como a reiteração de jurisprudência, as decisões ou sentenças unificadas de tutela e a alteração dos efeitos da tutela<sup>529</sup>.

---

surgem também mecanismos que submetem toda a expressão de poder, aos ditames constitucionais, sendo exemplo desse tipo de mecanismo, as chamadas ações de tutela. *Ibid.*, p. 74.

Nesse mesmo sentido, o entendimento de Alba Lucia Vélez para quem a partir da constituição de 1991, foram incluídos mecanismos mais diligentes no sentido de proteção aos direitos fundamentais, cujo exemplo é a ação de tutela, que se trata de ação a ser dirigida a qualquer juiz e em todo lugar, de caráter preferente e sumário, para a proteção imediata dos direitos fundamentais. VÉLEZ, Alba Lucia. La acción de tutela: ¿un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alterno para acceder a servicios de salud?. **Colombia Médica**, Universidad del Valle, Cali, Colombia, v. 36, n. 3, pp.199-208, julio-septiembre 2005, p.199.

<sup>525</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>526</sup> CANO, Natália Bernal. Convergencias y divergencias de las acciones y procedimientos constitucionales em el ordenamento juridico colombiano. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, Año XVIII, pp. 77-92, 2012, p. 78.

<sup>527</sup> Sobre essa postura de inibição por parte da CCC em relação às ações públicas de inconstitucionalidade, em especial no que tange à criação de requisitos de admissão para essas públicas, por via de mera atividade jurisprudencial da corte, ver: GÓMEZ-PINTO, Luis Ricardo. El control constitucional en Colombia: sobre el inibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública, **Vniversitas**, v. 122, pp.169 -212, 2011.

<sup>528</sup> CANO, op. cit., p. 78.

<sup>529</sup> *Ibidem*.

Ainda sobre a ação de tutela, é preciso esclarecer ainda que constitui um procedimento individual que visa corrigir uma violação dos direitos fundamentais perpetrados pela administração ou por particulares<sup>530</sup>, portanto, serve para a defesa da posição jurídica do indivíduo perante o estado ou perante outro particular. Vincula-se assim, a uma ideia de dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Trata-se ademais de ação que tem por característica ser rápida, ágil, cujo prazo para que o juiz possa expedir a sentença é de apenas 10 dias. É ainda ação subsidiária, que só cabe quando não houver outro remédio ou ação constitucional que possa proteger o direito vindicado, exceto se restar comprovada a possibilidade de um perigo de prejuízo irreparável, quando terá a tutela, a natureza de um mecanismo processual transitório de salvaguarda do direito.<sup>531</sup> Por fim, teoricamente, os efeitos de decisões que julgam a tutela é *inter partes*, portanto, vinculantes somente para as partes que participaram originariamente do processo.

No entanto, existem situações em que as circunstâncias não violam apenas o direito singular de quem interpôs a tutela. Trata-se de casos em que muitas outras pessoas têm os seus direitos afetados, ante as mesmas circunstâncias fático-jurídicas nas quais se encontra o autor<sup>532</sup>. Essa situação tem feito com que a corte realize uma permanente articulação de procedimentos constitucionais por via jurisprudencial, casos em que a corte tem estendido os efeitos das decisões de tutela para além das partes do processo<sup>533</sup>, dos quais são notórios exemplos, aqueles em que a corte tem aplicado o ECI.

Nesses casos, o papel do juiz constitucional se volta para a proteção dos direitos fundamentais em suas dimensões objetiva e subjetiva. Assim, a ação de tutela passa não apenas a ter um caráter corretivo, mas também um caráter de prevenção, na medida em que se busca evitar violações a direitos fundamentais em casos de situações futuras<sup>534</sup>.

Essa postura da corte não tem sido imune a críticas, dado esse ativismo judicial com que tem se portado. Dentre essas críticas, faz-se questão de abordar algumas delas, que desde logo

<sup>530</sup> Ibid., p. 86.

<sup>531</sup> Nesse sentido, Catalina Botero para quem “A tutela foi concebida como uma ação judicial subsidiária, residual e autónoma, dirigida a permitir o controle constitucional das ações ou omissões de todas as autoridades públicas e excepcionalmente dos particulares. Adicionalmente, o constituinte estabeleceu a possibilidade de que a Corte Constitucional pudesse revisar as sentenças respectivas, a fim de utilizar a jurisprudência constitucional e satisfazer, entre outros, os princípios de igualdade e segurança jurídica.” (tradução nossa) MARINA, Catalina Botero. **La acción de Tutela em el Ordenamiento Constitucional Colombiano**. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2009, p. 19.

<sup>532</sup> VÉLEZ, Alba Lucía. La acción de tutela: ¿un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alterno para acceder a servicios de salud?. **Colombia Médica**, Universidad del Valle, Cali, Colombia, v. 36, n. 3, pp.199-208, julio-septiembre 2005, p. 182.

<sup>533</sup> CANO, op. cit., p. 86.

<sup>534</sup> Ibid., p. 87.



se assenta, não dirão respeito à legitimidade mesma do ECI, mas à utilização de instrumento que se alega não ser compatível com os casos estruturais, consoante é o que será apresentado.

Inicialmente, é preciso dizer, já desde uma perspectiva crítica e não apenas de constatação fenomenológica, que o ECI constituiu um mecanismo de transformação processual da tutela, dados os requisitos tanto desta quanto daquele. Ademais, e considerando que o ECI tem uma grande exigência hermenêutica, verifica-se que essa abordagem interpretativa indica uma transformação na qual o resultado é uma tutela otimizada, ou ainda remasterizada<sup>535</sup>.

O processo transformador da tutela pode ser elucidado a partir da sentença T-648 de 2013. De acordo com essa jurisprudência, as tutelas podem ser: a) tutelas normais ou com baixa complexidade; b) tutelas de alta complexidade nas quais se declara o ECI, e c) tutelas ecléticas, consideradas de média complexidade<sup>536</sup>. As consideradas tutelas normais ou de baixa complexidade são assim chamadas porque tratam de casos realmente individuais, ou como sustenta Cárdenas, “é dizer, se trata de casos individuais concretos e ordens simples com efeitos *inter partes*”<sup>537</sup>. (tradução nossa)

Na tutela de média complexidade, o que se verifica são casos intermediários em que embora se demande a presença de diversas entidades para solucionar a questão, se trata de casos de grupos, com ordens semi-complexas, cujos efeitos são ainda *inter partes*, mas o seguimento se mostra débil<sup>538</sup>.

Finalmente fala-se em tutelas de alta complexidade, que são aquelas em que se dá a declaratória do ECI, com todas as características já aventadas alhures, ou como assinala Cárdenas: “Em outras palavras, são casos de grupos, mas ao mesmo tempo massivos e sistemáticos, que requerem ordens complexas com efeitos intercomunitários e forte monitoramento *ex post*”<sup>539</sup>. (tradução nossa)

No caso colombiano, em que pese se permitir a declaração de ECI por via de ação de tutela, o que se tem visto é uma amplitude jurisprudencial que supera de forma muito

---

<sup>535</sup> CÁRDENAS, Blanca Raquel. **Contornos jurídicos-fáticos del Estado de Cosas Inconstitucional**. 1ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 55.

<sup>536</sup> *Ibidem*.

<sup>537</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>538</sup> CÁRDENAS, Blanca Raquel. **Contornos jurídicos-fáticos del Estado de Cosas Inconstitucional**. 1ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 56.

<sup>539</sup> *Ibidem*.

significativa o que está positivado, e de outro lado acaba por não reparar nos limites substanciais e procedimentais<sup>540</sup>.

Nesse sentido, deve-se dizer que as tutelas não foram desenhadas para proteger situações como as que se dão no ECI<sup>541</sup>, de modo que ao assumir elas essa provisória tarefa, isso as têm desconfigurado. Essa leitura pretende indicar que a tutela não pode ter a sua aparência transformada por via jurisprudencial. Além disso, indica ainda o quanto os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais na Colômbia ainda se mostram incompletos<sup>542</sup>.

Desde um aspecto meramente normativo, o que se depreende é que a ação de tutela se dirige à proteção de direitos individualizados, em casos concretos, dadas as disposições contidas no artigo 86 da CP<sup>543</sup>, e também nos artigos 2, 23, 27, 29 e 36 do Decreto n 2591 de 1991. A vocação do juiz de tutelas se circunscreve à resolução de casos concretos e não tratar de conflitos coletivos, marcados pela dispersão populacional, temporal e espacial, porque, dentre outras coisas, isso supõe que haverá dificuldades na fixação dos fatos no que diz respeito ao caso coletivo, bem como haverá dificuldades para se chegar a solução esperada pelas partes extremas do processo, partes que, aliás, se tornam muito difícil de serem identificadas em caso de litígios estruturais, no qual há uma multiplicidade de interesses, o que acaba por desconfigurar a própria natureza do processo judicial<sup>544</sup>.

---

<sup>540</sup> Ibid., p. 62.

<sup>541</sup> Embora não seja o objeto do presente texto, é preciso deixar claro que a autora defende a criação de um mecanismo ou ação constitucional propriamente dita para lidar com os casos em que se tenha de declarar o ECI, reconhecendo que esse seria um caminho mais acertado, na medida em que esta ação de natureza autônoma seria desenvolvida a partir de todas as especificidades dos casos estruturais.

<sup>542</sup> CÁRDENAS, Blanca Raquel. **Contornos jurídicos-fáticos del Estado de cosas inconstitucional**. 1ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 80.

<sup>543</sup> Artigo 86. Toda pessoa terá a ação de tutela para reclamar perante os juízes, em qualquer tempo e lugar, através de procedimento preferencial e sumário, por si ou por quem agir em seu nome, a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais, sempre que estes resultem violados ou ameaçados por ação ou omissão de qualquer autoridade pública.

A proteção consistirá em uma ordem para que aquele a quem a tutela é solicitada aja ou se abstenha de fazê-lo. A decisão, que será imediatamente executada, pode ser impugnada perante o juiz competente e, em qualquer caso, este a remeterá ao Tribunal Constitucional para eventual revisão.

Essa ação somente terá prosseguimento quando o afetado não dispuser de outro meio de defesa judicial, a menos que seja utilizado como mecanismo temporário para evitar danos irreparáveis.

Em nenhum caso poderá decorrer mais de dez dias entre o pedido de tutela e a sua resolução.

A lei estabelecerá os casos em que a ação de tutela prossegue contra os responsáveis pela prestação de serviço público ou cuja conduta afete séria e diretamente o interesse coletivo, ou em relação aos quais o requerente se encontre em estado de subordinação ou indefeso. (tradução nossa). COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia de 1991. Disponível em: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

<sup>544</sup> CÁRDENAS, Blanca Raquel. **Contornos jurídicos-fáticos del Estado de cosas inconstitucional**. 1ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 87.

Na verdade, há uma audácia judicial muito grande em querer resolver casos estruturais com formulações normativas que foram criadas para solucionar casos que são concretos e não coletivos<sup>545</sup>. Ademais, a corte tem utilizado a tutela como um mecanismo absolutamente maleável que pode tomar qualquer forma, se liberando de quaisquer premissas normativas<sup>546</sup>. Em que pese a tutela ter por objetivo o caráter de proteção dos direitos fundamentais, essa necessidade de proteção deve seguir os limites traçados pela Constituição, até porque toda forma de proceder da corte está amparado em plataformas normativas<sup>547</sup>.

Há também dilemas de natureza processual. Nesse sentido, vê-se que a tutela por vezes se expande para se compatibilizar com a declaração do ECI (capacidade que ela não tem), e noutros momentos logo se comprime para dar conta de situações individuais, situação para a qual foi ela de fato desenhada<sup>548</sup>. Assim, ela tem se tornado um instrumento que judicialmente se expande e se comprime, num movimento que tem alterado substancialmente o seu arcabouço normativo<sup>549</sup>.

Outro dilema apresentado se dá quando os casos chegam à corte. O fato é que muitas das vezes já se perdeu o próprio objeto da discussão concreta, restringindo-se a corte a se pronunciar sobre matéria de fundo, ou seja, jurisprudência objetiva e pura, dirigida a tecer interpretações gerais dos direitos fundamentais, o que acaba por desnaturar a própria tutela como ferramenta de proteção dos direitos subjetivos dos cidadãos considerados individualmente<sup>550</sup>.

#### 4.2.2 Matizações às críticas apresentadas

Mas é preciso fazer algumas matizações que embora não tenham o condão de anular todas essas críticas, certamente impõe uma reflexão acerca de alguns pontos cruciais. De início é preciso levar em conta, que ao estender os efeitos da tutela para além das partes que não participaram do processo de forma originária, a corte está protegendo os direitos

---

<sup>545</sup> Ibidem.

<sup>546</sup> Ibid., p. 89.

<sup>547</sup> Ibid., p. 91.

<sup>548</sup> Ibid., p. 146.

<sup>549</sup> Ibid., p. 148.

<sup>550</sup> CÁRDENAS, Blanca Raquel. **Contornos jurídicos-fáticos del Estado de cosas inconstitucional**. 1ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 148.

fundamentais em uma dimensão não apenas subjetiva (que continua sendo protegida), mas também objetiva.

De acordo com Tole Martínez, não existe estado constitucional sem direitos fundamentais, posto que esses direitos se convertem na própria razão de existir do estado, ou seja, a função básica do estado é a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais<sup>551</sup>.

Os direitos fundamentais se expressam em duas dimensões. Uma mais imediata da dignidade humana, que se faz representada pela possibilidade que tem qualquer cidadão de reclamar perante o poder público de uma ação ou omissão realizada por este ou pelos particulares que afete os seus direitos fundamentais<sup>552</sup>.

Os direitos fundamentais têm a capacidade de garantir um *status* jurídico, qual seja, asseguram, determinam e limitam a posição jurídica do indivíduo em suas bases e na relação com outros indivíduos. Trata-se de um *status* jurídico material, na medida em que é um *status* com conteúdo concreto e em relação ao qual nem o indivíduo nem o estado estão autorizados a dispor deles ilimitadamente<sup>553</sup>.

A outra dimensão é a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, diz Tole Martínez, constitui-se por normas objetivas de princípios, normas que se colocam como garantias e deveres positivos, verdadeiras decisões axiológicas, que reclamam uma atuação do estado voltado para a proteção desses direitos. Constituem valores supremos que regem todo o ordenamento jurídico<sup>554</sup>.

No direito colombiano, essa dupla dimensão vem sendo reconhecida desde a criação da própria corte quando na sentença T-596 de 1992 se reconheceu que os direitos fundamentais não têm por conteúdo apenas a obrigação negativa (direitos de defesa) por parte do estado de não lesionar a esfera individual de direitos, mas são, além disso, uma obrigação positiva vinculante em relação a todos os ramos, para que estes, colaborando entre si, possam promover de forma efetiva os direitos fundamentais<sup>555</sup>.

---

<sup>551</sup> TOLE MARTÍNEZ, Julián. La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia: El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. **Revista Derecho del Estado**, n. 16, pp. 253-316, junio 2004, p. 265.

<sup>552</sup> Ibidem.

<sup>553</sup> Ibid., p. 266.

<sup>554</sup> TOLE MARTÍNEZ, Julián. La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia: El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. **Revista Derecho del Estado**, n. 16, pp. 253-316, junio 2004, p. 267.

<sup>555</sup> Ibidem.

Assim, é inevitável que em algum momento a atividade da corte se dirija para a aplicação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em que pese não ser esta sua exclusiva e única função, já que não se desconhece que a principal função da corte e da ação de tutela seja a proteção do indivíduo<sup>556</sup>.

Se tivermos em conta que os deveres de proteção têm caráter de princípios, e que nessa medida devem ser realizados na maior medida possível e de acordo com as limitações fáticas e jurídicas, devemos considerá-los então como normas de princípio, as quais devem ser concretizadas<sup>557</sup>.

Essa concretização não se dá no caso colombiano por meio tão somente de ações de inconstitucionalidade, mas certamente por via das revisões das ações de tutela, que são mecanismos destinados à proteção da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

A proteção dos direitos fundamentais na Colômbia tem apresentado, nesse sentido, um novo mecanismo que é o ECI, figura anômala, deixe-se isso muito claro, considerada a disfunção da democracia colombiana, já que a proteção aos direitos fundamentais na dimensão objetiva deveria caber em maior medida ao Legislativo<sup>558</sup>.

Ao fim e ao cabo, o fato é que os direitos fundamentais possuem um conteúdo normativo que reclama a sua realização, o que na dimensão objetiva, representa um atuar positivo, cuja obrigação cabe ao legislador, ao Executivo e ao juiz, de acordo com suas competências e margens de ação<sup>559</sup>.

De outro lado, e em que pesem as críticas de Cárdenas à jurisprudência da CCC, o que se tem visto no cenário do ordenamento jurídico colombiano é também uma grande aproximação do sistema jurídico daquele país com o sistema de precedentes norte-americano, em que pese o sistema colombiano ser o de direito legislado<sup>560</sup>. Nesse sentido, a jurisprudência da corte ampliou, sobremaneira, o seu domínio na aplicação do direito, não apenas no direito constitucional, mas no direito em geral<sup>561</sup>.

---

<sup>556</sup> Ibid., p. 285.

<sup>557</sup> Ibid., p. 277.

<sup>558</sup> Ibid., p. 279.

<sup>559</sup> TOLE MARTÍNEZ, Julián. La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia: El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. **Revista Derecho del Estado**, n. 16, pp. 253-316, junio 2004, p. 279.

<sup>560</sup> LÓPEZ DAZA, Germán Alfonso. El juez constitucional colombiano como legislador positivo: Un gobierno de los jueces? **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 24, p. 169-193, enero-junio 2011, p.174.

<sup>561</sup> Ibid., p. 175.

Anteriormente, na vigência da Constituição de 1886, a decisão da corte era oponível apenas em relação a alguns níveis do estado. Hoje em dia, as decisões da corte são aplicáveis em todos os níveis, tais como no nível de todos os cidadãos, nos litígios tratados por advogados, bem como em relação aos próprios juízes<sup>562</sup>.

Além disso, há outras importantes matizações que devem ser aqui trazidas, posto que fundamentais. São, na verdade, argumentos que poderiam justificar a atuação da corte colombiana, da forma como se tem dado a sua atuação na atualidade.

O primeiro argumento é o da resistência constitucional, defendido por Francisco Tomás y Valiente, segundo o qual a ideia de resistência implica um poder constituinte democrático, que permita à vontade política estruturar o ordenamento jurídico, tomando a Constituição como norma das normas, e permita ainda, reconhecer direitos fundamentais tanto os previstos na Constituição quanto aqueles que tenham sido reconhecidos judicialmente. Além disso, a resistência implica que o sistema de proteção dos cidadãos e o sistema de poderes dos estados sejam de fato efetivos, de modo que o jogo político resultante esteja conforme a Constituição. Por fim, se faz necessário que a dinâmica da realidade política seja catalisada pela Constituição<sup>563</sup>.

Aclarando essa ideia de Tomás y Valiente, se posiciona López Daza para quem a resistência constitucional pode ser entendida como uma ideia de adaptabilidade da Constituição com relação à dinâmica da realidade política, bem como a capacidade de a Constituição ser interpretada levando em conta os aspectos da realidade e, portanto, de forma flexível, em função de novos problemas e novas exigências, a propósito de direitos fundamentais que já estejam nela positivados, mas sem definição<sup>564</sup>. Significa então a possibilidade de reinterpretar a Constituição como forma de adaptação à dinâmica social. O resultado seria que as diversas vertentes, tendências e expectativas poderiam todas elas, estar dentro da Constituição, o que prolongaria a vigência da carta política fundamental<sup>565</sup>.

Outro argumento referente à justificação da atual postura da CCC é que a sua jurisprudência poderia estar intimamente vinculada à escola de direito livre, realismo jurídico e jurisprudência dos valores. Nesse sentido, a literalidade da norma deve ceder quando a

---

<sup>562</sup> Ibidem.

<sup>563</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. La resistencia constitucional y los valores. *Doxa*, n. 15-16, pp. 635-650, 1994, pp. 635-636.

<sup>564</sup> LÓPEZ DAZA, Germán Alfonso. El juez constitucional colombiano como legislador positivo: Un gobierno de los jueces? *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 24, p. 169-193, enero-junio 2011, p.185.

<sup>565</sup> Ibidem.

decisão dos juízes estiver de acordo com o valor justiça. Assim, o operador do direito deixa de ser um aplicador mecânico das normas para ser um criador do direito. No que se refere à ação de tutela, a corte tem projetado a sua decisão para além das normas que dizem respeito à proteção dos direitos fundamentais, prescrevendo soluções que têm levado em conta aspectos sociológicos e humanos<sup>566</sup>.

Há nesse último argumento, riscos claros à ideia de sociedade democrática, considerando-se que ao adotar esse modelo, toda a sociedade estaria submetida completamente às decisões tão somente dos juízes, decisões essas que poderiam ser extremamente maleáveis. Por fim, há ainda o risco da concepção sobre o que é ou não “justo”, o que acarretaria uma arbitrariedade judicial, consoante aquela que se verificou na Alemanha nazista<sup>567</sup>.

Outro argumento citado por López Daza se dá em relação ao papel do juiz como criador do direito, e não somente como intérprete. Segundo o autor, e amparado pelo grande debate doutrinário que existe na relação dicotômica entre criação e interpretação, os juízes colombianos estão, em muitos casos, criando verdadeiras normas de fato, situação que estaria sendo justificada pela ausência de normas claras, que estabeleçam todas as possibilidades, especialmente para os casos difíceis<sup>568</sup>.

Os chamados casos difíceis são aqueles nos quais as normas e os fatos importantes do caso permitem mais de uma solução. São casos normalmente em que as normas de regência são normas do tipo aberto, que permitem mais de uma interpretação, dentre as quais cabe ao juiz decidir qual irá escolher para julgar o caso. Defronte a uma situação dessas, eis que a corte deve levar em conta primeiro a Constituição, mas se essa é silente, cabe à corte construir a sua própria decisão a partir de construções jusfilosóficas e argumentos de cunho moral<sup>569</sup>. Ademais, as normas e regras não costumam ter um resultado único. As regras, por exemplo, possuem diversas hipóteses de incidência, mas que se mostram, muitas vezes, incapazes de solucionar algumas possibilidades que se mostram durante o andamento do caso, o que certamente autorizaria o juiz a criar o direito<sup>570</sup>.

---

<sup>566</sup> Ibid., p. 190.

<sup>567</sup> Ibid., p. 189.

<sup>568</sup> Ibid., p. 187.

<sup>569</sup> LÓPEZ DAZA, Germán Alfonso. El juez constitucional colombiano como legislador positivo: Un gobierno de los jueces? *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 24, p. 169-193, enero-junio 2011, p. 190.

<sup>570</sup> Ibid., p. 191.

São matizações que embora não apresentem de forma direta, respostas às críticas apresentadas em relação à incompatibilidade da ação de tutela com a aplicação do ECI, tendem a demonstrar que a postura das cortes, de articulação procedimental por via de sua jurisprudência, certamente tem suas razões de ser na transformação de paradigma que vem ocorrendo ao longo dos anos, com rupturas em relação às fundamentações teóricas que outrora eram absolutas, mas que não são mais.

No caso da Colômbia, essa mudança de paradigma fez com que se passasse do império da lei para o império da Constituição. Se antes os advogados, magistrados e operadores do direito cresceram com todas as fundamentações teóricas consolidadas no sentido de que os poderes estão formalmente divididos, consoante o entendimento de Montesquieu, de que ainda vige a ideia de infalibilidade do legislador e da lei; e de que há teorização dos direitos fundamentais, porém sem concretização; esse paradigma mudou com a Constituição de 1991, e com o desenvolvimento jurisprudencial da corte no que se refere aos direitos fundamentais<sup>571</sup>.

#### 4.3 OS EFEITOS DAS DECISÕES SOB OS ENFOQUES CONSTRUTIVISTA, NEORREALISTA E ECLÉTICO

Ao se deparar com as decisões estruturais, como é o caso das decisões que são proferidas no bojo da declaratória do ECI, muitos são aqueles que têm duvidado que algumas delas de fato produzam algum efeito ou tenham alguma eficácia comprovada, consoante se verifica com Rosenberg, quando em estudo empírico, demonstrou que a decisão *Board vs Board Of Education* não teria impacto significativo no que se refere à cessação da política segregatória no sistema educacional norte-americano. Há uma meia verdade nessa constatação, já que do ponto de vista da tangibilidade, daquilo que é, portanto, observável, a decisão da Suprema Corte bem como as decisões dos tribunais federais que se seguiram a *Brown* tiveram um efeito longe daquilo que se esperava, o que não autoriza, no entanto, negar a existência de outros efeitos intangíveis. Na verdade, ao se analisarem os efeitos e a eficácia das decisões estruturais, há que se ampliar o campo de observação para adotar também um enfoque dito construtivista em oposição a um enfoque meramente neorrealista.

---

<sup>571</sup> Ibid., p. 193.



### 4.3.1 O enfoque neorrealista

Sob o enfoque neorrealista, o direito é visto como um conjunto de normas que molda as condutas humanas<sup>572</sup>. Sob esse enfoque, deve-se dar ênfase aos efeitos materiais das decisões judiciais<sup>573</sup>.

O enfoque neorrealista, consoante apontam Garavito e Franco, se preocupa com os efeitos palpáveis, que podem ser diretamente vinculados às ordens judiciais. Para isso, há que se fazer uma espécie de teste de causalidade, no qual se possa medir o impacto efetivo de uma decisão judicial<sup>574</sup>, ou ainda, um exercício de comparação entre as decisões tomadas pelos tribunais e as mudanças que tais decisões provocaram de fato no comportamento dos destinatários da decisão, consoante afirma Beltran<sup>575</sup>.

Assim, só se consideram efetivas as decisões que consigam transformar o comportamento das partes vencidas do processo, o que no caso dos litígios estruturais corresponde, muitas vezes, ao fato de que as decisões têm de ser capazes de fazer com que os governos elaborem e implementem políticas públicas dirigidas à resolução dos problemas apresentados.

No caso da T-025-04, por exemplo, seria verificar o impacto da ordem judicial nos funcionários públicos e nas instituições envolvidas na realização de políticas públicas, bem como uma avaliação das consequências imediatas para a população deslocada<sup>576</sup>.

No caso *Brown* seria necessário investigar se a segregação racial se manteve após a decisão judicial da Suprema Corte, ou se esse *status* segregatório se manteve por um longo tempo depois dessa decisão. Aqui se faz necessário alertar que há estudo de natureza empírica desenvolvido por Gerald N. Rosenberg que já fora citado em capítulo anterior, cuja conclusão fora a de que as decisões judiciais que foram dadas tanto pela corte quanto pelos tribunais federais e estaduais com relação ao sistema educacional norte-americano, de fato, não surtiram um impacto significativo, de modo que o autor atribui um impacto verdadeiramente

---

<sup>572</sup> GARAVITO, César Rodriguez; FRANCO, Diana Rodriguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: De Justicia, 2010, p. 21.

<sup>573</sup> BELTRAN, Andrés Mauricio Gutierrez. **El amparo estructural de los derechos**. Tesis Doctoral- Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madri. Madri, 2016, p. 257.

<sup>574</sup> GARAVITO, César Rodriguez; FRANCO, Diana Rodriguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: De Justicia, 2010, p. 21.

<sup>575</sup> BELTRAN, Andrés Mauricio Gutierrez. **El amparo estructural de los derechos**. Tesis Doctoral- Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madri. Madri, 2016, p. 257.

<sup>576</sup> GARAVITO; FRANCO, op. cit., 21.

significativo às posturas do Executivo e do Legislativo, quando estes decidiram, de fato, se colocar à disposição para solucionar o problema da segregação racial vigente no sistema educacional dos EUA<sup>577</sup>.

De acordo com Beltran, o enfoque neorrealista, no entanto, se mostra equivocado, ao supor que problemas complexos como aqueles que são debatidos em sede de litígios estruturais podem restar, de fato, resolvidos por via de uma simples determinação judicial, a exemplo do caso *Brown*, no qual se verificou a necessidade de um esforço muito mais poderoso por parte dos tribunais e da sociedade em geral do que seria necessário para um litígio comum. Nesses casos, demonstrou-se que para além de decisões judiciais, era necessária uma verdadeira transformação, inclusive cultural da sociedade para de fato surtir algum efeito<sup>578</sup>.

Essa forma de abordar o problema judicial se mostra extremamente reducionista. Ademais, revela que a principal falha do enfoque neorrealista é pensar que em se tratando de litígios tão complexos quanto são esses, eles poderiam ser resolvidos sem uma conjugação de diversas causas e fatores determinantes<sup>579</sup>.

#### 4.3.2 O enfoque construtivista

De outro lado, surgiram autores críticos ao enfoque neorrealista do direito, a exemplo de McCann<sup>580</sup>, cujo enfoque tem sido definido como construtivista. Sob esse enfoque, o direito e as decisões judiciais geram transformações sociais não apenas quando alteram a conduta de indivíduos e grupos envolvidos diretamente no litígio, mas também quando provocam transformações indiretas na sociedade ou quando alteram a percepção que a sociedade tem de um determinado problema social<sup>581</sup>.

<sup>577</sup> Sobre essa pesquisa empírica, veja-se o ponto 3.4.3 do capítulo 3 desse texto.

<sup>578</sup> BELTRAN, op. cit., 259.

<sup>579</sup> BELTRAN, Andrés Maurício Gutierrez. **El amparo estructural de los derechos**. Tesis Doctoral- Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madri. Madri, 2016, p. 259.

<sup>580</sup> Trata-se de estudo realizado por Michael MacNn sobre o impacto das questões relacionados com o debate sobre feminismo nos EUA, em especial no que se refere a uma política de equidade de salários entre homens e mulheres, na obra “Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization” McCANN, Michael, **Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization**, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.

<sup>581</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 22.

De acordo com Beltran, no enfoque construtivista se deve levar em conta outros fatores que senão estão diretamente ligados às ordens que foram expedidas pelos tribunais, são o resultado indireto dessas decisões<sup>582</sup>.

Para esse autor, o enfoque construtivista se mostra mais adequado para avaliar os efeitos das decisões estruturais porque o neorealista registraria apenas uma parte, muito limitada dos impactos que foram produzidos pelas decisões estruturais, deixando à margem outras transformações que para além de se restringir ao comportamento das partes vencidas no processo, efetivamente influenciam outros casos nos quais se repetem os mesmos bloqueios institucionais<sup>583</sup>.

Ainda no que se refere ao construtivismo, há que se dizer que mesmo as decisões nas quais os juízes negam o direito vindicado, produzem-se transformações, em alguns casos, até mesmo mais eficazes, a exemplo de tornar o problema perceptível para a sociedade; para facilitar a obtenção de apoio político, o que seria muito mais vantajoso para as vítimas em longo prazo; para os movimentos sociais envolvidos com o problema; e por fim, para possibilitar uma associação das organizações no sentido de atuarem juntas para tentar transformar os problemas estruturais<sup>584</sup>.

Para efeito de análise e registro, entende-se, que sob um enfoque construtivista, a sentença T-025-04, pode ter levado a uma alteração bastante substancial na percepção da sociedade colombiana acerca dos problemas dos deslocados dentro do país, ou pode ter reforçado o poder de negociação das ONGS e as entidades sociais, no sentido de ampliarem a suas pressões sobre o governo colombiano para que este fizesse mais pela população dos deslocados<sup>585</sup>.

---

<sup>582</sup> BELTRAN, op. cit., p. 257.

<sup>583</sup> Ibid., p. 258.

<sup>584</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 23.

<sup>585</sup> Ibid., pp. 22-23.

### 4.3.3 Efeitos das decisões estruturais: Ampliando o campo de observação para além do tangível

Consoante já se demonstrou, um enfoque construtivista se mostra mais adequado do que o enfoque neorrealista, por este ser baseado apenas naquilo que se mostra tangível. Nessa parte, propõe-se que adotando o enfoque construtivista, se possa aprofundar, ampliar o campo de visão do operador do direito, por meio do qual, certamente, será possível visualizar outros efeitos tão ou mais significativos, que simplesmente os chamados efeitos diretos e instrumentais das decisões estruturais.

Amparado nisso, dispõem Garavito e Franco que os efeitos das sentenças podem ser diretos ou indiretos. Os diretos consistem nas condutas ordenadas pela decisão, e afetam os atores envolvidos diretamente no litígio, o que no caso da sentença T-025 seria a formulação de novas políticas públicas para os deslocados. Já os efeitos indiretos são toda sorte de efeitos que não estão estabelecidos pelas ordens judiciais constantes da sentença, e que acabam por afetar não apenas os envolvidos diretamente no litígio, mas também outros atores sociais. No caso da sentença T-025, os efeitos indiretos seriam, por exemplo, o surgimento da coalização de diversas entidades da sociedade civil a fim de discutir e participar do processo de seguimento da sentença<sup>586</sup>.

Além disso, as sentenças podem ter efeitos instrumentais e simbólicos. Os primeiros implicam transformações materiais na conduta dos indivíduos, o que no caso da sentença T-025 correspondeu à criação de grupos de apoio à população deslocada<sup>587</sup>. Já os efeitos simbólicos consistem nas transformações de ideias, de percepções e dos imaginários sociais sobre o litígio. No caso da T-025, o efeito simbólico consistiu na transformação da percepção da sociedade acerca do problema dos deslocados como um problema de direitos humanos<sup>588</sup>.

É preciso dizer que enquanto o enfoque neorrealista verifica apenas a existência de efeitos instrumentais, principalmente diretos; o construtivista entende haver quatro tipos de efeitos: 1) efeitos instrumentais diretos; 2) efeitos instrumentais indiretos; 3) efeitos simbólicos diretos; e 4) efeitos simbólicos indiretos; o que ajuda a explicar porque uma

---

<sup>586</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p.24.

<sup>587</sup> *Ibid.*, pp. 24-25.

<sup>588</sup> *Ibid.*, p.25.

mesma sentença pode ser considerada como eficaz sob o enfoque construtivista e ineficaz sob o neorrealista<sup>589</sup>.

#### 4.3.4 Além dos enfoques construtivista e neorrealista: O enfoque eclético

Conquanto se demonstre a superioridade do enfoque construtivista sobre o neorrealista, é preciso tomar cuidado para que ao se adotar aquele enfoque, diga-se construtivista, não se perca, ao focar somente nos efeitos indiretos e simbólicos, deixando-se à margem os efeitos instrumentais, em especial, os diretos, que as decisões estruturais trazem, sobretudo, para as vítimas<sup>590</sup>.

Esse desequilíbrio de abordagem pode fazer com se avaliem decisões que apenas produziram efeitos simbólicos como decisões de sucesso, quando na verdade, a realidade objetiva das vítimas continua da mesma forma que antes da intervenção judicial<sup>591</sup>.

Em que pesem os efeitos indiretos e simbólicos serem considerados importantes, não se pode perder de vista a realidade material, de modo que se mostra fundamental analisar se esses resultados indiretos ou simbólicos estão de fato contribuindo para uma transformação da realidade tangível das vítimas<sup>592</sup>. A título de exemplo, é preciso verificar se a mudança da opinião pública sobre determinado problema estrutural está permitindo que sejam eleitos candidatos que estejam comprometidos com o cumprimento das decisões estruturais<sup>593</sup>.

É preciso que estes efeitos possam promover transformações que possam ser tangíveis, reais, que digam respeito à realidade prática vivenciada por aqueles que estão tendo os seus direitos afetados, senão serão tais efeitos simbólicos ou indiretos inúteis<sup>594</sup>. Seriam apenas vitórias emblemáticas que servem apenas àqueles que defendem, em abstrato, as transformações, mas que não atingem verdadeiramente quem realmente necessita que seja afetado de forma positiva<sup>595</sup>.

---

<sup>589</sup> Ibid, p. 26.

<sup>590</sup> BELTRAN, op. cit., pp. 261-262.

<sup>591</sup> Ibid., p. 262.

<sup>592</sup> BELTRAN, Andrés Mauricio Gutierrez. **El amparo estructural de los derechos**. Tesis Doctoral- Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madri. Madri, 2016, p. 262.

<sup>593</sup> Ibidem.

<sup>594</sup> Ibidem.

<sup>595</sup> Ibidem.

É fundamental então que a eficácia das decisões judiciais seja abordada, a partir de um enfoque eclético ou também denominado de “*perspectiva complexa com ênfase na vítima*”, que para além de reconhecer e abarcar em si os enfoques neorrealista e construtivista engloba todas as possibilidades de efeitos, ou seja, instrumentais, simbólicos e indiretos<sup>596</sup>.

Ao adotar esse modelo não significa que apenas os efeitos simbólicos ou indiretos sofrerão escrutínio para ver se de fato estão gerando alguma consequência real para as vítimas. Também os efeitos instrumentais deverão ser avaliados, de tal forma que se verifique se as mudanças determinadas em relação ao comportamento das autoridades, também têm sido capazes de gerar consequências positivas para a realidade objetiva das vítimas<sup>597</sup>.

Ao contrário do que se possa compreender, esse modelo não é um retorno ao neorrealismo de uma forma disfarçada, já que adota uma das posturas justamente do construtivismo, no sentido de compreender que para problemas com tal magnitude de complexidade, uma decisão judicial não será capaz de suplantar o problema, devendo concorrer outros atores, outras causas e fatores determinantes, sobretudo, por via de estímulos e não de verdadeiras determinações oriundas de ordens contidas em decisões estruturais<sup>598</sup>.

Diz-se ainda, ser essa uma abordagem complexa e com ênfase na vítima porque reconhece que o cumprimento das sentenças reclama um tempo significativo e um árduo e vigoroso compromisso de parte do estado e de outros atores sociais<sup>599</sup>.

Esse é o modelo que se defende nesse texto, porque para além da importância de verificar a existência de efeitos intangíveis, se faz necessário que esses efeitos sejam capazes de promover mudanças no plano da realidade prática, aquela que é tangível, sobretudo, no que tange à situação vivenciada por quem mais tem interesse que haja de fato uma transformação real, que são as vítimas.

---

<sup>596</sup> Ibid., pp.262-263.

<sup>597</sup> Ibid., p. 263.

<sup>598</sup> Ibid., p. 264.

<sup>599</sup> BELTRAN, Andrés Mauricio Gutierrez. **El amparo estructural de los derechos**. Tesis Doctoral- Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madri. Madri, 2016, p. 264.

### 4.3.5 Um diagnóstico sobre a efetividade do ECI na Colômbia: Da inefetividade para uma “efetividade a meio caminho”

Nessa parte do texto, aborda-se o debate acerca da efetividade do ECI na Colômbia, partindo-se da análise de duas de suas principais sentenças, a sentença T-153 de 1998 (que trata da situação carcerária), na qual foram expedidas ordens de natureza muito genéricas por parte da corte, e sem a adoção de mecanismos de seguimento e monitoramento do cumprimento das decisões; e a sentença T-025 (*desplazamiento forzado*), a qual marcou uma nova postura adotada pela corte, notadamente, com a inserção de mecanismos de monitoramento, o que sem dúvida, alguma, influenciou quanto à existência de uma certa efetividade da sentença, ainda que uma “efetividade a meio caminho”, já que os efeitos simbólicos existentes precisam ainda promover transformações significativas no plano da realidade das vítimas quanto à satisfação de seus direitos fundamentais.

#### 4.3.5.1 A falta de efetividade do ECI no sistema carcerário

De acordo com Uprimy, Jaramillo e Guamizo, antes da sentença T-153 de 1998, a superlotação carcerária na Colômbia girava em torno de 45,1 %, tendo sido reduzida a partir da declaração de estado de coisas inconstitucional até o ano de 2002, quando chegou a 15,92%. Esse, aliás, era o prazo que a corte havia estabelecido para as autoridades reduzirem a superlotação no sistema carcerário, e ano também em que a corte decidiu que não havia mais motivo para a manutenção do estado de coisas inconstitucional. O problema é que desde o ano de 2003, as taxas de superlotação carcerária voltaram a crescer rapidamente, de tal modo, que só no ano de 2004, a taxa de superlotação já estava em torno de 37%<sup>600</sup>.

Essa pouca efetividade da sentença T-153-98 é descrita por Higuera e Gómez. Para os autores, por quase uma década, a sentença T-153 foi considerada como uma sentença que representava uma vitória para a população carcerária, mas seus efeitos sempre foram considerados duvidosos, dada a existência de altos e baixos no que se refere aos índices de superlotação nas penitenciárias. Fato é que 10 anos após a sentença, os pátios das cadeias

---

<sup>600</sup> JARAMILLO, Juan Fernando; UPRIMY Rodrigo; GUAMIZO, Diana. Intervención Judicial en cárceles. *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, n. 12, pp. 129-163, Octubre.2005/ Octubre. 2006, p. 151.

colombianas continuavam tão superlotados quanto a superlotação identificada quando da primeira vez em que se reconheceu o ECI<sup>601</sup>.

Na verdade, o problema da sentença T-153 está no foco que fora adotado pela corte, ao expedir ordens voltadas, em sua grande maioria, para a construção de presídios, que, inclusive, se encontram em funcionamento até hoje no país<sup>602</sup>. Ocorre que após essa sentença, foram aprovadas diversas reformas legais, as quais aumentaram de forma muito significativa as penas para crimes, criaram novos tipos de crimes, e por fim, retiraram das leis, muitas das possibilidades de se converter a detenção em prisão domiciliar, o que acabou aumentando novamente o número de presos na Colômbia<sup>603</sup>.

Pode se dizer que a corte, ao adotar essa abordagem de expedir ordens voltadas apenas para a construção de presídios como forma de solução dos problemas relacionados com os direitos dos presos no sistema carcerário colombiano, acabou por esquecer os detalhes da questão, o que sem dúvida alguma também influenciou de forma significativa para que a sentença T-153 não tivesse a efetividade que dela se esperava, consoante é o entendimento de Ariza, ao analisar a abordagem que adotou a corte em relação ao julgamento da referida sentença:

O Tribunal deve traduzir os fatos de um paciente sobre o idioma da adjudicação constitucional. Para fazer isso, para construir um caso, o Tribunal escolhe uma escala específica de abordagem. Sua resposta variará de acordo com a escala da abordagem usada para abordar a realidade em análise e o tamanho do caso. Nesta ocasião, o Tribunal escolheu uma escala que eliminava os detalhes, concentrando-se nos aspectos institucionais e estruturais da situação e sem o contexto histórico que explicaria por que os prisioneiros estavam dormindo uns sobre os outros nos corredores da prisão. Essa escala nos permite ver claramente a prisão e suas necessidades funcionais, mas também nos faz perder de vista os indivíduos e seus sofrimentos<sup>604</sup>. (tradução nossa)

<sup>601</sup> HIGUERA, Jose Libardo Ariza; GÓMEZ, Mario Andrés Torres. Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciário em Colombia. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, pp. 630-660, 2019, p. 643.

<sup>602</sup> OSUNA, Nestor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos em Colombia. In: BAZÁN, Victor; STEINER, Christian.(cordinadores). **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales**. 5ª ed. Bogotá: Programa Estado de Derecho para Latinoamerica de la Konrad- Adenauert-Stifug, 2015, p. 98.

<sup>603</sup> Ibidem.

<sup>604</sup> ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129-160, p. 150.



O rechaço à forma como havia se dado a intervenção judicial no caso da sentença T-153-98 por parte da CCC, pode ser comprovado através da conduta de diversos presos que ingressaram logo após findar a intervenção da corte, com ações de tutela, cujos pedidos principais, requeriam, em sua maioria, o fechamento total ou parcial das penitenciárias em que estavam os requerentes detidos<sup>605</sup>.

Assim, a corte teve de reconhecer novamente o ECI no que se refere ao problema carcerário em mais duas outras oportunidades, no bojo de sentenças posteriores à sentença T-153, nos casos das sentenças T-388 de 2013 e T-762 de 2015, sentença esta última, que reconheceu o estado de coisas inconstitucional da sentença T-388, e na qual se passaram a ser adotados mecanismos de monitoramento para fins de avaliação da superação do ECI no caso dos problemas estruturais nas penitenciárias colombianas<sup>606</sup>. Em que pese a existência de três sentenças julgadas pela corte relativas a mesma problemática, a situação vivenciada nas penitenciárias colombianas ainda se manteve, e é, nos dias atuais, de superlotação e violação dos direitos fundamentais básicos dos presos. Nesse sentido o entendimento de Higuera e Gómez, para quem, mesmo com a adoção do monitoramento por parte da corte quando da análise da sentença T-762 de 2015, monitoramento esse que se tem realizado através de relatórios que são apresentados periodicamente por parte do governo à corte, o impacto efetivo tem sido mínimo, não havendo que se falar em uma melhoria significativa na situação dos presos colombianos no cárcere<sup>607</sup>.

Segundo Higuera e Gómez, os poucos avanços que se têm tido em relação à situação dos presos na Colômbia devem ser atribuídos às organizações não governamentais e às próprias pessoas que estão privadas de liberdade, as quais se utilizando da ação de tutela têm requerido ao Judiciário, melhores condições de recolhimento. Essas intervenções judiciais, no entanto, se têm mostrado como insuficientes para permitir que as pessoas reclusas no cárcere colombiano fiquem recolhidas em situação digna<sup>608</sup>.

Conclui-se assim, que o ECI não teve nenhuma efetividade no que tange à situação vivenciada pelos presos colombianos, ainda que inicialmente se tenha verificado a existência de reformas de natureza meramente estrutural, é dizer, a construção de novos presídios e a

---

<sup>605</sup> HIGUERA, Jose Libardo Ariza; GÓMEZ, Mario Andrés Torres. Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciário em Colombia. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, pp. 630-660, 2019, p. 646.

<sup>606</sup> Ibid., p. 649.

<sup>607</sup> Ibid., pp. 650-651.

<sup>608</sup> HIGUERA, Jose Libardo Ariza; GÓMEZ, Mario Andrés Torres. Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciário em Colombia. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, pp. 630-660, 2019, pp. 650-651.

abertura de novas vagas, que logo foram preenchidas em razão de diversas medidas que foram adotadas, especialmente, reformas legislativas que acabaram por neutralizar qualquer efeito positivo que se pudesse atribuir à adoção do ECI no sistema penitenciário colombiano.

É preocupante no caso do sistema carcerário colombiano, como mesmo após a adoção de mecanismos de monitoramento em relação às ordens da corte, nesse caso, com a sentença T-762 de 2015, não se ter qualquer melhoria significativa na situação carcerária do país, o que leva a crer que o problema ainda tem a ver com outros fatores e variáveis, tais como a construção narrativa que se fez e se faz em relação à problemática vivenciada nas penitenciárias colombianas, no sentido de desconsiderar importantes aspectos do debate, como “o porquê dos presos que se encontravam nas penitenciárias, por exemplo, não serem merecedores de acesso a direitos fundamentais básicos”, por exemplo.

#### 4.3.5.2 “A efetividade a meio caminho” no caso do *desplazamiento forzado*

Analisando-se os efeitos da sentença T-025 de 2004 e as anotações dos principais autores que analisaram a sentença, verifica-se de uma forma quase unânime, a defesa acerca de uma certa efetividade da sentença no que tange à situação do ECI. Diz-se que é uma certa efetividade, porque grande parte desses autores vislumbra a existência de efeitos simbólicos ou indiretos (enfoque construtivista) por parte da sentença, mas reconhecem um impacto muito tímido em relação às condições de satisfação material dos direitos por parte da população deslocada.(enfoque neorrealista)

Nesse sentido é o entendimento de Joana Abrisketa para quem a sentença T-025 é transcendental, não apenas por seu avanço no que tange à formulação de fundamentos jurídicos, mas também porque sem a sentença, o problema do *desplazamiento* seria colocado em segundo plano, em agenda secundária do governo<sup>609</sup>. O problema, no entanto, estaria no real impacto que a sentença teve no sentido de efetivamente influenciar a tomada de decisões e a implementação de políticas públicas pelo governo<sup>610</sup>.

Esse também é o entendimento de Edimer Latorre Iglesias. Em que pese ser possível verificar a existência de avanços importantes decorrentes de mudanças produzidas pela

---

<sup>609</sup> ABRISKETA, Joana. Los estándares normativos internacionales y la sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional colombiana: su incidencia en la población internamente desplazada. **Revista Brasileira de Direitos Humanos**, v. 10, n 10, pp. 149-167, 2010, p. 162.

<sup>610</sup> Ibidem.

sentença T-025 na população deslocada, as precárias condições em que ainda vive essa população não autoriza que se declare superado o estado de coisas inconstitucional<sup>611</sup>.

Cesar Rodríguez Garavito e Diana Franco são dois dos autores que mais se aprofundaram a respeito dos efeitos da sentença T-025, chegando a apontar a existência de diversos efeitos produzidos pela sentença.<sup>612</sup> Ao analisar todos esses efeitos apontados pelos autores, e em que pese serem efeitos importantes, nenhum deles é instrumental ou direto, de tal forma que seja possível observar, na prática, uma melhoria significativa por parte da população deslocada em relação ao acesso aos direitos fundamentais.

Está claro que a Colômbia se tornou um exemplo em relação ao estabelecimento de marcos jurídicos para o problema do deslocamento interno, incluindo-se dentro desses marcos, o estabelecimento de autos de seguimento, processos de verificação e controle<sup>613</sup> das decisões da corte, o que sem dúvida alguma é algo importante e merece ser destacado. No entanto, o *desplazamiento* segue vigente no país, e, portanto, segue vigente também o estado de coisas inconstitucional em relação à situação vivenciada pelos deslocados no território colombiano.

---

<sup>611</sup> IGLESIAS, Edimer Leonardo Latorre. **Litigio Estructural y Eperimentalismo Jurídico: Análisis Sociojurídico a los cámbios generados por la sentencia T-025 en la población desplazada**. Santa Marta: Universidad Sergio Arboleda, 2015, p. 82.

<sup>612</sup> Dentre esses efeitos, o autor aponta o **efeito desbloqueador**, é dizer, se trata de desestabilizar o equilíbrio institucional perverso que bloqueia a implementação dos direitos e da própria democracia.; Há também o chamado **efeito de política pública**. De acordo com Garavito, a partir da sentença T025-04, a CCC assumiu dois papéis no que se refere às políticas públicas: a) uma função orientadora numa primeira fase (2004-2006) e que retoma a partir de 2011 até os dias atuais, em que emite ordens gerais, sem estabelecer, portanto, de forma específica, as ações ou políticas que deve tomar o Estado; b) uma função criadora moderada, principalmente, a partir de 2008-2009, em que a corte passa a atuar de uma forma mais ativa, emitindo ordens mais específicas e concretas dirigidas a pessoas e grupos determinados; Também se fala em **efeito participativo**, no qual se verifica uma abertura dos procedimentos judiciais e de formulação de políticas públicas para um amplo grupo de atores estatais e não-estatais. De acordo com Garavito três principais mecanismos têm sido usados pela corte para supervisionar a implementação de suas ordens: a) autos de seguimento, b) audiências públicas; e c) sessões técnicas, mecanismos estes que têm aberto um espaço de diálogo da corte com amplos setores da sociedade colombiana; Há também o chamado **efeito socioeconômico**. Garavito entende que há duas formas de serem comparadas as situações vivenciadas pelos deslocados antes e depois da sentença T-025-04, seja do ponto de vista material, em que se verificou uma melhora dos indicadores relacionados com o direito a saúde dos deslocados, mas sem uma evolução positiva no que diz respeito aos indicadores de direitos como educação, moradia e etc. Sob o outro aspecto dito simbólico, o autor entende não ser possível avaliar o impacto, em que pese se ter verificado um empoderamento legal por parte da população deslocada, ainda se verifica uma desigualdade grande no que tange à familiaridade com a sentença por parte dos deslocados.; Por fim, tem se falado em **efeito de reestruturação do marco como um problema de direitos humanos**. Ao demarcar os problemas sociais em termos jurídicos, os tribunais produzem um efeito fundamental no sentido de definir o problema como uma questão de direitos humanos. Nesse sentido, não apenas se dá visibilidade e urgência ao caso julgado, mas também lhe atribui um caráter de direitos humanos. GARAVITO, Cesar Rodriguez; FRANCO, Diana Rodriguez. **Juicio a la Exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

<sup>613</sup> ABRISKETA, op. cit., p. 83.

Ou seja, como as causas para o deslocamento persistem (violência e conflitos armados), mantêm-se também as violações aos direitos da população deslocada<sup>614</sup>.

Fato é que efeitos positivos não têm sido sentidos pelos principais interessados, que são as vítimas, o que denota a inexistência de uma efetividade plena por parte da sentença, se considerada uma “*perspectiva complexa com ênfase na vítima*”, enfoque este adotado nesse texto por ser o mais adequado a ser perseguido pela corte.

Um dos efeitos simbólicos ou indiretos importantes atribuídos à sentença T-025 foi o fato de ela tornar a situação dos *desplazados* visível para os demais colombianos, que simplesmente não enxergavam o problema com a devida seriedade que o caso demandava. A sentença da corte fez, assim, com que se formasse um debate constante na imprensa e na sociedade em geral, em torno da realização e do gozo efetivo de direitos por parte dessa enorme parcela da população violentada em seus direitos fundamentais<sup>615</sup>. Assim, não se pode negar a existência de efeitos positivos por parte da sentença T-025, mas ainda são muito tímidos em nosso entendimento, o que demonstra que a efetividade ainda está longe de ser plena.

Não é de se comemorar como um sucesso, a simples transformação das percepções que o povo colombiano tinha do problema, já que parece que isso ainda não resultou num processo significativo de transformação da situação real dos deslocados na Colômbia<sup>616</sup>, pelo menos num patamar significativo.

O que se nota é que o ativismo judicial da CCC gerou uma mobilização simbólica que conseguiu consolidar um discurso jurídico acerca da situação da população dos deslocados, isso, através da força e influências midiáticas. No entanto, essa influência midiática não foi uniforme em todo o território colombiano, de tal modo que as características institucionais locais ainda são características fundamentais no que se refere à materialização dos direitos dos deslocados<sup>617</sup>.

Nesse sentido, traz-se o exemplo do direito à educação dos deslocados. Em que pese ter havido uma ampliação da cobertura para a população deslocada do acesso à educação, há um

---

<sup>614</sup> Ibidem.

<sup>615</sup> CABALLERO, Jackeline Saravia; FERNÁNDEZ, Andrea Rodríguez. Los desplazados forzados internos em el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. **Prolegómenos. Derechos y Valores**, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, v. XVIII, n. 35, pp. 121-134, enero-junio, 2015, p. 126.

<sup>616</sup> CABALLERO, Jackeline Saravia; FERNÁNDEZ, Andrea Rodríguez. Los desplazados forzados internos em el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. **Prolegómenos. Derechos y Valores**, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, v. XVIII, n. 35, pp. 121-134, enero-junio, 2015, p. 126.

<sup>617</sup> IGLESIAS, op. cit., p. 111.

ponto que não se tem discutido que é a qualidade da educação ofertada, principalmente se considerado o quadro de orçamentos regionais precários a que estão vinculadas as ações das entidades educacionais. Dentro desse contexto, há que se ter ainda a nítida clareza de que a população deslocada é constituída por pessoas de diversas localidades, de etnias diversas, o que torna ainda mais problemática a possibilidade de medição da satisfação dos direitos da população deslocada, bem como seus níveis de integração e avanços em relação a outras populações<sup>618</sup>.

De acordo com Caballero e Fernández, o processo de transformação substancial depende do tempo, de um tempo que não seja de curto prazo, mas um tempo maior, posto que esse processo implica reformas estruturais e uma infraestrutura adequada, que não se conseguiu e nem se vai conseguir se o tema não for tratado com a devida prioridade.<sup>619</sup> O problema, no entanto, é se é viável que a corte realize por tempo indefinido o seguimento de suas ordens. Outro problema apontado pela autora diz respeito ao fato de os juízes estarem ou não preparados para não banalizar o ECI, ao declarar que todos os problemas sociais da Colômbia constituem um “estado de coisas inconstitucional.”

A questão é saber se esta situação de jurisdição de seguimento vai se perpetuar, bem como delinear o papel da corte constitucional nessa situação<sup>620</sup>. Em que pese caber ao poder judicial, através dos juízes, a concretização dos preceitos constitucionais, o grande desafio é não fazer com que o ECI não se transforme em um remédio dilatado e que não consiga trazer uma satisfação real e um gozo efetivo dos direitos que são reclamados<sup>621</sup>.

Não é à toa que Roberto Gargarella vê o ECI como uma das “novidades dialógicas” que não surtiram o efeito que delas se esperava, em que pese reconhecer já com essa afirmação, que estes mecanismos dialógicos tenham surtido, em alguma medida, algum efeito<sup>622</sup>. Assim não se pode chegar à conclusão de que o ECI foi de todo sem qualquer efetividade na

---

<sup>618</sup> Ibid., p. 112.

<sup>619</sup> CABALLERO; FERNÁNDEZ, op. cit., p. 133.

<sup>620</sup> Ibidem.

<sup>621</sup> CABALLERO, Jackeline Saravia; FERNÁNDEZ, Andrea Rodríguez. Los desplazados forzados internos em el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. **Prolegómenos. Derechos y Valores**, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, v. XVIII, n. 35, pp. 121-134, enero-junio, 2015, p. 133.

<sup>622</sup> GARAGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapeso. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, n. 2, Diciembre 2013, p. 3. Disponível em: [https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ\\_V14N2\\_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ_V14N2_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 01 mar. 2019.

Colômbia, e isso se verifica na leitura que se faz de teses<sup>623</sup>, inclusive mais críticas a respeito da efetividade do estado de coisas inconstitucional.

Veja-se nesse sentido a opinião de Lozano, para quem os tribunais têm se utilizado de autos de seguimento para avaliar o cumprimento das suas ordens, bem como para determinar novas obrigações a serem cumpridas pelas entidades envolvidas. Essas novas obrigações, no entanto, têm dissipado os efeitos das obrigações expedidas anteriormente, o que tem criado um ambiente não tão claro em relação aos impactos efetivos do ECI<sup>624</sup>.

Esses efeitos, segundo a autora, teriam convertido o estado de coisas inconstitucional e os autos de seguimento em um imaginário simbólico, como que um mero arquétipo ideal para a sociedade, no sentido de ser um mecanismo capaz de solucionar problemas estruturais, mas que na prática se constituem em mecanismos sem qualquer efetividade<sup>625</sup>.

Para a autora, a construção do imaginário simbólico se verifica a partir da leitura das ordens, da contradição que existe entre elas, e, sobretudo a partir da constatação da falta de efetividade das decisões, o que reflete uma estrutura imaginária diante das aspirações que têm a sociedade. Além disso, há uma verdadeira disputa entre as instituições que acabam por prejudicar uma atuação verdadeiramente coordenada, o que gera um verdadeiro caos, ainda mais quando as ordens da corte dependem da atuação de várias instâncias, todas ao mesmo

---

<sup>623</sup> Luis Eslava é outro crítico em relação à efetividade da sentença T-025-04, mas aparentemente a sua preocupação vai além da ausência da efetividade do ECI, estando centrada na atuação em si da corte como sendo uma usurpação das funções de outros poderes, ou como ele próprio diz, como uma contrariedade às convenções já bem estabelecidas. Para o autor, o papel da corte, em especial no caso dos *desplazamiento*, se converteu de um exemplo de emancipação para um exercício constitucional vazio. Assim sendo, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional é uma afirmação retórica do tribunal, como se pudesse ele ser o responsável, por conta própria, por toda a construção da nação, mas que ao final, o que se verifica é a persistência dos problemas estruturais e a corrosão dos direitos constitucionais. Para maiores informações, ver: ESLAVA, Luis. Constitutionalization of Rights in Colombia: Establishing a Ground for Meaningful Comparisons. **Revista Derecho del Estado**, v 22, pp. 183-229, 2009.

Em sentido contrário a Eslava e a Lozano, Frederico Guzmán Duque. Para este autor, a implementação na prática das decisões expedidas pela corte no caso dos desplazados ainda tem um longo período a percorrer, no entanto, defende o autor, que houve sim, uma eficácia em termos gerais em relação à sentença T-025-04, já que ao estabelecer princípios orientadores, tais princípios forneceram às autoridades orientações em todos os níveis e em todos os ramos do poder público, no que tange ao cumprimento de suas obrigações na efetivação dos direitos dos deslocados. (Para maiores informações, ver: DUQUE, Frederico Guzmán. DUQUE, Frederico Guzmán. The Guiding Principles on Internal Displacement: Judicial Incorporation and Subsequent Application in Colombia. In: RIVADENEIRA, Rodolfo Arango. (ed) **Judicial Protection of internally displaced persons: The colombian experience**. Washington DC: The Brookings Institution-University of Bern, 2009, p. 175-204.

<sup>624</sup> LOZANO, Luisa Fernanda Garcia. Los autos de seguimiento de la corte constitucional. La constitución de un imaginario simbólico de la justicia por parte de la corte? **Análisis político**, n 82, Bogotá, septiembrediciembre 2014, p. 149-166, p. 156.

<sup>625</sup> LOZANO, Luisa Fernanda Garcia. Los autos de seguimiento de la corte constitucional. La constitución de un imaginario simbólico de la justicia por parte de la corte? **Análisis político**, n 82, Bogotá, septiembrediciembre 2014, p. 149-166, p. 156.

tempo. A atuação da corte, em que pese louvável, faz, então, parte de um imaginário simbólico, já que se mostrou na prática, inconsistente<sup>626</sup>.

Veja-se que até a autora reconhece a existência de certos efeitos, ainda que indiretos ou simbólicos por parte da sentença T-025. Suas afirmações também demonstram que ela leva em consideração apenas os efeitos da sentença que podem ser considerados sob uma perspectiva neorrealista, desconsiderando totalmente a importância dos efeitos simbólicos ou indiretos, que ela própria reconhece que existem, mas que ela não os considera como vetores para a transformação da realidade dos deslocados. Entende-se que tanto os efeitos simbólicos quanto os materiais são importantes na análise da efetividade do ECI, em que pese, sermos defensores de que os efeitos simbólicos devam ser capazes de transformar a realidade vivenciada pelas vítimas do *desplazamiento*, sob pena, de como se disse, entender-se, equivocadamente, que uma sentença com efeitos meramente simbólicos, seja uma sentença de sucesso. Por outro lado, isso não implica rejeitar a ideia de que a sentença T-025 tenha tido efeitos simbólicos contundentes.

Veja-se a propósito disso, o fato de a sentença já ter 84 autos de seguimento, em que diversas autoridades governamentais e entidades não governamentais vêm discutindo como tornar mais efetivos os direitos dessa parte da população, não se podendo dizer que não tenha com isso uma certa efetividade, pelo menos, no que tange à visibilidade que fora dada a situação dos *desplazados*, que antes sequer eram “vistos” pela sociedade colombiana, uma efetividade que ainda se encontra a meio caminho, já que pendente o impacto na vida real das vítimas do *desplazamiento*.

#### 4.4 CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DO ECI: APORTES TEÓRICOS E PROPOSTAS METODOLÓGICAS

Nessa parte do texto, que se diga de passagem, cuida-se da finalização do presente capítulo, aborda-se o tema relacionado com a superação do estado de coisas inconstitucional, a partir da definição e avaliação de critérios claros e tangíveis.

Em um primeiro momento, serão apresentados alguns aportes teóricos fundamentais acerca da configuração e utilização de indicadores capazes de medir a satisfação dos direitos

---

<sup>626</sup> Ibid, p. 165.

sociais, econômicos e culturais-DESC- demonstrando o quão fundamental é a utilização destes indicadores, mas, sobretudo, deixando claro, desde logo, que não há pretensão alguma em tornar esses indicadores categorias essenciais ou ontológicas, que devem ser adotadas como verdades absolutas e imunes a propostas de correção ou melhoramentos.

Tal abordagem, aliás, resta demonstrada no próprio título do tópico quando dispõe de forma intencional a expressão “propostas metodológicas”, já que na segunda parte, abordam-se duas dessas propostas, uma pensada numa perspectiva mais ampla, no sentido de tornar operacional o monitoramento em matéria de DESC, e outra mais específica, voltada para análise da superação do estado de coisas inconstitucional, mas que tem como pressuposto, os aportes teóricos relacionados com a análise dos indicadores referentes aos DESC.

#### **4.4.1 Aportes teóricos sobre a utilização de indicadores de monitoramento em relação aos DESC**

De acordo com Courtis, os indicadores em matérias de direitos humanos, incluindo-se aqui os DESC, podem ser conceituados como ferramentas capazes de definir o nível de satisfação de um direito humano. Nessa medida, muitos têm sido os esforços para desenvolver indicadores capazes de expressar dois aspectos: esforços realizados e resultados obtidos<sup>627</sup>.

O desenvolvimento de indicadores em matérias de direitos humanos supõe que seja possível traduzir as dimensões dos distintos direitos previstos em constituições e no direito internacional, em variáveis suscetíveis de serem observadas e controladas. Variáveis essas que podem ser tanto quantitativas quanto qualitativas<sup>628</sup>.

Partindo do pressuposto de que os direitos sociais são direitos, de fato, dotados de justiciabilidade, refutam-se os argumentos em contrário, que além de não admitir a

---

<sup>627</sup> COURTIS, Christian. Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores em materia de derechos económicos, sociales y culturales. . In: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; GARAVITO, Cesar Rodriguez. **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y LAEHR, 2010, pp. 387-426, pp. 388-389.

<sup>628</sup> COURTIS, Christian. Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores em materia de derechos económicos, sociales y culturales. . In: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; GARAVITO, Cesar Rodriguez. **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y LAEHR, 2010, pp. 387-426, p. 389.



justiciabilidade dos DESC, também não admitem ou tomam a aplicação de indicadores para direitos como verdadeiros indicadores<sup>629</sup>.

Consoante nos informa Pérez, a argumentação daqueles que não admitem os indicadores está baseada na impossibilidade de medi-los e na falta de pertinência, argumentos estes que são facilmente contestáveis<sup>630</sup>. Para o autor, a impossibilidade de medi-los é um argumento ilógico, e praticamente adotado por falta de informação, já que sobejamente demonstrado que cada direito possui um conteúdo básico que pode ser delimitado, de tal forma que a sua medição pode sim ser feita de forma válida, confiável e estandarizada<sup>631</sup>.

Já em relação à falta de pertinência, dita porque os indicadores de direito seriam os mesmos que os indicadores sociais, tal afirmação, também não é verdade, na medida em que os indicadores de direitos supõem avaliar o impacto dos programas, por exemplo, de bem-estar sobre o acesso a bens e serviços, enfim, em termos de direitos, o que não se confunde com os indicadores sociais, cuja abordagem não está preocupada com a ideia de gozo dos direitos. Nenhuma política pública é feita pensando nesse aspecto de avaliar o gozo dos direitos<sup>632</sup>.

Dito isso, há ao menos quatro justificativas para a adoção de indicadores de monitoramento em matéria de DESC.

A primeira justificativa está no fato de o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Culturais e Econômicos<sup>633</sup> estabelecer que os Estados Parte se comprometem a lograr

---

<sup>629</sup> MURCIA, Luis Eduardo Pérez. Indicadores de Derechos Humanos: Propuesta para valorar el disfrute de los derechos coiales. In: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; GARAVITO, Cesar Rodriguez. **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y LAEHR, 2010, pp. 461-520, p. 469.

<sup>630</sup> Ibidem.

Segundo Murcia: “La imposibilidad se asocia a la idea de que los indicadores de derechos no pueden ser estimados en forma estandarizada y a que no pueden cumplir con los parámetros técnicos que requiere todo indicador para que sea confiable como instrumento para la toma de decisiones. Puntualmente, hay quienes sostienen que los indicadores de derechos son una falacia, pues su naturaleza compleja —las distintas dimensiones de cada derecho— hace imposible una medición válida, confiable y estandarizada. La falta de pertinencia, por su parte, se basa en la idea de que el campo de dominio de los indicadores de derechos no está claramente delimitado. el ámbito de interés tanto de los indicadores sociales como de los indicadores de derechos es la amplia categoría de lo social; entonces, ¿qué diferencia a un indicador de derechos de un indicador social? Para algunos, no existe una diferencia real; se trata, simplemente, de otra perspectiva de análisis de lo mismo, o de cambios en el marco conceptual bajo el cual se interpretan los resultados.” Ibid., p. 468.

<sup>631</sup> Ibid., p. 469.

<sup>632</sup> Ibid., p. 479.

<sup>633</sup> Para maiores informações, ver: BRASIL. Decreto n 591, de 6 de Julho de 1992. Atos Internacionais: Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, 06 de julho de 1992; 171º da Independência e 104º da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 01 mar. 2019.

efetivamente esses direitos de uma forma progressiva. É dizer, esse pacto cria uma obrigação para os Estados Parte, no sentido de que eles adotem medidas de melhoria e avanço no grau de satisfação dos DESC. Essa previsão expressa é que leva a pergunta, de como se pode medir supostos progressos ou retrocessos em relação à satisfação desses direitos. Essa avaliação supõe que seja necessária uma comparação entre um estado de coisas existente em um dado momento com um estado de coisas existente em um momento posterior, o que só se mostra possível a partir da criação de indicadores confiáveis a fim de que se verifique se houve progresso, retrocesso ou estancamento<sup>634</sup>.

A segunda justificativa para a elaboração de indicadores dos DESC está associada ao mesmo Pacto Internacional de Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, em especial, o artigo 2.1 quando estabelece que os Estados Parte devem adotar medidas “até o máximo de recursos disponíveis” que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. Nesse caso, o próprio texto do dispositivo estabelece uma dimensão observável, de natureza quantitativa, cujo controle só se mostra possível mediante a determinação de recursos disponíveis e dos recursos que estão efetivamente destinados para a satisfação dos DESC<sup>635</sup>.

Consoante analisa Courtis, para avaliar se o estado está de fato empregando todos os recursos disponíveis<sup>636</sup>, há que se ter em conta também outros gastos que o estado tem. De tal forma que o resultado será negativo quando se verificar que o estado está utilizando recursos

---

<sup>634</sup> COURTIS, Christian. Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores em materia de derechos económicos, sociales y culturales. . In: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; GARAVITO, Cesar Rodriguez. **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y LAEHR, 2010, pp. 387-426, p. 389.

<sup>635</sup> Ibidem.

<sup>636</sup> Nesse mesmo sentido, defendendo, portanto, a utilização de indicadores para fins de monitoramento dos DESC, assim se manifesta Eiter Felner: “Mas o uso de dados e métodos quantitativos são essenciais para monitorar a eficácia progressiva do DESC, de acordo com a principal obrigação dos estados de direito internacional: “até o máximo de recursos disponíveis para o estado”. Da mesma forma, métodos quantitativos são necessários para avaliar alguns aspectos das obrigações do Estado de efeito imediato, incluindo a obrigação de garantir pelo menos os “níveis mínimos” de exercício de certos direitos econômicos e sociais, como o acesso à alimentação básica, cuidados médicos mínimos. e ensino fundamental; 6 além disso, a obrigação de garantir o exercício dos direitos sem discriminação, especialmente com aqueles aspectos dessa obrigação que se referem à redução das disparidades decorrentes de uma distribuição desigual e injusta de serviços”. (tradução nossa) FELNER, Eitan. Cómo hacer operativo el uso de indicadores para el monitoreo de los derechos económicos y sociales? Una propuesta metodológica. In: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; GARAVITO, Cesar Rodriguez. **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y LAEHR, 2010, p. 427-460, p. 430.

que poderiam ser empregados na satisfação dos direitos em gastos considerados não obrigatórios<sup>637</sup>.

Para determinar se o estado está de fato empregando todos os recursos disponíveis para a satisfação dos DESC, se requer, por um lado, a definição de indicadores sobre o grau de realização dos direitos, e por outro lado, a definição de indicadores sobre o grau de recursos que são empregados pelo mesmo estado<sup>638</sup>.

A terceira justificativa está no fato de o Pacto Internacional dos DESC estabelecer que o estado deve alcançar alguns resultados, o que só é possível verificar através da elaboração de indicadores<sup>639</sup>.

Em quarto lugar está a justificativa segundo a qual o estado está obrigado a garantir para todos, mas principalmente para os grupos mais marginalizados da sociedade, a satisfação de direitos, ou seja, as condições materiais para desenvolver uma vida digna. Para poder avaliar a situação das pessoas que se encontram em grupos marginalizados, é necessária a desintegração dos dados dessas pessoas a partir de fatores relevantes, como aspectos relacionados às condições, social e econômica, o pertencimento às minorias étnicas, o gênero, a incapacidade ou o lugar de residência. Ao serem elaborados indicadores sobre a satisfação dos direitos, os dados desintegrados serão capazes de permitir uma avaliação das desigualdades na satisfação desses direitos em cada aspecto distinto<sup>640</sup>.

Embora se ressalte a possibilidade, sob a perspectiva conceitual, da criação de ilimitados indicadores, tal possibilidade pode entrar em conflito com a própria função essencial dos indicadores que é ser uma ferramenta de monitoramento acerca do cumprimento das obrigações do estado, e de avaliação, em relação ao grau de gozo dos direitos. A proliferação de indicadores poderia frustrar essa necessidade prática de monitoramento<sup>641</sup>.

A proliferação poderia exigir do estado uma obrigação de produzir uma quantidade de informação que ele não teria capacidade de produzir; além de essa grande quantidade de indicadores poder dificultar a função do órgão a quem compete a supervisão, bem como ainda

---

<sup>637</sup> COURTIS, op. cit., p. 390.

<sup>638</sup> Ibid., p. 391.

<sup>639</sup> Ibidem.

<sup>640</sup> Ibid., pp. 393-394.

<sup>641</sup> Ibid., p. 395.

dificultaria as possibilidades de seguimento e controle por parte das entidades e da sociedade em geral<sup>642</sup>.

Por outro lado, também não se quer que essas informações sejam básicas de mais, de modo que não seja possível dar uma dimensão ampla acerca do gozo ou não efetivo dos direitos. Sem informação suficiente haverá poucos dados para fazer uma avaliação séria<sup>643</sup>.

Segundo Courtis, para dar cabo de avaliar o cumprimento de obrigações por parte do estado em relação à satisfação dos DESC, há que se ter indicadores que sejam capazes de captar tanto as ações do estado na plena realização dos direitos, como de indicadores que capturem os resultados que são obtidos com essas ações estatais. Levando-se em conta isso, se exigem tantos indicadores quantitativos como qualitativos<sup>644</sup>.

No que diz respeito aos indicadores qualitativos é preciso que estes sejam capazes de captar o estabelecimento de direitos para as pessoas, e não simplesmente a existência de um amplo conjunto agregado de políticas públicas<sup>645</sup>. É preciso que eles capturem como se tem definido a titularidade e o conteúdo de cada direito, bem como os meios que os titulares têm a sua disposição para fazer valer os direitos em caso de violação<sup>646</sup>.

#### 4.4.1.1 Critérios de estrutura, resultado e processo

Os critérios que têm sido usados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos para distinguir os indicadores são os critérios de estrutura, resultado e processo<sup>647</sup>.

O critério estrutural diz respeito à existência de instrumentos e mecanismos legais considerados importantes para que seja possível a satisfação de um direito humano. É dizer, cuida-se de critério que diz respeito à existência de instrumentos dos quais o estado tenha sido parte, por exemplo, no qual ele assumiu a obrigação de satisfação dos DESC, ou seja, a existência de ratificação de instrumentos internacionais como os tratados que versem sobre

---

<sup>642</sup> COURTIS, Christian. Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores em materia de derechos económicos, sociales y culturales. . In: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; GARAVITO, Cesar Rodriguez. **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y LAEHR, 2010, pp. 387-426, p. 395.

<sup>643</sup> Ibid., pp. 395-396.

<sup>644</sup> Ibid., p. 396.

<sup>645</sup> Ibid., p. 397.

<sup>646</sup> Ibid., p. 399.

<sup>647</sup> Ibid., p. 400.

direitos humanos, bem como a existência de normas constitucionais que também sejam similares no que diz respeito à proteção dos direitos humanos, incluindo aí, os DESC<sup>648</sup>.

Já os indicadores de processo são destinados a medir o grau de alcance dos passos do estado, e o que isso implicou para fins de satisfação dos DESC. São indicadores de natureza quantitativa, pois se destinam a captar os esforços do Estado para satisfazer os direitos. Isso se pode fazer de duas maneiras. Uma, através da análise dos recursos que foram direcionados para fins de satisfação dos direitos (*inputs*); e a segunda, através da análise da extensão, alcance das medidas adotadas<sup>649</sup>. (*outputs*)

Exemplos do primeiro tipo de indicador podem ser, por exemplo: o valor do orçamento destinado a áreas como saúde ou o número correspondente aos recursos humanos destinados a essas áreas, tais como o número de médicos, enfermeiras por número de habitantes<sup>650</sup>. No segundo caso, seriam indicadores como o número de crianças vacinadas, ou o número de casas asseguradas por via de programas sociais estatais<sup>651</sup>.

Já os critérios de resultado são aqueles que captam o grau de desfrute dos direitos em um determinado momento. Exemplo seria o grau de acesso ao serviço de saúde, de educação, bem como o grau de acesso a um bem como habitação. Os critérios de resultado têm assim, natureza quantitativa<sup>652</sup>.

Por fim, é preciso ressaltar que esses critérios devem ser tomados como aquilo que de fato são, ou seja, uma classificação que pode ser útil para fins ordinatórios e heurísticos, mas não podem se constituir em um fim em si mesmo, ou seja, não podem ser compreendidos como categorias essenciais ou ontológicas, únicas que seriam aptas à resolução de um conflito<sup>653</sup>.

---

<sup>648</sup> COURTIS, Christian. Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores em materia de derechos económicos, sociales y culturales. . In: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; GARAVITO, Cesar Rodriguez. **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y LAEHR, 2010, pp. 387-426, p. 400.

<sup>649</sup> Ibid., p. 401.

<sup>650</sup> Ibid., pp. 401-402.

<sup>651</sup> Ibid., p. 402.

<sup>652</sup> Ibidem.

<sup>653</sup> Ibid., p. 403.

#### 4.4.1.2 Sobre o emprego de indicadores nos litígios de reforma estrutural

Para Courtis, os indicadores em matéria de DESC podem ser também utilizados em casos judiciais, especialmente naqueles descritos como “litígios de reforma estrutural”, já que nestes há a necessidade da adoção de um remédio complexo, que não se esgota com um único ato<sup>654</sup>.

Nesse tipo de litígio não se mostram apenas importantes as sentenças, mas também a fase de execução dessas sentenças, fase essa que pode se estender ao longo do tempo<sup>655</sup>.

Nesse tipo de litígio, os tribunais fixam metas ou estandartes, mas não estabelecem os detalhes de como essas medidas serão adotadas, deixando esses detalhes para os poderes públicos<sup>656</sup>.

Essa discricionariedade dos poderes públicos, no entanto, não implica ausência de controle. É justamente aí que se mostram importantes os indicadores, como ferramentas de controle das ordens judiciais. A determinação de indicadores oferece aos tribunais a possibilidade de um controle objetivo das sentenças judiciais complexas que eles expedem nos litígios de reforma estrutural, e permite ainda a adoção de outros remédios ou outras medidas de execução que se apresentem como necessárias para a correção de posturas das partes envolvidas que acabem por implicar um descumprimento das ordens judiciais<sup>657</sup>.

#### 4.4.2 Propostas metodológicas

Consoante já dito alhures, aqui serão apresentadas duas propostas metodológicas, uma mais ampla voltada para a utilização de indicadores no monitoramento em matéria de DESC, e outra voltada para o caso específico da superação do estado de coisas inconstitucional.

---

<sup>654</sup> COURTIS, Christian. Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores em materia de derechos económicos, sociales y culturales. . In: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; GARAVITO, Cesar Rodriguez. **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y LAEHR, 2010, pp. 387-426, p. 424.

<sup>655</sup> Ibidem.

<sup>656</sup> Ibid., p. 425.

<sup>657</sup> Ibidem.

#### 4.4.2.1 A proposta metodológica de Eitan Felner

Eitan Felner aponta que há mais artigos científicos sobre os indicadores propriamente ditos para o monitoramento dos DESC que sobre o uso real desses indicadores em um caso concreto. Entende ainda que a ausência de uma metodologia, a qual explique como e onde se devem ser usados os indicadores é a causa para que não haja uma real aplicação dos indicadores<sup>658</sup>.

O autor propõe então um marco metodológico para tornar possível uma aplicação real dos indicadores de monitoramento em relação à satisfação dos DESC. Em sua proposta defende que cada indicador seja comparado com alguns pontos de referência. (*benchmaks*).

Nesse sentido, propõe ao menos cinco pontos de referência, quais sejam:

- 1) compromisso assumido por um estado ou governo específico: Esse compromisso significa, por exemplo, a existência de norma constitucional ou infraconstitucional que determine que o estado deverá gastar uma certa porcentagem em educação. A comparação entre um indicador importante do país pesquisado (indicadores de processo e resultado) poderia indicar a existência de disparidades com o compromisso assumido pelo estado<sup>659</sup>. (ndicador de estrutura)
- 2) Estandartes internacionais de direitos humanos: Por exemplo, se a obrigação de garantir educação primária universal está fixada em uma taxa de 100%, de alunos que devem finalizar a educação primária. Ao comparar com a taxa do país pesquisado- indicador de resultado- com a obrigação internacional de direitos humanos- indicador estrutural, pode-se revelar a existência de um deficit no gozo de direitos naquele país<sup>660</sup>.
- 3) Valor anterior do mesmo indicador (de processo e de resultado): Em relação a um indicador de resultado, a comparação revela se o estado está conseguindo avançar ou está regredindo em relação ao nível de satisfação do direito. Já em relação ao indicador de processo, a comparação revela se o estado tem avançado ou retrocedeu em relação ao nível de pessoas que conseguiram ter acesso a um determinado direito<sup>661</sup>.
- 4) Países com níveis de desenvolvimento similares ao país em questão: A comparação pode revelar se os níveis de gozo de direitos em um

---

<sup>658</sup> FELNER, Eitan. Cómo hacer operativo el uso de indicadores para el monitoreo de los derechos económicos y sociales? Una propuesta metodológica. In: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; GARAVITO, Cesar Rodriguez. **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y LAEHR, 2010, p. 427-460, p. 435.

<sup>659</sup> Ibid., p. 439.

<sup>660</sup> Ibid., pp. 439-440.

<sup>661</sup> Ibid., p. 440.

determinado país está ou não abaixo do nível que se espera em relação ao seu nível de desenvolvimento<sup>662</sup>.

5) Dados nacionais desagregados (pobre/rico; homem/mulher; indígena/ não indígena): É preciso comparar os dados em diferentes grupos para identificar a existência de disparidades no gozo dos DESC (em caso de indicador de resultado), ou no acesso de mecanismos para o desfrute desses direitos (em caso de indicador de processo)<sup>663</sup>.

Além disso, a metodologia proposta pelo autor, ainda envolve a adoção de três passos. O primeiro passo seria o uso de dados quantitativos para verificar, em primeiro lugar, a existência de disparidades no gozo dos DESC, desde uma perspectiva de nível mínimo desses direitos; em segundo, a obrigação progressiva para alcançar a satisfação desses direitos até o máximo de recursos disponíveis, e em terceiro lugar, a proibição de discriminação e a proteção à igualdade<sup>664</sup>.

O segundo passo seria a identificação das causas ou determinantes principais das disparidades. Aqui se mostra necessário compreender a natureza dos obstáculos para poder definir adequadamente as intervenções em nível de políticas públicas estatais que devem ser adotadas<sup>665</sup>.

Por fim, o terceiro passo seria a combinação de dados quantitativos e qualitativos a fim de que se possa avaliar se as disparidades existentes são o produto de falhas de políticas públicas<sup>666</sup>.

#### 4.4.2.2 A proposta metodológica de Cesar Garavito para a superação do ECI

Nesta parte do texto, apresenta-se a proposta metodológica apresentada por Cesar Garavito, no que diz respeito à possibilidade de o estado de coisas inconstitucional ser considerado como superado. Para isso se faz necessário, e diga-se, desde logo, estabelecer que

---

<sup>662</sup> FELNER, Eitan. Cómo hacer operativo el uso de indicadores para el monitoreo de los derechos económicos y sociales? Una propuesta metodológica. *In*: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; GARAVITO, Cesar Rodriguez. **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y LAEHR, 2010, p. 427-460, p. 440.

<sup>663</sup> *Ibid.*, pp. 440-441.

<sup>664</sup> *Ibid.*, p. 441.

<sup>665</sup> *Ibidem*.

<sup>666</sup> *Ibidem*.



os mesmos critérios que têm sido utilizados para declarar o ECI devem ser utilizados para demonstrar a sua superação<sup>667</sup>.

O autor entende que há dois critérios que podem ser levados em conta para fins de avaliação da superação do ECI, os quais, em certa medida, já foram apresentados em tópico anterior, mas serão novamente sublinhados por envolverem certos aspectos que são específicos do ECI.

O primeiro critério é o de processo, definido como o diagnóstico acerca da existência ou não de uma mitigação ou mesmo cessação das falhas estruturais sobre as políticas públicas. De outro lado, há o critério de resultado, que se define como o diagnóstico acerca da existência ou não de uma maior proteção dos direitos fundamentais das vítimas envolvidas no processo<sup>668</sup>.

Para isso, no entanto, é preciso que se faça uma análise detalhada acerca da manutenção dos pressupostos de configuração do ECI. Diz-se detalhada no sentido de estabelecer indicadores de processo e de resultado de natureza estatística, e que, portanto, podem ser medidos, enfim, dotados de precisão. Ademais, faz-se necessário que essa informação esteja disponível para ser medida, e que se não for possível obter esse dado, que seja possível, dada a clareza do indicador, saber que tipo de informação se faz necessária para ser possível a medição<sup>669</sup>.

Essa abordagem certamente vai no sentido oposto ao da perspectiva que foca simplesmente nos efeitos simbólicos ou indiretos, posto que se coloca disposta a analisar aquilo que é tangível, aquilo que pode ser representado do ponto de vista das linguagens matemáticas, o que sem dúvida, é um grande avanço em relação à técnica do ECI.

Além disso, Garavito tem proposto a realização de um teste pela corte, no qual, seja possível de fato avaliar se houve ou não a superação do ECI. Há duas justificativas que apoiam a existência desse teste. A primeira porque ao adotá-lo, a corte daria continuidade a sua jurisprudência, que já há muito tempo vem adotando o chamado teste de razoabilidade no

---

<sup>667</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez. Cuando cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. *In*: GARAVITO, Cesar Rodríguez. (Coord) **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-493, p. 448.

<sup>668</sup> Ibidem.

<sup>669</sup> Ibid., p. 449.

que diz respeito à aplicação de enfoque diferencial no controle de constitucionalidade<sup>670</sup>. Uma segunda justificativa tem a ver com a ideia de transparência, já que ao adotar um teste, a corte submeteria a sua decisão a todos, de uma forma muito clara. Além disso, esse teste, fosse ele adotado pela corte, ainda traria racionalidade e principalmente previsibilidade, ainda que em se tratando de casos complexos<sup>671</sup>.

Ao adotar o teste, a corte migraria de um modelo de decisões genéricas, para um modelo de perguntas específicas, o que abriria a sua jurisprudência ao escrutínio do cidadão, levando ademais o debate para o plano do debate público e democrático<sup>672</sup>.

Garavito estabelece o teste em 5 (cinco) passos. O primeiro passo seria o da fixação dos tipos de indicadores para medir a superação, dentro das dimensões de resultado e de processo<sup>673</sup>. O segundo passo seria o da fixação de lista de indicadores dentro de cada dimensão (resultado e processo), em que o autor propõe que sejam divididos os indicadores de resultado entre indicadores de gozo efetivo e direitos complementares e específicos. Já em relação aos indicadores de processo, devem ser mantidos os estabelecidos quando da expedição da sentença T-025 que são os critérios relativos ao desenho, execução, avaliação e financiamento das políticas públicas<sup>674</sup>.

O terceiro passo seria o da determinação do valor das dimensões de processo e resultado. Aqui, deve se definir o valor de cada um dos indicadores, devendo-se dar maior peso aos indicadores da dimensão do resultado do que aos da dimensão do processo. Tal fato se deve a duas razões fundamentais<sup>675</sup>.

A primeira porque o objetivo principal do ECI constitui justamente a proteção efetiva dos direitos fundamentais que são violados. Em segundo lugar, porque os avanços nos indicadores de processo embora sejam fundamentais, na verdade, são meios para se atingir o objetivo de proteção dos direitos fundamentais que estão sendo violados<sup>676</sup>. O autor ademais propõe que os valores de cada dimensão de indicadores sejam precisos, num percentual de

---

<sup>670</sup> A Corte colombiana tem se utilizado do “teste da razoabilidade” para justificar um enfoque diferencial por ela adotado em alguns casos e ao mesmo tempo demover as alegações de que esteja contrariando o princípio da igualdade.

<sup>671</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez. Cuando cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. *In*: GARAVITO, Cesar Rodríguez. (Coord) **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-493, p. 477.

<sup>672</sup> Ibidem.

<sup>673</sup> Ibidem.

<sup>674</sup> Ibid., pp. 477-481.

<sup>675</sup> Ibid., p. 481.

<sup>676</sup> Ibid., p. 482.

80/20 (atente-se que poderia ser também de 70/30, 66/33), mas ele prefere 80/20 por ser um valor que deixa clarividente o peso maior que deve ter os critérios de resultado em relação aos critérios de processo<sup>677</sup>.

O quarto passo seria o da qualificação dos indicadores em cada dimensão. Aqui se deve dar uma qualificação numérica a cada indicador em cada uma das duas dimensões sugeridas (processo e resultado). Ou seja, deve-se definir como se distribuirão os 80 pontos da dimensão de resultado pelo nº de indicadores estabelecidos para essa dimensão; e também os 20 pontos da dimensão de processo pelo nº de indicadores dessa dimensão<sup>678</sup>.

Em relação aos indicadores de resultado, por exemplo, há também que se verificar se há algum direito que deve ter uma maior qualificação numérica que outro, o que desde já, adianta-se não existe. Para o autor, não há direito que seja, no caso do ECI, superior ao outro, de modo que não se mostra possível estabelecer uma qualificação numérica maior para uns do que para outros, por duas razões principais. Primeiro porque os direitos humanos fundamentais devem ser compreendidos numa perspectiva de indivisibilidade. Segundo, porque os direitos que têm sido colocados pela própria corte na análise da dimensão do resultado, são direitos que dizem respeito ao mínimo de proteção, o que não justificaria que uns tivessem peso maior que outros<sup>679</sup>.

Já no que tange aos indicadores da dimensão processo, não se deve outorgar qualificação numérica maior para uns do que para outros também, simplesmente porque não há na Constituição colombiana nenhum critério ou razão constitucional que permita qualquer diferenciação de valor entre os indicadores<sup>680</sup>.

Por fim, fala-se num quinto passo, ou da fixação de limiar de superação do ECI. Nesse caso, propõe-se que as qualificações dos indicadores possam ser avaliadas de distintas formas e com graus diferentes de exigência, para que se possa definir, por exemplo, um limiar de superação do ECI. Nesse sentido, a corte poderia estabelecer um percentual mínimo para cada um dos indicadores, de forma que ao não atingir esse percentual, não se possa reconhecer a superação do ECI. Por exemplo, se um determinado indicador atinge 2 (dois) de um total de 4 (quatro) pontos, (por exemplo, o indicador direito à saúde), poderia se estabelecer que esse

---

<sup>677</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez. Cuando cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. *In*: GARAVITO, Cesar Rodríguez. (Coord) **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-493, pp. 483-484.

<sup>678</sup> *Ibid.*, p. 484.

<sup>679</sup> *Ibidem*.

<sup>680</sup> *Ibidem*.

valor 2 ou 50% é um percentual mínimo a partir do qual se pode reconhecer superado o ECI<sup>681</sup>.

Num modelo menos exigente poderia se estabelecer a somatória de todos os indicadores em relação à percentagem global. Torna-se nesse caso menos exigente porque o cumprimento alto de um determinado indicador, por exemplo, poderia compensar o descumprimento da meta em relação a outro indicador com baixa pontuação<sup>682</sup>.

A avaliação dos indicadores, nesse teste, é de competência da CCC, por força de sua imparcialidade e de sua conveniência prática. Tal competência, no entanto, não significa que a corte não poderia se utilizar de informações ou análises realizadas por outros atores envolvidos no processo<sup>683</sup>.

Em que pese a visão de Garavito, entende-se que nesse caso, seria até mais razoável que a valoração de indicadores fosse sempre o resultado de uma construção plural, que abarcasse todos ou o maior número de interessados possível, ou seja, o produto de um consenso entre todos os envolvidos no processo.

Em relação ao procedimento de análise da superação do ECI, este se dá por meio de consultas a instâncias públicas e privadas que produzem relatórios analíticos que servirão de base para a supervisão. Tais consultas, por fim, são realizadas através de audiências públicas nas quais se permite um debate amplo de todos os setores da sociedade envolvidos. Por fim, a corte emite uma decisão com a sua posição sobre o tema que está sendo debatido<sup>684</sup>.

Ressalte-se que essa análise de superação ou não do ECI deve ser periódica, o que vai ao encontro da própria técnica adotada. O ECI, consoante se demonstrou, é uma técnica para ser adotada excepcionalmente e transitoriamente, até que as violações aos direitos fundamentais sejam cessadas, de tal forma que apenas a partir de uma avaliação que seja periódica, é que se mostrará possível verificar o estágio em que se encontra. Esse caráter periódico, aliás, é o que se tem visto, na prática, adotado pela CCC, nas sentenças e

---

<sup>681</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez. Cuando cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. *In*: GARAVITO, Cesar Rodríguez. (Coord) **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-493, p. 485.

<sup>682</sup> Ibidem.

<sup>683</sup> Ibid., p. 486.

<sup>684</sup> Ibid., p. 487.

especialmente nos autos de seguimento, nos quais a corte tem relatado a existência de avanços e retrocessos no tocante às políticas públicas e aos direitos fundamentais violados<sup>685</sup>.

Por fim, entende-se que estas propostas senão devem ser adotadas como verdades absolutas ou imutáveis, consistem em um ótimo ponto de reflexão inicial para fins de adoção adequada de indicadores de monitoramento em relação à satisfação dos direitos fundamentais. Está claro que tais propostas são um ponto de partida, e por isso, necessitam de aperfeiçoamentos, ou até mesmo serem negadas, de tal modo que o importante seja o surgimento de propostas cada vez mais sofisticadas e precisas no que tange ao monitoramento da satisfação dos DESC- critério de resultado- e em relação aos atos realizados pelo estado para cessar as violações estruturais- critério de processo- afinal de contas, no modelo de reforma estrutural tão importante quanto a decisão é a execução da sentença, que se dá por meio de autos de seguimento e supervisão. Esse seguimento e supervisão não se mostram possíveis sem a adoção de indicadores minimamente confiáveis e precisos para fins de avaliação da cessação ou mesmo atenuação da violação generalizada de direitos fundamentais ao longo do tempo.

---

<sup>685</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez. Cuando cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. *In*: GARAVITO, Cesar Rodríguez. (Coord) **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-493, p. 487.

## 5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO NO BRASIL

Para se chegar a uma hipótese plausível acerca da possibilidade da adoção da técnica do ECI em sede de controle difuso no Brasil, há na verdade, que serem debatidos dois problemas, um relacionado com a adoção da técnica em relação aos mecanismos ou ações que seriam compatíveis em sede de controle difuso no Brasil, e outro problema, que é antecedente, e merece por isso, todo um desenvolvimento, que é a possibilidade de transplante, empréstimo, migração de ideias constitucionais, do ECI para o Brasil. Assim, será essa a abordagem inicial, reportando-se, inclusive, à terminologia que em nosso entendimento, se aproxima ou se encaixa mais adequadamente quando se fala da utilização do ECI no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

### 5.1 TRANSPLANTES JURÍDICOS, EMPRÉSTIMOS E MIGRAÇÕES DE IDEIAS CONSTITUCIONAIS: DA COLÔMBIA PARA O BRASIL

#### 5.1.1 Terminologia<sup>686</sup>

De acordo com Alan Watson, os transplantes jurídicos são fenômenos cada vez mais rotineiros, nos quais uma determinada regra jurídica acaba por ser transferida de um

---

<sup>686</sup> A questão terminológica é bastante debatida no meio acadêmico, sendo diversos os termos ou “metáforas” que têm sido utilizadas para dar conta do fenômeno da transferência de institutos, elementos ou mesmo de sistemas jurídicos constitucionais, consoante se depreende da leitura da seguinte passagem de artigo de Vlad Perju, que assim se manifesta sobre a questão da terminologia, denominada pelo autor de “a batalha de metáforas”: “Uma pesquisa da literatura revela grande preocupação com a escolha de metáforas para capturar interações interinstitucionais. As opções disponíveis incluem 'transplantes', 'difusão', 'empréstimo', 'Circulação', 'fertilização cruzada', 'migração', 'engajamento', 'influência', 'transmissão', "transferência" e "recepção". Quatro dessas metáforas tiveram maior poder de permanência: "transplantes" e seu equivalente de "empréstimo" no direito constitucional comparado; 'Circulação' e sua 'migração' equivalente em direito constitucional comparado.” PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations. In: ROSENFELD, Michel; SAJO, Andrés. (ed). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1304-1327, p. 1309.

Também em relação à questão terminológica, Michele Graziadei reconhece a diversidade dos termos ou metáforas que têm sido utilizados para dar conta do fenômeno de transferência de institutos ou práticas jurídicas entre ordenamentos: “Terminologia alternativa que ganhou aceitação (especialmente fora do mundo do *common law*) é a 'circulação de modelos legais'. Assim, o Décimo Terceiro Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado discutiu o tópico ao qual este capítulo é dedicado sob esse título. A Associação Henri Capitant dedicou uma de suas reuniões anuais à circulação do modelo jurídico francês no exterior. Contribuições mais recentes falam da 'transferência' em vez de 'transplante' da lei. O termo "recepção" às vezes é usado como sinônimo de todo e qualquer um dos itens acima, embora também tenha uma denotação específica referente a transferências legais globais.” GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 442-482, p. 443.

ordenamento jurídico para outro<sup>687</sup>. Essa concepção inicial do autor britânico foi bastante criticada por Pierre Legrand, cujo entendimento é o de que o transplante jurídico, tal como a concepção de Watson é simplesmente impossível.

Para Legrand, a concepção de Watson de que o transplante jurídico é a transferência de regras de um ordenamento para outro, peca simplesmente porque a regra por si só não é algo vazio e proposicional em si mesmo, mas sim algo que recebe o seu significado de fora, dado por uma determinada comunidade, significado este que passa a integrar o núcleo da regra, razão pela qual não se mostra possível o transplante jurídico<sup>688</sup>.

Dessa forma, a declaração proposicional, a qual se encontra compreendida dentro de uma determinada ordem jurídica, sempre será compreendida de forma diferente pela localidade de acolhimento, investida que será por uma cultura diferente daquela do local de onde foi importada. Ou como nos diz em suas palavras Legrand: (...) “assim, um elemento crucial da condição de regra [*ruleness*] – seu significado – não sobrevive à viagem de um sistema jurídico para outro”<sup>689</sup>.

De acordo com o autor canadense, as relações entre as palavras que constituem a regra como uma declaração proposicional vazia e as ideias a que estas palavras estão conectadas são sempre determinadas pela cultura, de modo que nada indica que as palavras inscritas em uma determinada ordem jurídica gerarão a mesma ideia em uma cultura diferente, ainda mais porque as próprias palavras são elas mesmas diferentes já que foram emitidas em uma língua diferente<sup>690</sup>.

O transplante jurídico, portanto, não acontece porque um dos elementos cruciais da regra, que é o seu significado, não pode ser deslocado. Pensando numa linguagem comum, pode se dizer que se havia uma regra (palavras inscritas a + significado x), essa mesma regra agora em outro ordenamento jurídico será (palavras inscritas a + significado y), portanto, não será mais a mesma regra. O significado simplesmente não se presta para ser transplantado<sup>691</sup>.

Para Legrand, o máximo que é possível é a transferência de palavras vazias sem sentido. A ideia de transplante jurídico não é possível porque nenhuma regra que foi tomada

---

<sup>687</sup> Cf. WATSON, Alan. **Legal Transplants: an Approach to Comparative Law**. 2ª ed. Georgia: University of Georgia Press, 1974.

<sup>688</sup> LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. Tradução de Gustavo Castagna Machado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 9, n.1, pp. 1-21, 2014, p. 8.

<sup>689</sup> Ibid., pp. 8 e 9.

<sup>690</sup> Ibid., p. 9.

<sup>691</sup> LEGRAND, op. cit., p. 10.

emprestada de um determinado ordenamento jurídico será a mesma regra no ordenamento jurídico que solicitou o empréstimo, na medida em que ao atravessar fronteiras, a regra original sofre alterações de significado que afetam a regra original<sup>692</sup>.

Qualquer defesa que se faça acerca da possibilidade de transplantes jurídicos deve compreender o direito como regra, e regra como uma declaração vazia e proposicional. Deve adotar que existe regra em estado solitário, e que ela possui um significado independentemente da sua interpretação e aplicação<sup>693</sup>.

Assim, a tese que defende a possibilidade de transplantes jurídicos como possíveis está amparada numa visão sintética e estritamente técnica do direito, o que reflete uma fé no universalismo abstrato, que já se mostrou em declínio ante a prevalência de argumentos de natureza sociológica, histórica, cultural e epistemológica frente aos argumentos de natureza conceitual<sup>694</sup>. Trata-se ademais, de tese que desconsidera a existência de fenômenos qualitativamente diferenciados e a existência de experiências e valores como conteúdos concretos<sup>695</sup>. Procura encontrar padrões em relação a experiências concretas e díspares do direito<sup>696</sup>.

Além de Legrand, há autores ainda mais críticos em relação à possibilidade de transplante de uma regra de um ordenamento jurídico para outro, denominando esse fenômeno de “irritantes legais”. Essa é a abordagem de Günter Teubner, para quem a ideia de transplante legal, por si só soa como uma metáfora enganosa. Para esse autor, a ideia de transplante legal pressupõe que um determinado instituto legal possa de fato ser transferido de um ordenamento jurídico para outro, como se fosse possível, após uma operação cirúrgica, que o material que foi transferido permaneça idêntico ao que era, no exercício das mesmas funções que exercia no organismo anterior, desta feita no novo organismo. No entanto, as transferências legais não podem ocorrer de forma fácil de um ordenamento jurídico para outro, como uma transferência de parte de uma máquina para outra<sup>697</sup>.

Para Teubner, além de não ser fácil um transplante jurídico, esse suposto transplante legal seria, na verdade, um “irritante legal”, ou seja, um ruído externo que cria perturbações

---

<sup>692</sup> LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. Tradução de Gustavo Castagna Machado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 9, n.1, pp. 1-21, 2014, p. 12.

<sup>693</sup> Ibid., p. 13.

<sup>694</sup> Ibid., p. 15.

<sup>695</sup> Ibidem.

<sup>696</sup> Ibidem.

<sup>697</sup> TEUBNER, Günther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. **Modern Law Review**, v. 61, pp. 11-32, 1998, p. 12.



na interação dos discursos dentro dos arranjos jurídicos internos, obrigando que o ordenamento jurídico tenha de reconstruir as regras internamente, bem como que o próprio instituto jurídico alienígena também tenha de ser reconstruído do zero, dentro daquele novo ambiente jurídico. Os irritantes legais simplesmente não podem ser adaptados a um novo contexto cultural, e em vez disso, provocarão uma evolução das dinâmicas internas, no sentido de transformar o sentido da regra externa e de transformar significativamente o contexto jurídico interno<sup>698</sup>.

Michele Graziadei adota posição contrária em relação à impossibilidade de transplantes legais. Para o autor, a se considerar que a lei é de certo modo um produto da cultura, essa afirmação por si só também se mostra problemática, já que se deve estar aberto a ideia de que a lei, tal como a cultura, é também o resultado de misturas, de empréstimos que ocorreram e vem correndo em faixas diferentes, desde o início dos tempos<sup>699</sup>.

Ademais, o processo de transplante de uma lei envolve a participação de certos elementos do tempo e do espaço, não se tratando de um processo mecânico, mas de um processo que envolve aprendizado humano, o qual não se dá sem improvisação e sem experimentação. Esse aprendizado é limitativo porque segue um modelo improvisado e experimental que deve ser testado. Trata-se de processo criativo, e por isso mesmo, não ocorre no vácuo, mas dentro de um contexto cultural, de modo que se mostra totalmente inútil inquirir acerca da possibilidade de um transplante perfeito, porque essa perfeição simplesmente não é um ponto crucial para negar a impossibilidade do transplante. O ponto crucial é que a lei é um produto que é incorporado a uma cultura específica, diferente da cultura de onde fora importada. A lei, tal como qualquer outro elemento cultural, ao ser transplantada para outro ambiente cultural, será rearranjada, remodelada, e isso, por si só, não significa que o transplante não ocorreu<sup>700</sup>.

Para o autor italiano, não se mostra razoável defender que só se mostra possível o transplante de palavras vazias, sem qualquer sentido, tal como argumentou Legrand. Isso só seria verdade se a lei de um determinado país, ao ser transplantada para outro ordenamento, não significasse nada para esse ordenamento jurídico receptor. As culturas, em que pesem serem configurações únicas, produzidas por um determinado povo, sempre estão a interagir e

---

<sup>698</sup> TEUBNER, Günther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. *Modern Law Review*, v. 61, pp. 11-32, 1998, p. 12.

<sup>699</sup> GRAZIADEI, op. cit., p.469.

<sup>700</sup> Ibid., pp. 469-470.

sempre estão mudando de acordo com as transmissões de elementos culturais que ocorrem todos os dias, em todo o mundo. Além disso, a transmissão de elementos culturais acaba por reforçar e garantir a manutenção de uma determinada cultura, mantendo-a viva<sup>701</sup>.

Para Graziadei, os transplantes e os empréstimos de mecanismos jurídicos e leis têm se mostrado como algo constante mesmo em relação a sistemas que pareciam não ser permeáveis, de tal modo que isso tem colocado em xeque até mesmo a doutrina clássica comparatista que vê os ordenamentos divididos em duas famílias jurídicas<sup>702</sup>.

Por fim, uma vez alcançada a assimilação por parte do ordenamento jurídico que importou o instituto ou a prática jurídicos, o elemento estranho já não será mais estranho, e não se poderá mais falar em transplante<sup>703</sup>.

Embora não se concorde com a linha de pensamento de Legrand que entende pela impossibilidade de transplantabilidade de elementos, institutos ou mesmo sistemas jurídicos, este trabalho não adotará os termos “transplante”<sup>704</sup> ou “empréstimo” como metáforas ou terminologias mais adequadas para defender a aplicação do ECI no Brasil, mas sim a metáfora “migração de ideias constitucionais” por se mostrar mais adequada para capturar o sentido mais próximo do inegável fenômeno de transferência de institutos, elementos e práticas jurídicas entre os países, dadas algumas razões fundamentais.

Consoante nos alerta Neil Walker, o termo “migração de ideias constitucionais”<sup>705</sup> ao contrário de termos como transplante ou empréstimos, não pressupõe a ideia de uma atitude de um doador ou de um receptor, bem como de propriedade de um instituto jurídico, ou ainda de um credor ou destinatário de instituto jurídico, mas pelo contrário pressupõe movimentos

<sup>701</sup> GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 442-482, p. 470.

<sup>702</sup> GRAZIADEI, Michele. Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge. **Theoretical Inquiries In Law**, v.10, n. 2, p. 723-743, jul. 2009, p. 727.

<sup>703</sup> Ibid., p. 733.

<sup>704</sup> Nesse sentido também é o entendimento de Michele Graziadei para quem “o termo transplante é baseado em uma metáfora escolhida *faute de mieux*, mal adaptada para capturar a difusão gradual da lei ou a natureza contínua do processo que às vezes leva a mudanças legais por meio da apropriação de ideias estrangeiras”. GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 442-494, p. 443.

<sup>705</sup> Embora também não concorde com a terminologia “transplantes jurídicos”, Günter Frankenberg prefere adotar o termo “transferência” e não “migração” de ideias constitucionais. Segundo o autor, ambos os termos capturam uma maior variedade de usos do que “transplante” ou “empréstimo”, mas afirma ele preferir “transferência” em razão de se manter a uma distância mais adequada em relação a uma conotação meramente espacial, consoante seria o caso da utilização do termo “migração”. FRANKENBERG, Günter. Constitutional transfer: The IKEA theory revisited. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 3, pp. 563-579, 2010, p. 570.

entre os sistemas ou entre elementos de tais sistemas, seja de forma ostensiva ou de forma discreta, aceitos ou rejeitados, adotados ou adaptados, iniciados pelo doador ou pelo receptor, e relacionados a questões substantivas, doutrina ou mesmo desenhos institucionais<sup>706</sup>.

Tal como Sujit Choudhry, entende-se que o termo “empréstimos constitucionais” é um termo inadequado, já que pressupõe a ideia de propriedade por parte de um suposto credor, o qual deterá sempre o domínio sobre o instituto ou elemento emprestado ainda que este esteja sendo aplicado em uma outra jurisdição ou ordenamento jurídicos. Em sentido contrário a esse é o que se depreende da ideia de “migração de ideias constitucionais”, posto que essa pode ocorrer, inclusive, sem conhecimento ou permissão da jurisdição de origem<sup>707</sup>.

Ademais é preciso ressaltar que o termo, ou como denominam os autores comparatistas, “metáfora” da “migração de ideias constitucionais” se mostra muito mais adequada do que empréstimo no que se refere à possibilidade de ocorrer ajustes ou adaptações na jurisdição de destino. Não é que a metáfora “empréstimo” seja incompatível com a possibilidade de ajustes ou adaptações, mas certamente, a ideia de uma migração se mostra mais adequada. Assim, as ideias constitucionais podem mudar, se adaptar ou se ajustar durante o processo de migração, inclusive permitindo um espectro muito mais amplo de relações entre a jurisdição de origem e a jurisdição de destino<sup>708</sup>.

Conclui-se, portanto, que o termo “migração de ideias constitucionais” e em que pese não ser perfeito para captar todo o processo de transferência de institutos, elementos ou práticas jurídicas entre um ordenamento jurídico e outro, é ainda o que melhor consegue captar a ideia a qual este trabalho defende no que se refere à possibilidade de aplicação do ECI pelo sistema jurídico brasileiro. É preciso ressaltar que a escolha de uma metáfora para dar conta de capturar a transferência ou a circulação de institutos constitucionais não deve ser levada como algo estrito e ontológico, diante do fato de que os fenômenos constitucionais de tão diversos e complexos que são, não são passíveis de serem capturados em sua plenitude por uma metáfora ou termo<sup>709</sup>.

---

<sup>706</sup> WALKER, Neil. The Migration of Constitutional Ideas and the Migration of the Constitutional Idea: the Case of the EU. **EUI Working Paper Law**, pp. 1-17, april. 2004, pp. 3-4.

<sup>707</sup> CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. *In*: CHOUDHRY, Sujit (ed). **The Migration of Constitutional Ideas**: New York. Cambridge University Press, 2006, p. 21.

<sup>708</sup> Ibidem.

<sup>709</sup> PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations. *In*: ROSENFELD, Michel; SAJO, András (ed). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1304-1327, 1313. Ainda sobre a situação das metáforas assim se manifesta Perju: “É verdade que o uso de lentes erradas pode enganar o público do comparativista e talvez confundir o próprio

### 5.1.2 Fundamentos para uma migração de ideias constitucionais: Da Colômbia para o Brasil

Seja qual for a terminologia ou metáfora adotada para descrever ou capturar o sentido do fenômeno, é preciso mais uma vez deixar claro que a migração de ideias constitucionais é algo corriqueiro e permanente, às vezes, consoante se disse, planejado ou inconsciente. Pelo menos, no que tange às regras do direito privado, há uma série de exemplos que demonstram claramente o quanto a migração ou a transferência de ideias, institutos ou até mesmo, sistemas jurídicos vêm ocorrendo ao longo dos tempos<sup>710</sup>. Portanto, não há como se afirmar que seja impossível a transplantabilidade jurídica, em que pese não se defender nesse trabalho o termo “transplante” como o mais adequado, consoante já se explanou anteriormente.

No plano do direito público constitucional, e aqui já se adotando a metáfora “migração de ideias constitucionais”, também é corriqueira e permanente essa migração, com exemplos, inclusive, oriundos do direito constitucional brasileiro, que aqui é objeto de análise. Não é demais lembrar que o modelo de controle difuso que aqui é adotado foi o resultado da migração de ideia desenvolvida pelos norte-americanos acerca do *judicial review of legislation* em 1803, e que aqui desembarcou a partir da Constituição republicana de 1891. Outros exemplos também podem ser apontados, consoante é o caso da ADIN por Omissão, que se sabe ser inspirada por figura semelhante encontrada na Constituição Portuguesa de 1976<sup>711</sup>, e incorporada pelo direito brasileiro a partir da Lei nº 9.868/99, afora outros expressivos exemplos, já catalogados, inclusive por esse trabalho em tópicos anteriores<sup>712</sup>.

---

comparativista. Mas esse perigo é limitado. Metáforas são importantes, como todas as palavras e imagens são, mas são apenas metáforas.” Ibidem.

<sup>710</sup> Aqui se pode trazer diversos exemplos tais como o direito civil romano que foi recepcionado pelo direito vigente à época na idade medieval e no começo da era moderna. GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 442-482, p. 443.

<sup>711</sup> Sobre isso ver o que dispunha a Constituição Portuguesa de 1976, aprovada em 2 de Abril de 1976, e que trazia em seu artigo 279, a seguinte previsão: “Quando a Constituição não estiver a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, o Conselho da Revolução poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em tempo razoável”. Para isso ver: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP1976.pdf>. Acesso em: 03 Jul. 2020. Em sua versão atual, a Constituição Portuguesa de 1976 (atual Constituição em vigência em Portugal) traz a previsão do controle de inconstitucionalidade por omissão em seu artigo 283, que assim dispõe: “1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.” O atual artigo 279 da Constituição portuguesa de 1976 traz a previsão não mais do controle por omissão, mas dispõe acerca

De acordo com Michele Graziadei três são os principais fatores para que ocorra a migração de ideias constitucionais. O primeiro desses fatores é o fator da imposição. Através da conquista e da expansão militar, leis de países dominantes são geralmente transplantadas para o contexto dos países dominados. Exemplo disso, segundo o autor italiano é o caso da sovietação na Europa Oriental após a Segunda Guerra Mundial; bem como a importação de modelos legais construídos no Ocidente que foram incorporados em colônias da África, das Américas, da Ásia e da Oceania<sup>713</sup>.

Outro fator citado pelo autor é o prestígio. De acordo com Graziadei, a maioria dos transplantes e recepções não ocorre por via da imposição ou da violência. As recepções são na verdade o produto do desejo de ter o que os outros têm, especialmente se for considerado algo superior. Ao contrário do domínio que está condicionado ao uso da força e desaparece com o não mais uso dessa, o prestígio não tem essa dinâmica, já que resulta, inclusive, numa aderência aos modelos culturais dominantes. Um exemplo de prestígio, na atualidade, é a influência do pensamento penal alemão em relação aos estudiosos americanos<sup>714</sup>.

Por fim, fala-se no fator do desempenho econômico como fator determinante para a migração das ideias constitucionais. Segundo Graziadei, grande parte das mais ambiciosas propostas de reforma legal que se tem visto ao longo dos últimos anos têm tido origem em instituições financeiras internacionais, a exemplo do Banco Mundial<sup>715</sup>. Por trás da reforma está o desejo de uniformizar os arquétipos legais dos países para que os acordos comerciais transnacionais possam ser efetivados com maior segurança jurídica e menos custos financeiros.

Alega-se que os transplantes poderiam gerar instituições legais mais eficientes, no sentido de serem reduzidos, por exemplo, os custos das transações comerciais. Formas corporativas mais modernas, técnicas de gestão dos ativos e instrumentos negociáveis substituiriam modelos anteriores adotados nos países e que são muito mais custosos<sup>716</sup>.

---

dos efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade. Para isso ver: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2020.

<sup>712</sup> Refere-se ao ponto do capítulo 2 em que se discorre acerca do efeito vinculante como resultado da influência do direito constitucional alemão.

<sup>713</sup> GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. *In*: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 442-482, p. 456.

<sup>714</sup> *Ibid.*, pp. 456-457.

<sup>715</sup> *Ibid.*, p. 459.

<sup>716</sup> *Ibidem*.

Diante desse quadro, os governos estariam sendo cada vez mais pressionados a introduzirem mudanças legais predeterminadas em seus ordenamentos sob o pretexto de serem beneficiados economicamente. Exemplos claros da imposição de mudanças legais pode ser o caso da adesão dos países europeus ao bloco da União Europeia; ou ainda o caso de determinadas condições que têm sido impostas por credores e doadores no plano internacional como condição para acesso de alguns países a recursos financeiros, o que, sem dúvida alguma, tem gerado um significativo impacto e mudança na estrutura legal doméstica<sup>717</sup>.

Está, portanto, claro que as causas para a migração de ideias constitucionais podem ser tanto decorrentes de uma postura consciente e dirigida a algum fim, quanto o resultado de uma interação inconsciente e sem fins específicos. A questão a ser discutida então é se a migração de ideias constitucionais é algo bom ou ruim, bem como quando e de que forma deve se dar essa migração para que não seja algo ruim para o sistema jurídico receptor.

Neil Walker entende que a migração de ideias constitucionais pode ser algo ruim ou bom. Será ruim se houver uma demasiada deferência ao que produzido pelas fontes externas, diga-se, uma deferência aos institutos jurídicos imitados, e em consequência, uma perda considerável de respeito à soberania do sistema democrático interno. O perigo se torna ainda maior se a migração ocorre por meio de juízes não democráticos, o que proporcionaria a estes um arsenal de argumentos em prol de interpretações criativas de textos ou de dispositivos constitucionais ambíguos ou vagos, e não através de canais diretos de migração, que seriam os próprios textos e as assembleias legislativas, os quais deveriam ser os verdadeiros autores da migração<sup>718</sup>.

Pode ser ruim também a migração quando ela desconsidera aspectos culturais particulares vigentes no sistema jurídico receptor, sendo insensível às doutrinas, aos instrumentos jurídicos ou às práticas internas que foram criadas ou se desenvolveram para dar conta de contextos específicos<sup>719</sup>.

Por outro lado, a migração de ideias constitucionais pode ser algo bom, na medida em que contraria tendências domésticas consideradas pouco desenvolvidas, e mais do que isso, pode servir de paradigma ou modelo alternativo em relação ao qual o modelo interno pode ser

---

<sup>717</sup> GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. *In*: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 442-482, p. 460.

<sup>718</sup> WALKER, Neil. The Migration of Constitutional Ideas and the Migration of the Constitutional Idea: the Case of the EU. **EUI Working Paper Law**, pp. 1-17, april. 2004, p. 1.

<sup>719</sup> *Ibidem*.

avaliado. A migração fornece ainda uma gama de técnicas constitucionais por meio das quais se pode buscar e desenvolver um modelo ótimo para atingir os fins constitucionais<sup>720</sup>.

Nada do que foi dito sobre a migração ser considerada algo bom é fácil de ser atingido. Há diversos pontos de questionamentos que poderiam ser facilmente levantados nesse debate, mas o principal é o de como se pode adotar um instituto ou prática criada em outro ordenamento jurídico sem que este mesmo instituto não seja insensível para com as doutrinas, os institutos jurídicos, as práticas e as especificidades culturais vigentes no ordenamento jurídico receptor, e sem que não se desnature o próprio fim ou objetivo específico do instituto imitado.

Um ponto de reflexão para se entender como superar esse dilema é apontado por Rodolfo Saco. Inicialmente é preciso ressaltar que a imitação de modelos jurídicos estrangeiros não precisa assumir um caráter de recepção global, tal como se deu com a imitação de modelos jurídicos desenvolvidos na França e adotados por vários países da Europa após o ano de 1806, podendo, ser uma adoção seletiva de institutos e regras específicas e não de todo o sistema jurídico como um todo<sup>721</sup>. Essa, aliás, é a forma pela qual se defende nesse trabalho, que se dê a migração do ECI para o Brasil.

Essa perspectiva entende-se ser a mais adequada considerando que seria muito pouco provável que fosse possível adotar ou imitar todo um sistema jurídico por completo, sem contar o contexto cultural no qual foram forjados a prática ou instituto jurídicos, até porque fora o próprio contexto que certamente deu ao instituto jurídico certos aspectos de especificidade de aplicação que não podem ser identicamente encontrados em nenhum outro contexto.

Para Sacco, as condições culturais, ambientais e econômicas semelhantes também são cruciais para a imitação<sup>722</sup>. Não que seja impossível a imitação de institutos jurídicos entre países que não tenham afinidades ou semelhanças culturais, mas de acordo com o autor italiano, posição inclusive que é defendida nesse trabalho, empréstimos<sup>723</sup> mais intensos, unilaterais ou recíprocos são mais propensos de ocorrer entre sistemas jurídicos semelhantes e

---

<sup>720</sup> WALKER, Neil. The Migration of Constitutional Ideas and the Migration of the Constitutional Idea: the Case of the EU. **EUI Working Paper Law**, pp. 1-17, abril. 2004, p. 1.

<sup>721</sup> SACCO, Rodolfo. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II). **American Journal of Comparative Law**, vol. 39, n. 1, pp. 1-34, 1991, p. 3.

<sup>722</sup> SACCO, Rodolfo. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II). **American Journal of Comparative Law**, vol. 39, n. 3, pp. 343-401, 1991a, p. 398.

<sup>723</sup> A utilização do termo “empréstimos” se dá em razão de ser essa expressão que é utilizada pelo autor Rodolfo Sacco e não a proposta desse trabalho, que consoante já se disse, adota como mais adequado o termo “migração de ideias constitucionais”.

não entre sistemas diferentes, isso porque ao tomar emprestado um instituto jurídico estrangeiro, o país receptor deve integrar a regra ou o instituto emprestados ao sistema jurídico interno, superando, inclusive, as diferenças genéricas que existam entre os dois sistemas<sup>724</sup>.

Ademais, um país não pode tomar emprestado uma regra ou instituto jurídicos que sejam expressamente e estranhamente contrários a sua doutrina. Ao contrário, se dois países têm códigos semelhantes e um sistema de leis feito por juízes, pode ser que um dos juízes de determinado país ache fácil pedir emprestado determinado instituto jurídico disponível em um ordenamento jurídico semelhante<sup>725</sup>.

Para o autor italiano, está claro que entre sistemas jurídicos diferentes há sim a possibilidade de recepção, mas nesse caso está se falando de uma recepção mais geral e não uma recepção abrangente de institutos e regras específicas. Por fim, é preciso ressaltar consoante nos alerta o próprio Sacco que “finalmente, um sistema jurídico tenderá a emprestar quando estiver incompleto. Um sistema incompleto tenderá a imitar apenas para preencher as lacunas”<sup>726</sup>. (tradução nossa) Nesse sentido, compreende-se que o sistema de controle de constitucionalidade colombiano pode muito contribuir com o sistema adotado no Brasil e vice-versa, como que uma interação dialógica e cautelosa que permita o aperfeiçoamento dos dois sistemas constitucionais.

Amparados em todos esses aportes teóricos não se vê como impossível, ao menos do ponto de vista teórico, que um instituto ou regra criado pela Colômbia possa ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, cabe ressaltar que a migração do ECI para o Brasil parece ter como uma de suas causas, dentre outras, o prestígio de que tem gozado a Corte Constitucional da Colômbia, que consoante já se disse anteriormente, se converteu em uma das poucas cortes do Sul Global e a única da América Latina, a exportar para outros países ao redor do mundo, modelos e práticas jurídicas, o que certamente explica em parte, a razão pela qual o ECI desembarcou no Brasil.

---

<sup>724</sup> SACCO, Rodolfo. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II). *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n. 3, pp. 343-401, 1991a, p. 398, p. 400.

<sup>725</sup> *Ibidem*.

<sup>726</sup> *Ibidem*.



Também é importante salientar a existência de uma intensificação cada vez maior de intercâmbios entre juízes<sup>727</sup>, principalmente através de decisões judiciais e jurisprudências, ligada em parte à construção de dispositivos institucionais como os tribunais internacionais, e motivados pela necessidade de referências normativas, e nesse sentido, pela busca da argumentação de autoridade<sup>728</sup>. Trata-se de situações em que os juízes têm buscado consultar decisões estrangeiras, ainda que eles não tenham nenhuma obrigação de fazer isso<sup>729</sup>.

É cada vez mais comum que juízes consultem por iniciativa própria, decisões de juízes estrangeiros homólogos cujo objetivo é o de encontrar a melhor solução para os casos que julgam, especialmente, se estiver diante dos denominados *hard cases*, ou casos difíceis<sup>730</sup>. Esse, aliás, também parece ser o contexto no qual também se ampara a migração do ECI da Colômbia para o Brasil.

Por fim, defende-se ser possível a migração do ECI da Colômbia para o Brasil em face da semelhança entre os dois países<sup>731</sup>, semelhanças tanto culturais, quanto econômicas e sociais, posto que ambos são países de economia periférica e localizados na mesma região

---

<sup>727</sup> Essa comunicação se intensificou em todo o mundo, tendo ocorrido exemplos, até mesmo em contextos que mostravam bastante fechados à referenciação de normativos e decisões estrangeiras, consoante é o caso dos EUA. Sobre isso, merece ser destacada a decisão da Suprema Corte dos EUA, no caso *Lawrence vs Texas*. Trata-se de célebre caso no qual, policiais de Houston, durante u tiroteio, acabam por ingressar numa casa e encontram um cidadão denominado Lawrence, o qual estava mantendo relações sexuais consentida com outro adulto do mesmo sexo, portanto, numa relação homossexual. Ocorre que uma lei estadual do Texas considerava como ilícita a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo, tendo tais homens sido condenados em primeira instância. No entanto, em Juno de 2003 a Suprema Corte dos EUA dá uma decisão que considera inconstitucional a lei texana. A decisão, no entanto, chamou atenção não por seu mérito propriamente dito, em que pese, ter ocorrido um *overruling*, já que a Suprema Corte havia adotado posicionamento diverso em julgamento similar no ano de 1986 no caso *Bowers vs Hardwick*, mas pelo fato de alguns *justices* da Suprema Corte terem ido buscar inspiração em decisões do Tribunal Europeu de Direitos do Homem de Estrasburgo (TEDH). Para maiores informações e citações de outros casos, conferir: ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: A nova revolução do direito**: Lisboa. Editions du Seuil e Republique des Idées, 2005, pp. 16-17.

Outro exemplo interessante sobre a comunicação entre os juízes vem da África do Sul. Neste país há dispositivo expressamente estabelecido por sua atual Constituição que permite a incorporação do direito estrangeiro na solução de problemas nacionais. Trata-se do artigo 39 (1) o qual estabelece que os juízes e os tribunais, ao interpretarem o catálogo de direitos fundamentais, devem promover os valores que fundamentam uma sociedade democrática baseada na dignidade da pessoa humana, na igualdade e na liberdade; devem considerar o direito internacional; e podem considerar a lei estrangeira. Para maiores detalhes, conferir o que disposto no artigo 39 (1) da Constituição sul-africana. SOUTH AFRICA. The Constitution of the Republic of South Africa. 1996. Disponível em: <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf>. Acesso em: 16 set. 2020.

<sup>728</sup> Ibid., pp. 15-16.

<sup>729</sup> Ibid., p. 19.

<sup>730</sup> Ibid., p. 23.

<sup>731</sup> De acordo com Vanice e Gouveia, a experiência constitucional colombiana se aproxima muito da experiência brasileira, de tal modo que se pode até dizer que a primeira tenha se inspirado na última. VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOUVÊA, Carina Barbosa. **Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial**, pp. 1-27, [2014], p. 3. Disponível em: [https://www.academia.edu/9218920/Direito\\_%C3%A0\\_moradia\\_no\\_Brasil\\_e\\_na\\_Col%C3%B4mbia\\_uma\\_perspectiva\\_comparativa\\_em\\_favor\\_de\\_um\\_construtivismo\\_judicial](https://www.academia.edu/9218920/Direito_%C3%A0_moradia_no_Brasil_e_na_Col%C3%B4mbia_uma_perspectiva_comparativa_em_favor_de_um_construtivismo_judicial) Acesso em: 15 jul. 2020.

geoeconômica, que enfrentam semelhantes e graves problemas de ordem social, com pouca efetividade inclusive dos direitos sociais para a maioria da população como um todo, e que têm visto uma significativa ampliação e protagonismo do Poder Judiciário frente à inação dos demais poderes a fim de efetivar direitos fundamentais elencados em um amplo catálogo de direitos previstos expressamente por suas constituições<sup>732</sup>.

Nesse sentido, também o entendimento de Valle e Gouvêa, para quem Colômbia e Brasil são países que buscaram uma transformação política por via da negociação e do acordo, e não por meio de vias mais violentas, consideradas pelos países, caminhos mais perigosos, já que trazia riscos consideráveis a uma frágil institucionalidade tão duramente conquistada nos dois países<sup>733</sup>.

Em ambas as experiências políticas, verificou-se o intuito de superar a exclusão e promover uma mudança social. O compromisso com os direitos fundamentais foi uma estratégia adotada por ambos os modelos políticos e escolhido por forças com fins de superação das desigualdades e com foco na inclusão<sup>734</sup>.

No caso do Brasil, é preciso apenas ficar atento à questão do sincretismo metodológico constitucional, questão que volta e meia se verifica com constância no país. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, não é difícil perceber que a doutrina jurídica nacional, muitas vezes, tem recepcionado doutrinas produzidas no exterior como se dotadas de absoluta cientificidade e como verdades absolutas, a exemplo da doutrina alemã<sup>735</sup>.

---

<sup>732</sup> Aqui é importante registrar o entendimento de Valle e Gouveia para quem tanto a Constituição colombiana como a brasileira, surgiram com um longo catálogo de direitos fundamentais, incluindo direitos de natureza socioeconômica, e divergindo apenas no que tange à eficácia, de tal forma que, enquanto para a Constituição brasileira de 1988, os direitos fundamentais são dotados de eficácia imediata (§ 1º, art. 5º), de tal forma que qualquer violação pode ser suscitada no plano judicial; a Constituição colombiana é taxativa em seu modo de estabelecer apenas alguns direitos que são dotados de eficácia imediata (art. 85), nenhum destes direitos de natureza socioeconômica. Além disso, há uma outra especificidade da Constituição colombiana ao estabelecer a prioridade, de forma expressa (art. 13) na prestação de direitos a grupos marginalizados e discriminados da sociedade. VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOUVÊA, Carina Barbosa. **Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial**, pp. 1-27, [2014]. Disponível em: [https://www.academia.edu/9218920/Direito\\_%C3%A0\\_moradia\\_no\\_Brasil\\_e\\_na\\_Col%C3%B4mbia\\_uma\\_perspectiva\\_comparativa\\_em\\_favor\\_de\\_um\\_construtivismo\\_judicial](https://www.academia.edu/9218920/Direito_%C3%A0_moradia_no_Brasil_e_na_Col%C3%B4mbia_uma_perspectiva_comparativa_em_favor_de_um_construtivismo_judicial) Acesso em: 15 jul. 2020.

<sup>733</sup> Ibid., p. 4.

<sup>734</sup> Ibid., p. 6.

<sup>735</sup> O autor se refere à utilização dos chamados princípios de interpretação constitucional, que foram cunhados por Hesse em seu Manual de Direito Constitucional Alemão, tidos aqui pela doutrina brasileira como princípios universais, mas que não são citados por quaisquer outros autores do direito alemão, o que indica que não se pode atribuir aos princípios elaborados por Hesse a ideia de que eles sejam algo uniforme e aceito de forma majoritária pela doutrina constitucional alemã. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico. In : SILVA, Virgílio Afonso da. (org.), **Interpretação constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 115-143, pp. 116-118.

É preciso ir além de ficar repetindo listas de métodos e princípios que foram adotados em outros países, sob uma época diferente e que pouco acrescentam às discussões. A doutrina brasileira se apegou às primeiras teorias a que teve acesso, sem observar que com essa postura julgava e considerava do mesmo modo, teorias que inclusive eram incompatíveis; apegou-se a fórmulas vazias que não têm qualquer vínculo com a realidade brasileira; e congelou a discussão, na medida em que entendeu estar se utilizando daquilo que é mais moderno em termos de interpretação constitucional<sup>736</sup>.

Por fim, tanto na Colômbia quanto no Brasil as constituições atuais foram fruto de meios não convencionais de elaboração, tais como no caso do Brasil, a qual se deu por meio de uma Assembleia convocada pela Emenda Constitucional de nº 26 de 28 de Junho de 1985, e que atribuiu poderes ao Congresso para elaborar a carta política; quanto na Colômbia cuja elaboração da Constituição de 1991 se deu por meio também não convencional, já que a Constituição restou como proposta de revisão pleiteada a partir dos intensos acordos e negociações entre o governo e as organizações paramilitares.

## 5.2 O ATUAL “ESTADO DE COISAS” DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

---

Para Virgílio Afonso da Silva, os princípios de interpretação que são por aqui considerados como princípios modernos de interpretação constitucional tem um papel extremamente secundário no seu país de origem, a Alemanha. *Ibid.*, p. 119.

A postura da doutrina nacional está ligada, segundo ao autor, a uma busca por emancipação da doutrina brasileira, e anseio pela modernidade, de adotarmos algo que nos chega com atraso de, às vezes, 20 anos, e sem qualquer reflexão crítica. *Ibid.*, p. 120.

Essa postura tem sido extremamente contínua em relação à doutrina produzida no país bávaro. *Ibidem*.

Nesse sentido defende Silva, que é necessário estabelecer um método de interpretação constitucional brasileiro: “Mais do que isso, a discussão não pode se limitar à mera análise de métodos. A interpretação constitucional pressupõe uma discussão acerca da concepção de Constituição, da tarefa do direito constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e, ainda, acerca da contextualização e da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros. É necessário, em suma, que se desenvolva uma teoria constitucional brasileira. Isso implica, por exemplo, discutir que tipo de Constituição era a Constituição de 1988 ao ser promulgada e se as mudanças constitucionais ocorridas desde então alteraram seus fundamentos políticos, sociais e econômicos. Desenvolver uma teoria da constituição aplicável (pelo menos também) à Constituição brasileira não significa que métodos ou pontos de vista desenvolvidos alhures não possam ser aplicados na interpretação da constituição brasileira. Significa apenas que o método adotado não pode existir independentemente de uma teoria constitucional. Significa, além disso, que cabe ao teórico constitucional fundamentar a compatibilidade de uma determinada concepção de nossa constituição com um determinado método. Significa, em resumo, que não há mais espaço para o otimismo metodológico, isto é, para a crença de que o resultado da interpretação constitucional depende pura e simplesmente do método utilizado.” *Ibid.* p. 143.

<sup>736</sup> *Ibid.*, p. 141.

Nessa parte do texto, será abordado o tema relativo ao atual estágio da técnica do estado de coisas inconstitucional dentro do ordenamento jurídico brasileiro, desde uma perspectiva da jurisprudência nacional, notadamente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental de nº 347-DF, bem como a análise da doutrina pátria sobre o tema.

Além disso, deixe-se claro que esse texto defende a possibilidade de migração do ECI da Colômbia para o Brasil, consoante já dito, mas isso não significa que da forma como se encontra a aplicação da técnica, esteja ela imune a críticas, especialmente, relacionadas com a forma como se deu até então a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de cautelar na ADPF n 347.

### **5.2.1 A cautelar na ADPF n 347: O descompasso entre a petição e a decisão**

A migração do ECI para o ordenamento jurídico brasileiro se deu através da decisão cautelar na Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, proveniente do Distrito Federal, no ano de 2015. Trata-se de ação movida pelo PSOL- Partido Socialismo e Liberdade- que baseado em dados alarmantes, colhidos em sede da CPI do Sistema Carcerário, realizada pela Câmara de Deputados, com relatório final publicado em Julho de 2008, decidiu promover a ação.

Na petição, o requerente alegava a existência de um quadro de violação sistemática e generalizada promovido por ações e ou omissões dos poderes constituídos, em todos os graus e níveis da Federação, violações essas que atingiam diversos direitos fundamentais básicos dos presos, tais como os direitos à integridade física e psíquica, bem como o direito à dignidade da pessoa humana.

Para efeito de conhecimento da situação dos presídios brasileiros, é preciso ressaltar a existência de uma população que, à época, beirava mais de 600.000 (seiscentos mil) recolhidos, isso, sem contar o número de mandados de prisão ainda sem cumprimento. A situação dos que se encontravam no cárcere era alarmante. Segundo dados colhidos pelo requerente e apresentados na petição, o Brasil tinha à época a quarta população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Desses recolhidos, 41% no Brasil, eram presos provisórios.

Dentre as cautelares e os pedidos definitivos formulados na inicial, observa-se que grande parte deles está dirigido ao próprio Judiciário, como o pedido para que o STF reconheça a aplicabilidade imediata dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para que todos os juízes realizem audiências de custódia no prazo máximo de até 90 dias, audiências essas que devem ser realizadas no prazo de 24 horas contadas da prisão; determine aos juízes que passem a considerar, de forma fundamentada e motivada nos autos, o quadro gravíssimo de violação aos direitos fundamentais, vivenciado, na atualidade, pelas penitenciárias brasileiras, no momento em que determinem as medidas de execução de pena.

Também há pedidos dirigidos ao Poder Executivo como são os pedidos para que se imponha o imediato descontingenciamento de verbas existentes no FUNPEN- Fundo Penitenciário Nacional- e proíba que a União realize novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional; bem como determinar ao Governo Federal que elabore um plano nacional cujo objetivo seja o de superação do estado de coisas inconstitucional no prazo de 3 (três) anos, a ser encaminhado ao STF no prazo de até 3 (três) meses.

Do que se observa tanto das cautelares requeridas quanto dos pedidos definitivos formulados, a grande maioria deles está dirigida ao próprio Poder Judiciário, para que os magistrados brasileiros adotem medidas dentro da sua respectiva área de competência, para superar o estado de coisas inconstitucional. Pouquíssimos são os pedidos dirigidos ao Poder Executivo, exceto o que requer o descontingenciamento de verbas do FUNPEN e o que requer a elaboração de um plano nacional, em relação ao qual, diga-se de passagem, os peticionários fazem diversos apontamentos louváveis, como, por exemplo: (i) a contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, em relação a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança. Embora sejam poucos, deve-se dizer que os pedidos dirigidos ao Executivo, e em especial, em relação ao plano nacional, traz um escopo bastante amplo, já que pretende dar ao Poder Executivo, um papel significativo no que tange à solução do problema.

Nenhum pedido está direcionado ao Poder Legislativo, o que evidentemente não minimiza o potencial e a qualidade da petição apresentada, mas certamente, ficou faltando em nosso entendimento, algo voltado à atuação do poder legiferante. Talvez tenha sido de fato

esse o objetivo mesmo da petição, para marcar um distanciamento que se tenha visto como necessário em relação às atribuições do Poder Legislativo, poder cuja função típica é legislar. Além disso, os peticionários, e na linha do que é o objeto do ECI, podem ter se dado conta do fato de a legislação de execução das penas no Brasil ser bastante detalhada e compatível com os ditames constitucionais, o que por ora afastaria uma necessária participação do Legislativo, no sentido de elaborar leis para a solução do caso, já que estas já existem no ordenamento jurídico, e só precisam ser de fato efetivadas.

Assim, compreende-se perfeitamente a inexistência de pedidos direcionados ao Legislativo, embora se pudesse ter feito menção a este Poder em outras fases de cumprimento da decisão, em especial, na fase de monitoramento. Para ficar no exemplo das duas casas legislativas federais, é preciso dizer que ambas possuem diversos centros de estudos e análises, com *experts* por área de conhecimento, que poderiam contribuir muito com a elaboração do plano nacional, ou ainda como se disse, na fase de monitoramento da decisão.

Além de todos os pedidos acima relatados, há um dentre todos que chama atenção, sobretudo porque demonstra claramente como os peticionários compreenderam qual o sentido e a essência do estado de coisas inconstitucional. Cuida-se do pedido relativo ao monitoramento dos planos elaborados nos planos nacional, estadual e distrital, todos eles voltados para a superação do estado de coisas inconstitucional, monitoramento este que deve, segundo consta do pedido, ser feito de forma transparente e pública, e com ampla participação da sociedade civil, o que sem dúvida nenhum denota a dialogicidade, a qual os peticionários requeriam que fosse a postura da Corte Suprema brasileira.

Essa, no entanto, não nos parece ter sido a postura adotada pela corte, pelo menos até o momento, em sede de julgamento cautelar, o que consoante se demonstrará retrata um grande descompasso entre o que requerido pelos peticionários e o que até o momento foi a decisão e a postura adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, na análise da APDF nº 347.

Analisando a decisão do STF, observa-se que dentre os pedidos e as cautelares requeridas, apenas duas delas foram deferidas, quais sejam, a que determinou 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; e a que determinou à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade

para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Uma outra medida foi concedida de ofício, que foi a medida para determinar à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhassem ao Supremo Tribunal Federal, informações sobre a situação prisional de cada estado da Federação.

De acordo com Glezer e Machado, nenhuma dessas medidas determinadas pelo STF é de fato nova. Em relação às audiências de custódia, as mesmas já estavam sendo implementadas pelos tribunais de justiça estaduais e em relação às verbas do FUNPEN, essas sofreriam mais com a falta de uma política articulada de ações e projetos do que com o problema de contingenciamento propriamente dito<sup>737</sup>.

Além das poucas medidas cautelares que foram deferidas, os votos de alguns ministros, embora consoante afirmem Glezer e Machado, serem afirmações bem fortes<sup>738</sup>, demonstram o quão alguns ministros ainda estão presos a um modelo que vincula a ineficácia de um direito fundamental à inexistência do texto de lei e não à realidade concreta, que é o objeto do estado de coisas inconstitucional.

De fato a inovação restou apenas em relação ao estabelecimento de prazo de 90 (noventa) dias para a realização de audiências de custódia e à mobilização de verbas do FUNPEN, o que segundo os autores é para além de medidas laterais e já previstas em lei, muito pouco para a problemática vivenciada no sistema carcerário nacional<sup>739</sup>.

Exceto os votos do ministro-relator da ADPF, ministro Marco Aurélio, e dos ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, os demais ministros apresentaram em seus votos ponderações no sentido de indeferir medidas como as que requeriam que o STF determinasse a todos os juízes e tribunais que motivem o porquê adotaram ou mantiveram a prisão provisória e não foi possível aplicar medidas cautelares alternativas à prisão, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal; ou que a Corte determinasse aos juízes que passassem a considerar, de forma fundamentada e motivada nos autos, o quadro gravíssimo de violação aos direitos fundamentais, vivenciado na atualidade dentro das penitenciárias brasileiras, no momento em que determinem as medidas de execução de pena. Todas essas medidas não poderiam ser deferidas porque consoante anotou o ministro Teori

---

<sup>737</sup> GLEZER, Rubens; MACHADO, Eloísa. Decide, mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional. **JOTA**, Publicado em 9 de setembro de 2015, p. 5. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17311/Decide\\_mas\\_n%c3%a3o\\_muda\\_STF\\_e\\_o\\_Estado\\_de\\_Coisas\\_Inconstitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17311/Decide_mas_n%c3%a3o_muda_STF_e_o_Estado_de_Coisas_Inconstitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 10 jul. 2019.

<sup>738</sup> *Ibidem*.

<sup>739</sup> *Ibidem*.

Zawascki, e que foi seguido pela maioria do plenário<sup>740</sup>, determinações relacionadas com a atuação do juiz no que pertine à interpretação já estariam abarcadas ou previstas no sistema normativo, daí porque inadequadas. O ministro ainda salientou que o caos no sistema carcerário não parece decorrer propriamente da falta de motivação das decisões judiciais<sup>741</sup>.

Essas considerações não estão com a *devida venia* em consonância com o espírito do ECI. Consoante apontado pelo ministro Luiz Fux, o estado de coisas inconstitucional está sim associado à falta de motivação das decisões dos magistrados em relação às prisões, tanto é assim, que muitas vezes, o tribunal, através de suas turmas, tem reconhecido a ausência de fundamentação das decisões do juízo *a quo*. Para ele não se trata de não se declarar o ECI porque há previsão da lei sobre determinado ponto pedido, mas porque na prática, há um desrespeito ao que estabelecido na Constituição e nas leis<sup>742</sup>.

De fato, o ECI não se dirige a declarar a falta de norma, mas sim, a ausência de cumprimento, na prática, de norma que existe, mas não é dotada de eficácia no plano da realidade fática. Não é a ausência da norma que se declara inconstitucional. O que se declara incompatível com a Constituição é a existência de uma norma que não produz ou não atinge os efeitos que dela se espera.<sup>743</sup> Consoante aponta o ministro Fux “o fato de a lei dizer, de o Código de Processo Penal impor uma obrigação e de o juiz não cumprir reforça o estado de coisas inconstitucional”<sup>744</sup>.

Embora seja esse o objeto do ECI, não foi, consoante apontam Glezer e Machado, deferida nenhuma cautelar direcionada ao verdadeiro e crucial problema que é o do

<sup>740</sup> Esse o entendimento dos ministros Edson Fachin, Luis Barroso, Teori Zawascki, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Celso de Melo.

<sup>741</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF 347. ADPF nº 347. PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 de Setembro de 2015.p. 80. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 10 jul.2019.

<sup>742</sup> ADPF n 347, p. 113.

<sup>743</sup> Esse não é o entendimento de Lênio Streck para quem não se pode ter como objeto do controle de constitucionalidade a realidade empírica, mas somente as normas. Tem-se o receio de que haja uma banalização do ECI e que o Judiciário se veja como o poder ao qual caberá determinar ontologicamente aquilo que é ou não inconstitucional, isso dentro de um país sabidamente periférico. Para Streck o ECI da forma como foi construído como um dualismo entre norma e realidade, como se fosse possível separar as duas, desconsiderando-se que o problema da eficácia do direito não está mais nessa dicotomia entre norma e realidade. Para Streck o ECI da forma como foi construído como um dualismo entre norma e realidade, como se fosse possível separar as duas, desconsiderando-se que o problema da eficácia do direito não está mais nessa dicotomia entre norma e realidade. STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Revista Consultor Jurídico**, Publicado em 24 de outubro de 2015. Observatório Constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 20 jun. 2020.

Com a *devida venia*, este não é o entendimento adotado nesse texto, o qual defende a existência de uma clara discrepância entre o que é a realidade e o que posto na norma. Não à toa, entende-se perfeitamente plausível a classificação ontológica de Karl Loewenstein em relação às constituições.

<sup>744</sup> ADPF n 347, p. 116.



encarceramento em massa<sup>745</sup>. Nenhuma das medidas direcionadas aos juízes que foram requeridas na inicial foi deferida pelo STF, apesar da grande retórica dos ministros. Reconheceu-se que o Judiciário é parte do problema, mas não se reconheceu que deve ele fazer parte da solução desse problema. Perdeu o STF uma grande chance de julgar um grande precedente seu de direitos humanos. O tribunal pelo contrário, anulou os efeitos de sua decisão<sup>746</sup>, ao não ter dirigido nenhuma determinação por via de cautelar para a atuação dos juízes em relação às decisões de encarceramento<sup>747</sup>.

Ainda nesse contexto, é preciso ressaltar o voto do ministro Gilmar Mendes que trouxe uma abordagem um pouco diferente em relação aos demais ministros da corte, que reconheceram o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

Gilmar Mendes entendeu que não necessitaria declarar o ECI, bastando-se apenas reconhecer a omissão administrativa sistemática que já abarcaria a situação ora analisada. Para o ministro, trata-se de caso que desafia as próprias técnicas decisórias, e que se

---

<sup>745</sup> Esse também é o entendimento de Gabriel Marques e Amanda Lemos para quem ademais de a grande maioria das medidas terem sido dirigidas ao Poder Judiciário, tais medidas já estariam previstas na própria lei ou grande parte delas já estaria inclusive em curso, fato que acaba por demonstrar que houve um ataque apenas às consequências gravosas do sistema carcerário, e não efetivamente, às causas do problema em si. LEMOS, Amanda Lopes Espiñeira Nunes; CRUZ, Gabriel Marques Dias da. Análise do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e seu papel como instrumento de efetivação da política pública carcerária. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 3, p. 18-40, 2018, p. 29.

<sup>746</sup> Em relação aos efeitos da decisão do STF na cautelar na ADPF n 347, De Giorgi, Campilongo e Faria, entendem que o efeito da decisão do STF no caso da ADPF n 347 foi meramente simbólico, posto que foi capaz de demonstrar a ineficaz proteção dos direitos fundamentais daqueles que estão recolhidos nas penitenciárias. Para os autores, o ECI em vez de ser um meio para efetivar direitos fundamentais, pelo contrário, os ameaça, na medida em que desconsidera o fato de o Brasil ser um país onde há sem-teto, sem-saúde, sem-trabalho, e o Judiciário não tem meios, estrutura, capazes para solucionar tais mazelas por meio de sentenças judiciais. A adoção do ECI pode significar mais um entrave à eficácia da Constituição do que se imagina. Nesse sentido, e ao se adotar o ECI em relação a ele mesmo, pode-se constatar que se as coisas estão da forma como estão, de modo que a ordem jurídica é ineficaz e o acesso à justiça é inexistente, então há que se declarar a inconstitucionalidade da própria Constituição e dos tribunais que não garantem o acesso à justiça. DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. **Estadão**, Publicado em 19.09.2015. Opinião. Disponível em: <http://opinio.estadao.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional>. Disponível em: <https://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em 07 jul. 2020.

*Data venia*, considera-se que esse entendimento é muito extremado, de modo que parece estar com razão Rodrigo Rodríguez. Nesse sentido, entende-se apenas que é preciso ter cuidado para que o ECI não seja adotado em todos os casos, sob pena de se criar uma falsa ilusão de que as decisões judiciais seriam todas elas capazes de substituir a política e solucionar todas as mazelas sociais, de tal modo que a mera declaração do ECI teria o condão mágico de solucionar o problema. No entanto, essas temeridades não são capazes de afastar o aspecto positivo na adoção do ECI, especialmente no caso brasileiro, em que se vivencia um verdadeiro estado de coisas surreal no sistema penitenciário. RODRIGUEZ, José Rodrigo. Estado de coisas surreal. **JOTA**, Publicado em 25/09/2015. Opinião & Análise. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opinio-e-analise/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opinio-e-analise/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015). Acesso em 21 jun. 2020.

<sup>747</sup> GLEZER; MACHADO, op. cit., p. 5.

assemelha ao caso *Board vs Board of Education* de 1954, no sentido de que impõe a adoção de técnicas de caráter mais flexível. Saliou ainda a importância de se acompanhar o cumprimento das decisões que sejam tomadas no âmbito do STF sob pena de a decisão ser pouco significativa<sup>748</sup>.

Por fim, entendeu o ministro Gilmar Mendes, que independentemente da adoção ou não do estado de coisas inconstitucional, o tribunal deve dar andamento ao julgamento do feito, no que pertine ao reconhecimento de um estado de fato, que é a causa de pedir da ADPF<sup>749</sup>. Embora não tenha sido a tese vencedora, as ponderações do ministro Mendes indicam que ele não dá grande importância ao *nomen juris* que se deve dar à técnica a ser utilizada no caso dos presídios brasileiros, embora teça ponderações que se encaixam perfeitamente com um modelo de solução de litígios dito estrutural, cujo um dos exemplos mais notórios e mais desenvolvidos em todo o mundo é certamente a técnica do ECI<sup>750</sup>.

Ao fim e ao cabo, pode-se concluir que a decisão do STF está em total descompasso com a petição apresentada em sede da ADPF n 347, consoante se demonstrou. A recepção acrítica do ECI pela doutrina e pela jurisprudência, no sentido de desconsiderar uma necessidade premente de redesenho institucional, não apenas da forma como decide o STF, mas também do desenvolvimento de mecanismos de acompanhamento, monitoramento e maior participação na deliberação das decisões judiciais, acabou por esvaziar o ECI<sup>751</sup>.

A análise do caso brasileiro demonstra que não foi uma preocupação do STF essa abordagem dialógica, nem de monitoramento das decisões judiciais. A forma de deliberação do STF ainda se dá de forma monológica e mandamental, o que reflete uma postura excessivamente centralizadora na figura do STF, ao contrário do que tem sido a forma de decidir da CCC<sup>752</sup>.

Além disso, está em descompasso com a própria essência do ECI, como técnica dirigida a declarar não um texto como incompatível com a Constituição, mas a própria realidade das

---

<sup>748</sup> ADPF n 347, p. 133.

<sup>749</sup> Ibid., p. 137.

<sup>750</sup> De acordo com Ribas e Viera, em países do chamado “Sul Global”, a Corte Constitucional colombiana se mostra como um dos exemplos mais relevantes em relação a uma reoxigenação do debate constitucional, anteriormente consolidado em torno de teorias e arranjos forjados há mais de 200 anos, na busca do aperfeiçoamento de um novo modelo institucional que possa permitir uma implementação efetiva dos direitos fundamentais. VIERA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar(?), **JOTA**, Publicado em 05/10/2015. Opinião & Análise. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>. Acesso em: 26 fev. 2018.

<sup>751</sup> Ibidem.

<sup>752</sup> VIERA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar(?), **JOTA**, Publicado em 05/10/2015. Opinião & Análise. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>. Acesso em: 26 fev. 2018.

coisas, da forma como estão as coisas se desenrolando no mundo dos fatos. Infelizmente não parece ter sido essa a abordagem da maioria dos votos da Corte Suprema quando da análise e julgamento cautelar.

Ainda dá tempo, no entanto, de se colocar o estado de coisas inconstitucional em seu devido lugar. Em que pese essa postura do STF, ainda há tempo para se mudar esse quadro, dado que ainda se está a julgar cautelar e não o mérito da decisão<sup>753</sup>. Adota-se aqui o mesmo entendimento de Ribas e Viera para quem vale sim a pena apostar no ECI como experimentalismo judicial,<sup>754</sup> na medida em que o referido instituto pode sim contribuir para o fortalecimento da democracia deliberativa na *práxis* do sistema Justiça<sup>755</sup>.

### 5.2.2 O último movimento processual na ADPF n 347: O indeferimento de tutela provisória incidental requerida por *Amicus Curiae*<sup>756</sup>

Em relação ao último movimento processual digno de comentário em relação ao andamento da ADP n 347, cita-se aqui o requerimento de tutela provisória incidental pleiteada por *amicus curiae* -Instituto de Defesa Márcio Thomaz Bastos-IDDD- em 16 de Março de 2020, e que foi indeferido pelo STF sob o argumento de que o *amicus curiae* não tem legitimidade para pleitear esse tipo de medida, ainda mais no caso dos autos, no qual se verificou uma tentativa de ampliação do objeto da demanda, ainda que tenha afirmado o tribunal, se tratar de controle de constitucionalidade em abstrato, e nesses casos, a causa de

<sup>753</sup> VIERA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar(?), **JOTA**, Publicado em 05/10/2015. Opinião & Análise. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>. Acesso em: 26 fev. 2018

<sup>754</sup> Esse também é o entendimento de Rodrigo Rodriguez, segundo o qual, e em que pese ser cedo para verificar-se como se dará o julgamento de mérito por parte do STF, está claro que o ECI é uma inovação bem-vinda, no sentido de se apresentar uma nova forma de relacionamento e diálogo entre os poderes constituídos. RODRIGUEZ, José Rodrigo. Estado de coisas surreal. **JOTA**, Publicado em 25/09/2015. Opinião & Análise. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015). Acesso em 21 Jun. 2020.

<sup>755</sup> VIERA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar (?), **JOTA**, Publicado em 05/10/2015. Opinião & Análise. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>. Acesso em: 26 fev. 2018

<sup>756</sup> Há diversos outros movimentos processuais, inclusive, mais atuais do que esse sob o aspecto cronológico, mas todos eles relacionados com a decisão do ministro relator em se admitir o ingresso de outros *amicus curiae*, que em nosso entender não tem o mesmo impacto da negativa no referendo da tutela provisória incidental ora objeto de nossa análise. Para feito de conhecimento, houve pedidos de admissão e deferimento de *amicus curiae* do Instituto Anjos da Liberdade-IAL em decisão publicada em 29/04/2020 e da Pastoral Carcerária Nacional em decisão de 07/05/2020. Nessa mesma data de 07/05 foi indeferido pedido para ingresso na qualidade de *amicus curiae* do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania-ITTC.

pedir seja aberta. Os ministros referendaram a cautelar apenas na parte em que não se reconheceu legitimidade ativa *ad causam* do *amicus curiae*, e indeferiram no que tange à matéria de fundo<sup>757</sup>.

A medida cautelar pleiteada visava a proteção da saúde e da vida da população carcerária. Considerando o decreto da Organização Mundial de Saúde- OMS- que declarou a COVID-19<sup>758</sup> como pandemia, e, portanto, com extensão mundial, o autor do requerimento entendeu como provável a proliferação da doença infectocontagiosa nos ambientes prisionais brasileiros, ademais da pouca quantidade de médicos, leitos, enfermarias e unidades de terapias intensivas, o que aliado ao quadro de doenças como tuberculose e AIDS dentro dos presídios, e grande contato dos presos com o público externo, levaria a uma alta taxa de letalidade da população carcerária. Informou ainda a libertação provisória de presos no Irã como uma medida efetiva no que se refere ao combate à proliferação da COVID-19.

O relator da ADPF n 347, ministro Marco Aurélio, havia reconhecido a ilegitimidade ativa do *amicus curiae* para pleitear o que havia sido requerido, mas ainda assim deferiu algumas das cautelares requeridas, conclamando os juízes e os tribunais de justiça e regionais federais a analisarem com cautela a situação da população carcerária, no sentido de analisarem as seguintes medidas: a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, nos termos do artigo 1º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003; b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19; c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância; d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça; f) medidas alternativas a presos em flagrante, no caso do cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça; g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto.

---

<sup>757</sup> Tutela Provisória na Medida Cautelar na ADPF nº 347. Instituto de Defesa Márcio Thomaz Bastos-IDDD. Relator: Ministro Marco Aurélio. 16 de Março de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347decisao.Covid19.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

<sup>758</sup> Nome dado ao novo coronavírus que foi diagnosticado pela primeira vez no ano de 2019 na cidade chinesa de Wuhan e que se expandiu por todo o mundo, inclusive pelo Brasil, onde o vírus tem feito milhares de vítimas fatais.

O ministro Marco Aurélio então decidiu levar a sua decisão autelar para ser ou não referendada pelo plenário do STF, que entendeu não ser possível ampliar o objeto da demanda. Para a maioria dos ministros da corte, ainda que a causa de pedir no controle abstrato seja aberta, o pedido formulado na ADPF n 347 é específico, de modo que nele não consta nenhum item relacionado com o que se estava a pedir em sede de tutela provisória incidental, daí porque não foram deferidas as cautelares pleiteadas. Esse foi o entendimento do ministro Alexandre de Moraes, que prevaleceu como entendimento da maioria da corte, vencidos os ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes que deferiam as cautelares requeridas.

É preciso ressaltar que houve questionamento lançado pelo ministro Gilmar Mendes, se não seria o caso de o tribunal calibrar, ou melhor, dizendo, alterar para mais ou para menos, as cautelares que foram deferidas, justamente para dar conta de situações como a que estava em julgamento. O ministro lembrou que se estava a analisar caso de jurisdição constitucional objetiva, e não subjetiva, de modo que fosse essa última, aí sim o tribunal estaria muito mais vinculado aos pedidos das partes interessadas. Por outro lado, assentou que a Suprema Corte americana já havia determinado a redução do número de presos, tendo como pano de fundo questões de saúde, em sede de julgamento, inclusive, de natureza subjetiva<sup>759</sup>.

Em relação à questão da legitimidade ativa do *amicus curiae*, o ministro Gilmar entendeu que não seria um ponto tão importante no debate do caso, considerando-se a mistura ou mescla que tem havido entre institutos de processo objetivo com institutos de processo subjetivo, esse, aliás, o entendimento adotado no âmbito deste trabalho<sup>760</sup>.

### 5.3 ESBOÇO DE UM MODELO POSSÍVEL PARA A APLICAÇÃO DO ECI NO BRASIL

Qualquer esboço de modelo no qual seja possível reconhecer a aplicação do ECI no contexto brasileiro, e diga-se esboço, porque se entende que o desenho aqui apresentado é apenas uma centelha para que se possa refletir e se construir um modelo realmente aplicável, resultado de aprimoramentos e sugestões a serem incorporadas, ou até mesmo, a negação completa de toda a proposição aqui apresentada, deve afinal, primar pela valorização da ciência, a qual se constrói através da dialética de saberes.

---

<sup>759</sup> ADPF 347 TPI / DF, p. 45.

<sup>760</sup> *Ibidem*.

Assim, essa parte do texto compreenderá a apresentação de um esboço assim denominado de um modelo em que se julga possível a aplicação da técnica do estado de coisas inconstitucional em sede de controle difuso no Brasil. Para isso, entende-se pertinente trabalhar *ab initio* com a ideia de uma atenuação dos problemas elencados em torno do suposto ativismo judicial em que incorre juízes e tribunais ao declarar o estado de coisas inconstitucional. Propõe-se então, inicialmente, um modelo em que se possa no mínimo suavizar ou mesmo superar uma indevida interferência do Judiciário para além de suas competências típicas constitucionais, e, sobretudo, enfrentar as principais críticas quanto à postura ativista do Judiciário, em especial, no que se refere à ausência de legitimidade democrática e à falta de capacidade institucional deste poder em lidar com litígios estruturais.

Num segundo momento do debate, apresentar-se-ão quais ações ou mecanismos processuais seriam compatíveis com a aplicação do ECI em sede de controle difuso, consolidando nosso entendimento de que se mostram possíveis a recepção e aplicação do ECI, inclusive, sob o aspecto procedimental. Enfim, é o que se pretende demonstrar ao longo dessa derradeira parte.

### **5.3.1 Do ativismo judicial estrutural dialógico: Um modelo compatível com o ECI no Brasil**

#### 5.3.1.1 As origens do ativismo judicial

Curiosamente, a primeira vez em que foi utilizada a expressão “ativismo judicial” se deu em um texto escrito por alguém que não era advogado ou tinha qualquer vínculo com o mundo jurídico, ou fosse, em suma, um operador do Direito<sup>761</sup>. Coube assim a Arthur Schlesinger Jr. em texto publicado na revista *Fortune* de 1947, denominado “*The Supreme Court*”<sup>762</sup>, utilizar a expressão “ativismo judicial” pela primeira vez em um contexto que tinha como pano de fundo um debate sobre a intervenção do Poder Judiciário em relação às

---

<sup>761</sup> Esse aspecto é observado por Keenan Kmiec para quem se poderia esperar que o termo “ativismo judicial” aparecesse pela primeira vez em um voto dissidente de um respeitado juiz ou em um artigo de revisão legal, mas não foi isso que ocorreu. O primeiro uso do termo se deu em um artigo destinado ao público em geral, em uma revista popular, a *Fortune*, e foi escrito por alguém que não era advogado. KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1.441/1.477, 2004, pp. 1445-1446.

<sup>762</sup> SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35, n. 1, pp. 73-212, 1947.

medidas econômicas que estavam sendo adotadas pelo Poder Executivo Federal, no que ficou conhecido como *New Deal*<sup>763</sup>.

É preciso deixar claro que no ano de 1947, nenhum dos *justices* questionou diretamente a constitucionalidade do *New Deal*, sendo que o debate girou em torno do papel do Poder Judiciário em uma democracia, sobretudo, qual deveria ser o papel dos tribunais na promoção do bem-estar social. Entre os grupos que se formaram dentro da Suprema Corte, ficou claro que um desses grupos, representado pelos *justices* Black e Douglas, defendiam o papel do Poder Judiciário como um instrumento para alcançar os resultados sociais desejados, e outro, representado pelos *justices* Frankfurter e Jackson, que compreendiam que o papel do Poder Judiciário era o de ser um instrumento que contribuísse através de uma postura de auto-restrição, para que outros poderes alcançassem o bem-estar social<sup>764</sup>.

De acordo com Campos, neste texto, Schlesinger além de ter sido o primeiro a utilizar a expressão “ativismo judicial”, apresentou a lição de que quanto mais uma corte se coloca como uma instituição vital ao país e à sociedade, mais ela deve se sujeitar aos escrutínios e à análise crítica da sociedade sobre as motivações dos seus julgamentos, enfim, sobre tudo que possa ser o fator determinante para a tomada de decisões<sup>765</sup>.

Schlesinger defendeu a importância em se saber quais eram as questões sobre as quais os *justices* se dividiam ao decidir na Suprema Corte, argumentando que isso era fundamental dado que as decisões dos juízes poderiam impactar por muitos e muitos anos na vida da sociedade norte-americana<sup>766</sup>.

Analisando a composição da Suprema Corte dos EUA no ano de 1947, Schlesinger dividiu os *justices* da seguinte forma: a) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias, e que, portanto, apoiavam e decidiam a favor das minorias e das classes mais pobres, sendo exemplos os *justices* Black e Douglas; b) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das liberdades, sendo estes os *justices* Rutledge e Murphy; c) juízes campeões em auto-restrição<sup>767</sup>, sendo exemplos para o autor, os *justices* Frankfurter, Jackson e Burton; e

<sup>763</sup> O *New Deal* foi como ficou conhecido um conjunto amplo de medidas implementadas pelo governo Roosevelt entre os anos de 1933 e 1937, cujo objetivo era recuperar a economia norte-americana.

<sup>764</sup> KMIEC, op. cit., p. 1446.

<sup>765</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook. Edição do Kindle, posição 834.

<sup>766</sup> Ibid., Posição. 838.

<sup>767</sup> De acordo com Richard Posner, o conceito de auto-restrição judicial pode ser usado em, pelo menos, cinco diferentes sentidos: (1) Um juiz autocontrolado não permite que suas próprias visões políticas influenciem suas decisões. (2) Ele é cauteloso e hesitante em se intrometer em outros poderes. (3) Ele está atento às restrições políticas práticas sobre o exercício do poder judicial. (4) Suas decisões são influenciadas por uma

juízes que representavam o equilíbrio de forças (*balance of powers*), sendo exemplos o *Chef Justice* Fred Vinson e o *justice* Reed<sup>768</sup>.

Para Campos, a ideia embrionária de ativismo judicial, no entanto, é mais antiga do que essa análise de perfis dos *justices*, de tal forma que a ideia está atrelada a casos mais antigos e que fundaram a própria ideia de *judicial review*, tal como são os casos *Marbury vs Madison*, e outros como *Dred Scott vs Sandford*<sup>769</sup> e *Lochner vs New York*<sup>770</sup>, todos esses seriam exemplos do que se pode chamar de pré-história do ativismo judicial, e que deram realmente início ao ativismo judicial nos EUA<sup>771</sup>. Esse entendimento, consoante se demonstrará, está em consonância com uma ideia mais ampla de ativismo cujo entendimento é o de que qualquer intervenção judicial na esfera de atuação de outro poder, pode ser considerada ativismo.

Em relação ao primeiro caso judicial em que se faz menção ao “ativismo judicial”, Kimiec aponta para a decisão expedida pelo juiz Joseph C. Hutcheson Jr, no caso *Theriot vs Mercer*. Trata-se de caso no qual Wanda Mercer entra com uma ação judicial contra Paris Theriot, que teria supostamente atacado e matado o marido de Mercer com a utilização de seu carro. A única evidência para o cometimento do assassinato foi o fato de o corpo da vítima ter sido encontrado em uma estrada em que o carro do suposto assassino teria passado. Embora em primeira instância o júri tenha considerado o réu culpado, o juiz Hutcheson Jr. anulou a

---

preocupação para que a criação judicial promíscua de direitos não resulte em inundar os tribunais de litígios com os quais eles não poderão funcionar efetivamente. (5) Ele quer reduzir o poder de seu sistema judicial em relação ao de outros ramos do governo. POSNER, Richard A, The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, issue 1, pp. 1-24, 1983, p. 10.

<sup>768</sup> CAMPOS, op. cit., posição 838.

<sup>769</sup> Trata-se simplesmente do segundo caso em que a Suprema Corte dos EUA declarou a inconstitucionalidade de um ato do Legislativo Federal, pós a decisão em *Marbury vs Madison*. (1803). É certamente uma das piores, senão a pior decisão da história da Suprema Corte americana. Dred Scott era um negro que trabalhava para o cirurgião militar John Emerson no Estado do Missouri, estado este que admitia a escravidão. Ocorre que John fora prestar serviços nos estados de Illinois e Wisconsin, e levou Dred Scott junto. Nesses estados, a escravidão já não era mais admitida. Ademais, o Congresso norte-americano havia promulgado uma lei que baniu a escravidão no ano de 1850. Eis que, após algum tempo, Dred Scott retorna ao estado do Missouri onde decide então pleitear judicialmente a sua liberdade sob o fundamento de que uma vez livre, sempre livre (*once free, always free*), teoria que era amplamente adotada no estado do Missouri. No entanto, a Corte declarou em 1857 que a lei do Congresso que abolia a escravidão era inconstitucional ademais de também não ter admitido a ação pleiteada por Scott sob o pretexto de que o negro não pode ser considerado cidadão nos EUA, pois não integrava o povo norte-americano, e assim, Dred Scott carecia de legitimidade ativa para a ação, porque sequer era considerado cidadão. SOUTO, op. cit., p. 55.

<sup>770</sup> Trata-se de caso julgado pela Suprema Corte dos EUA no ano de 1905, em que um dono de uma padaria, o senhor Joseph Lochner ingressa com ação porque fora multado em \$ 50,00 (cinquenta) dólares após descumprir uma lei do Estado de Nova York, e onde ficava a sua padaria, lei essa que determinava uma carga horária de trabalho total de 10 horas diárias e 60 horas semanais para os padeiros. Chegada a ação à Suprema Corte, esta decidiu que não havia justificativa que autorizasse o estado de Nova York a regular a relação entre os padeiros e os proprietários de padarias porque não havia qualquer prova ou relação negativa entre a carga horária laborada e a qualidade de saúde dos trabalhadores. Para mais informações, ver: *Lochner v. New York*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/198/45>. Acesso em: 01 de jul. 2020.

<sup>771</sup> CAMPOS, op. cit., posição 941.



decisão, e ao fazê-la, anotou em nota de rodapé uma crítica à postura de três *justices* da Suprema Corte (Black, Douglas e Murphy), acusando-os de fazerem ativismo judicial ao quererem alterar marcos legais antigos no caso *Galloway vs United States*<sup>772</sup>. Conquanto tenha feito essa crítica, não há, consoante anotou Kmiec, nenhuma construção mais substancial por parte de Hutcheson Jr. sobre o que seria para ele ativismo judicial<sup>773</sup>.

Esse, aliás, parece ser um dos problemas mais acentuados e em verdade pouco debatidos quanto ao ativismo judicial, que é a sua imprecisão quanto ao seu efetivo conceito, tema que será debatido no próximo tópico desse texto.

### 5.3.1.2 A indefinição conceitual

Consoante fora dito, um dos principais problemas em relação ao ativismo judicial diz respeito a sua indefinição conceitual, ou até mais grave em alguns casos, a ausência mesmo de qualquer definição conceitual em algumas assertivas direcionadas aos tribunais, que sofrem acusações de terem agido de forma ativista. Nessa parte do texto, buscar-se-á refletir sobre esse ponto pouco debatido acerca do ativismo judicial, e demonstrar o quão pode ser facilmente manejada a concepção de ativismo judicial, sobretudo, por grupos de interesse que ora desejam fazer valer as suas agendas de interesse, ora objetivam descaracterizar a atuação dos tribunais, por estes atuarem em descompasso com as suas agendas de poder.

De acordo com Frank Easterbrook, o conceito de ativismo judicial parece ser muito seletivo e dinâmico. Para o autor, o ativismo judicial começou como uma antítese de restrição

---

<sup>772</sup> Trata-se de célebre caso julgado pela Suprema Corte dos EUA no ano de 1943, cujo pano de fundo é uma ação que fora movida por um veterano de guerra contra o governo dos EUA, no qual ele alegava que estava incapacitado mentalmente em razão de serviços militares que o mesmo havia prestado à Marinha e ao Exército entre os anos de 1919, quando se alistou, até o ano de 1922, quando se encerrou o seu serviço militar. O veterano de guerra Galloway havia pago um seguro por invalidez até o ano de 1919 e buscava justamente comprovar que a sua incapacidade havia surgido ainda dentro do período de pagamento do seguro. Tanto em primeira quanto na segunda instância, os tribunais aceitaram a moção do Governo dos EUA para que houvesse um veredicto direto, uma decisão na qual o juiz declara que não há provas suficientes para prosseguir com um julgamento pelo júri, em razão de as provas serem insuficientes, de tal modo que tais evidências não levariam a um júri decidir de modo diferente do que um juiz decidiria o caso.. Chegada a ação à Suprema Corte, esta decidiu que o veredicto direto não violava o que disposto na Sétima Emenda, quanto ao direito de todo cidadão americano ao júri, porque as provas que haviam sido por ele trazidas aos autos eram muito vagas e insuficientes para isso. Discordaram da maioria, apenas os *justices* Black, Douglas e Murphy, que defenderam que um novo julgamento deveria ser realizado. Para melhor compreensão do caso, ver: *Galloway v. United States*. Disponível em: <https://study.com/academy/lesson/galloway-v-united-states-summary.html>. Acesso em: 21 jul. 2020.

<sup>773</sup> KMIEC, op. cit., p. 1456.

judicial, a qual também se trata de um conceito difícil de definir. No entanto, Easterbrook parece convencido de que quando os liberais desejam chegar até a Suprema Corte, os conservadores defendem uma atuação mais restritiva do tribunal e o acusam de ativista se ele aceita a pauta dos liberais. Por outro lado, quando os conservadores desejam fazer valer a sua agenda no âmbito da Suprema Corte, os mesmos liberais, que antes defendiam uma postura ativista do tribunal, são os mesmos a defenderem que o tribunal tenha uma postura restritiva em relação à pauta apresentada pelos conservadores<sup>774</sup>.

De acordo com Campos, a história do ativismo judicial nos EUA é marcada por um duelo político e ideológico entre liberais e conservadores pela alma da Suprema Corte. As concepções morais e ideológicas dos juízes os influenciam em relação aos seus votos em casos considerados difíceis, nos quais não há uma resposta única para a solução do caso. Em razão disso, os partidos políticos se interessam em saber sobre o perfil dos *justices*, e nesse sentido, fazer avançar as suas agendas por meio de nomeações (Presidente) e confirmação (Senado) de nomes para a Suprema Corte.<sup>775</sup>

Nesse sentido, assim se manifesta o autor:

A consequência disso é o eterno embate ideológico e também partidário em torno de decisões judiciais cruciais: conservadores, de um lado, liberais de outro. O Partido Republicano, normalmente, do lado conservador, e o Democrata, do liberal. No meio, a “melhor” ou “mais adequada” composição da Suprema Corte<sup>776</sup>. (tradução nossa)

A constatação de Easterbrook é interessante porque demonstra o quanto o termo ativismo tem sido utilizado por grupos de interesse quando estes querem definir algo que eles não consideram como algo positivo dentro da lógica de seus interesses. Para Campos, os liberais e os conservadores divergem em diversos pontos ou temas de importância, tais como sobre o papel do Estado na economia, sobre aborto, pena de morte, financiamentos eleitorais, no entanto, essas controvérsias revelam um ponto em comum: o fato de conservadores e liberais estarem igualmente dispostos a se utilizar do ativismo judicial para fazer avançar as pautas que são de seu interesse e estarem igualmente dispostos a criticarem a atuação dos

---

<sup>774</sup> EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism? **Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1.401/ 1.416, 2002, p. 1401.

<sup>775</sup> CAMPOS, op. cit., posição 1161-1165.

<sup>776</sup> Ibid., posição 1165.

juízes quando estes colocam em pauta, questões contrárias a sua agenda<sup>777</sup>. Consoante aponta Easterbrook, ativismo se torna, assim, uma expressão que representa uma coisa ruim, algo que os juízes não devem fazer, e a postura restritiva se torna, ao contrário, algo que é bom, que os juízes devem fazer<sup>778</sup>.

Randy Barnett também já apontou para esse problema, mas sob um prisma um pouco diferente. Para ele o ativismo judicial é, para além dessa leitura de Easterbrook, uma daquelas palavras ou expressões do direito que se tornaram verdadeiros “clichês constitucionais”, tais como revisão judicial e autocontenção judicial<sup>779</sup>.

Fica claro então que o termo “ativismo judicial” na maioria das vezes em que utilizado, se não adota a premissa de uma concepção lógica e pragmática, se torna uma expressão banal, desprovida de qualquer substância, que é justamente o conceito de clichê, consoante apontado por Barnett<sup>780</sup>. Easterbrook também chega à mesma conclusão, embora não tenha utilizado a acertada expressão “clichê constitucional”. Para o autor, o termo ativismo se torna assim um termo vazio, uma máscara para se dizer que há uma crítica substancial nas opiniões de quem aponta a postura ativista, mas que não passa de uma máscara<sup>781</sup>.

Conquanto tenha se tornado uma expressão cada vez mais utilizada, é curioso o quanto o conceito de ativismo judicial se tornou algo cada vez mais incerto de definir, muito em razão do fato de o ativismo ser definido de formas díspares e até mesmo, contraditórias, agravado o problema ainda mais pela postura de juízes e operadores do direito que até reconhecem esse fato, mas continuam insistindo nessa indefinição. Talvez porque todos queiram conforme afirma Kmiec se utilizar da mesma linguagem para falarem um ao outro, mas para transmitir conceitos muito diferentes<sup>782</sup>. Para Barnett soa atraente dizer que uma determinada postura de um juiz ou tribunal é ativista, porque isso necessariamente faz com que o comentador não tenha de realizar um estudo aprofundado acerca da correção da decisão tomada pelo tribunal<sup>783</sup>.

---

<sup>777</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook. Edição do Kindle, posição 1170.

<sup>778</sup> Ibidem.

<sup>779</sup> BARNETT, Randy. Constitutional Clichés. **Capital University Law Review**, vol. 36, n. 3, p. 493/510, 2008, p. 493.

<sup>780</sup> Ibidem.

<sup>781</sup> EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism? **Colorado Law Review**, v. 73, n 4, p. 1.401/ 1.416, 2002, p. 1401.

<sup>782</sup> KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1.441/1.477, 2004, p. 1443.

<sup>783</sup> BARNETT, Randy. Constitutional Clichés. **Capital University Law Review**, vol. 36, n. 3, p. 493/510, 2008, p. 496.

Para dizer se uma decisão é ou não ativista, o comentador deve levar em conta um determinado método de interpretação constitucional, e utilizando-se dele, identificar se uma determinada decisão é ou não ativista<sup>784</sup>. Com a utilização do termo “ativismo judicial”, essa necessidade de construção mais aprofundada na argumentação simplesmente se esvai.

Além disso, ao decidir utilizar a expressão e colocar a pecha de ser a decisão analisada um “ativismo judicial”, o comentador faz ressoar a sua opinião de uma forma mais fácil num público popular, evitando-se que tenha de realizar a difícil tarefa de explicar exatamente porque uma decisão específica estava incorreta<sup>785</sup>.

Indo mais além, Barnett afirma que a ausência de uma crítica substancial, ou seja, que adentre na análise da correção ou incorreção de uma decisão específica, sob parâmetros objetivos e específicos de interpretação, pode ter o efeito de minar a legitimidade do Poder Judiciário independente, cujo papel é o de colocar os dispositivos da Constituição a salvo de qualquer contrariedade legal, o que pode ser, de fato, o interesse de alguns<sup>786</sup>.

Entende-se que essas observações acerca da indefinição do conceito de ativismo, sobretudo, as razões que estão por detrás da indefinição são um ponto fundamental que merece ser refletido dentro de todo o contexto de debates que se tem travado sobre o ativismo judicial, para que não se caia em um clichê constitucional, que em verdade, seja um artifício de linguagem para impor agendas e interesses obscuros.

### 5.3.1.3 Definições de ativismo judicial

Ainda que não seja possível, em nossa opinião, uma definição que seja considerada como imune a críticas, principalmente quando se está defronte a termos tão abrangentes como é o caso da expressão “ativismo judicial”, buscar-se-á nesta parte do texto apresentar as principais definições do termo, e ao final, adotar a que se entende mais “adequada”, já demarcada a visão de que a concepção mesma do termo não pode ser monolítica nem descontextualizada. O que de fato se repete aqui é a definição estática do termo, principalmente se adotada de forma apriorística e alienada do contexto fático em que se apresenta.

---

<sup>784</sup> Ibid., p. 495.

<sup>785</sup> Ibid., p. 497.

<sup>786</sup> Ibid., p. 496.

De início, pode se dizer que o ativismo, sob um aspecto bastante amplo, mas que não é o adotado nesse texto, pode ser compreendido como qualquer intervenção judicial na área de atuação de outro ramo ou poder. Nesse sentido, toda e qualquer revisão judicial, porque incidente sobre uma lei que foi legislada ou sobre ato produzido por outro poder, pode ser considerada como ativismo judicial. Greg Jones anota que em um nível mais amplo, toda e qualquer invalidação de lei que tenha sido promulgada pode ser considerada como ativismo judicial porque impõe uma solução judicial a uma questão anterior que estava sujeita a uma resolução de caráter político<sup>787</sup>.

Sobre essa questão, Kmiec afirma, com razão, que o simples exercício da revisão judicial não pode significar que o tribunal agiu em ativismo judicial. De acordo com o autor basta pensar numa situação em que o Congresso americano editasse uma lei que estabelecesse uma religião oficial, de modo que a Suprema Corte revogasse a lei por entendê-la inconstitucional. Nesse caso, entende o autor, ninguém consideraria que a decisão do Judiciário foi ativista<sup>788</sup>, daí porque não se pode compreender que o simples fato de um tribunal revogar uma lei, ainda que promulgada por representantes do povo, represente por si só, uma conduta ativista do Judiciário.

Elival da Silva Ramos também adota posicionamento semelhante, com alguma diferenciação apenas sobre o motivo de não se poder considerar que a revisão judicial é sinônimo de ativismo judicial, em especial no caso brasileiro. Para o autor, ao se falar em ativismo judicial, logo se pensa em uma ultrapassagem das linhas demarcatórias de atuação por parte dos juízes e tribunais em detrimento do Poder Legislativo. No entanto, não se pode expressar o ativismo judicial apenas como que fosse uma atuação legiferante por parte dos juízes, até porque em certos casos, a própria Constituição permite essa atuação<sup>789</sup>.

Em nossa opinião, a visão de Elival Ramos bem demonstra o quão dinâmico e vinculado às circunstâncias devem ser interpretadas as condutas dos tribunais para só então se chegar à conclusão de estar ou não os juízes e tribunais no exercício de ativismo judicial. Ademais, a visão do autor é totalmente consentânea com uma das diretrizes que devem balizar a concepção de ativismo, que é aquela segundo a qual não se pode considerar que o ativismo seja legítimo ou ilegítimo, sem considerar os desenhos institucionais, pois veja, no Brasil, há diversas disposições constitucionais que permitem a intervenção legítima e democrática de

---

<sup>787</sup> JONES, Greg. Proper Judicial Activism. *Regent University Law Review*, v. 14, p.141-179, 2002, p. 143.

<sup>788</sup> KMIEC, op. cit., p. 1464.

<sup>789</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2015. Ebook. Edição do Kindle, posição 1701-1707.

um poder sobre o outro, sendo essa mais uma razão para se afastar de vez uma concepção em nível tão amplo quanto a que entende serem sinônimos revisão judicial e ativismo judicial. Consoante aponta Randy Barnett, o ativismo judicial deve ser compreendido como um desvio da Constituição, independentemente se se está a revogar uma lei que foi promulgada pelo Legislativo<sup>790</sup>.

Antes de continuar a expor quais são as demais definições mais recorrentes sobre ativismo judicial, é preciso ressaltar a diferente abordagem adotada por Greg Jones sobre esse ponto da discussão. Jones entende que há um “ativismo judicial adequado”. Para o autor, o ativismo judicial adequado seria aquele em que a Suprema Corte dos EUA se concentrasse na preservação das estruturas básicas da Constituição<sup>791</sup>. Essas estruturas não são, pelo menos em termos gerais, difíceis de descobrir, podendo-se elencar o federalismo, a separação de poderes, o bicameralismo, a representação política, o Judiciário como poder independente e a revisão judicial<sup>792</sup>.

De acordo com Jones, ainda que o tribunal derrube uma lei que foi promulgada pelo Legislativo, caso venha esse tribunal a adotar o ativismo judicial adequado, isso significa que o tribunal enfatizará a restrição. A revisão judicial, assim, manterá como atores principais em relação às políticas públicas, os poderes Executivo e Legislativo, cabendo ao Judiciário exercer o veto judicial apenas quando um dos ramos do poder for além dos poderes que lhes foram concedidos pela Constituição, ou então, entrar em conflito com algum dispositivo constitucional<sup>793</sup>. Por outro lado, o ativismo judicial impróprio é aquele que almeja solucionar os problemas de injustiça mediante a adoção de argumentos que não são oriundos da Constituição, exigindo-se muito mais da revisão judicial<sup>794</sup>. A vinculação dos tribunais às estruturas básicas da Constituição fará com que eles não percam a sua legitimidade, e fará com que eles se concentrem, de fato, no seu papel mais vital, atribuído constitucionalmente a eles<sup>795</sup>.

Voltando às concepções mais corriqueiras, outra concepção que se tem de ativismo judicial é a de que juízes agem em ativismo quando desconsideram precedentes firmados, no entanto, há nessa afirmação uma série de observações que precisam ser feitas. Uma delas diz

---

<sup>790</sup> BARNETT, Randy. Constitutional Clichés. **Capital University Law Review**, vol. 36, n. 3, p. 493/510, 2008, p. 509.

<sup>791</sup> JONES. op. cit., p. 141.

<sup>792</sup> Ibid., p. 142.

<sup>793</sup> Ibid., p. 144.

<sup>794</sup> Ibid., p. 145.

<sup>795</sup> JONES, Greg. Proper Judicial Activism. **Regent University Law Review**, v. 14, p.141-179, 2002, p. 179.

respeito ao tipo de precedente, se vertical ou horizontal. Sendo vertical, avalia-se de uma forma até mais clara que a desconsideração por um juízo inferior de uma regra clara definida pela Suprema Corte em sede de um precedente obrigatório, o que pode sim ser considerado como um ativismo judicial. A constatação desse mesmo ativismo fica um pouco mais complexa, ao se analisar os chamados precedentes verticais, isso porque estes vinculam o próprio tribunal que os emitiu, mas também é notório que não apenas pode, mas deve o tribunal superar um precedente seu, caso se verifique, por exemplo, que o precedente anterior se deu a partir de interpretação errônea da Constituição<sup>796</sup>.

Ademais, as considerações acerca de um tribunal estar ou não agindo em ativismo judicial deve fazer diferenciação quanto a outra classificação em relação aos precedentes, já que estes podem ser precedentes constitucionais, estatutários e de direito comum. De acordo com Kmiec, os tribunais tratam diferentes tipos de lei de forma diferente. Assim, a Suprema Corte dos EUA, muitas vezes, está de acordo com as alterações em relação aos precedentes de direito comum, porque no entendimento da corte, os tribunais inferiores estão em uma posição de melhor conhecimento para mudar a compreensão da lei. Por outro lado, os tribunais estaduais inferiores também compreendem o papel da corte suprema como guardião da Constituição e sempre se mostram dispostos a ajudá-la<sup>797</sup>.

De outro lado, os precedentes constitucionais são mais difíceis de serem modificados, dado que a própria Constituição é muito mais difícil de ser alterada, e dado ainda que cabe à Corte Suprema como única competente, alterar os entendimentos obsoletos acerca dos sentidos da Constituição. Em relação aos precedentes estatutários, como a interpretação dos tribunais em relação aos estatutos passa a integrar o próprio estatuto, a revogação do precedente passa a ser como se fosse uma revogação da própria lei, o que seria uma competência do legislador<sup>798</sup>.

Outra forma de ativismo se dá quando os juízes são acusados de legislar. De acordo com Kmiec, o problema, muitas vezes, é que a intervenção judicial considerada ativista nem sempre produz resultados ruins e até mesmo é considerada aceitável por grande parte da sociedade, consoante fora o caso de diversas decisões da Corte Warren<sup>799</sup>, que embora tenha

---

<sup>796</sup> KMIEC, op. cit., pp. 1466-1469.

<sup>797</sup> Ibid., p. 1469.

<sup>798</sup> Ibidem.

<sup>799</sup> Nos EUA, é tradição que se rotule a Corte de acordo com o nome de quem está à frente como *Chef Justice* da Corte (Presidente). Assim são exemplos, a Corte Burger, a Corte Vinson, a Corte Warren, dentre outras. No caso da Corte Warren, presidida pelo *Chef Justice* Earl Warren, no período que vai de 1953 a 1969, a corte se

sido acusada de ativista, teve diversas decisões consideradas aceitáveis. O problema é a confusão que se faz entre o fato de uma decisão que é ativista ser considerada aprioristicamente ruim. O fato de uma decisão ser boa ou ruim, na verdade, perpassa por uma análise totalmente diversa da que a aponta como ativista ou não e vice-versa<sup>800</sup>.

Também se tem acusado de ativismo judicial a utilização de métodos de interpretação constitucional que auxiliam na tomada de decisão. Consoante aponta Kmiec, é concebível que uma justiça mais pragmática considere que uma decisão tomada sem um apoio cuidadoso em métodos de interpretação constitucional seja considerada ativista. No entanto, é preciso deixar claro que embora existam espaços de consenso sobre determinados pontos relacionados com métodos de interpretação, não existe consenso sobre o método mais adequado de interpretar a Constituição, de tal modo que sempre permanecerá hígida a acusação de ativismo judicial por essa ausência de consenso sobre os métodos de interpretação<sup>801</sup>.

Por fim, fala-se que uma decisão é um ativismo judicial quando o julgamento ou a decisão emitidos estão orientados a um determinado resultado e ou acaba se desviando da linha de base que conduziria ao resultado esperado, ou simplesmente, houve um motivo oculto que determinou de que forma o juiz expediu a sua decisão. No entanto, raramente há evidências de que uma decisão foi tomada por motivos ocultos. Ademais, parece ser muito difícil construir uma referência consensual para a partir dela se estabelecer o quão distante um juiz ativista pode ter se distanciado ou não da decisão “correta”<sup>802</sup>.

Segue-se a linha de pensamento adotada por Kmiec para o qual, a definição de ativismo judicial não é monolítica. Consoante é o entendimento de Campos, a concepção de ativismo judicial deve estar vinculada a cinco diretrizes: 1) o ativismo judicial é uma questão de postura expansiva de poder político-normativo dos juízes e não de correção de mérito; 2) o ativismo judicial não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo; 3) o ativismo judicial deve ser visto como algo dinâmico, cuja validade e identificação devem ser avaliadas a partir do contexto; 4) há uma pluralidade de variáveis do contexto que limitam, moldam e ou favorecem o ativismo judicial; 5) o ativismo judicial tem estrutura adjudicatória multidimensional<sup>803</sup>.

---

notabilizou pela postura ativista de suas decisões, dentre as quais o caso *Brown vs Board Of Education of Topeka* (1954), também já citado neste texto.

<sup>800</sup> KMIEC, op. cit., p. 1473.

<sup>801</sup> Ibid., p. 1474.

<sup>802</sup> Ibid, p. 1476.

<sup>803</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook. Edição do Kindle, posição 4294-4298.



Tal como Campos, entende-se que o conceito mais adequado de ativismo judicial é aquele definido como o exercício expansivo, que não é necessariamente ilegítimo, dos poderes político-normativos dos juízes e cortes em face dos demais entes e atores políticos, e que a) deve ser identificado e avaliado segundo o desenho institucional estabelecido pela Constituição e pelas leis da localidade; b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, dentro de diferentes contextos; c) se manifesta por meio de múltiplas formas e dimensões de práticas decisórias<sup>804</sup>.

#### 5.3.1.4 Sobre o modelo de ativismo judicial mais adequado para a aplicação do ECI no Brasil

Consoante nos afirma Campos, está mais do que claro que o reconhecimento do ECI é um típico exemplo de ativismo judicial. Isso, no entanto, não significa pelo menos aprioristicamente, que se trate de uma postura ilegítima por parte dos juízes e tribunais. O ativismo, consoante já visto, é multifacetado e a sua legitimidade ou não deve ser analisada dentro do contexto. Essa análise deve ser precedida de uma definição do que é ativismo, ponto este já debatido em tópico anterior, e da categorização do ECI como ativismo judicial estrutural<sup>805</sup>.

Sobre o chamado ativismo estrutural, ele se define por aquele no qual o juiz não crê existirem espaços imunes a sua interferência por serem temas relacionados a políticas públicas ou em razão da ausência de capacidade institucional do Poder Judiciário. Assim, todas as ações e omissões dos poderes públicos estão sujeitas ao controle da legitimidade constitucional. Esse é o tipo de ativismo que se nota em sede de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Consoante aponta Campos, ao interferir em questões relacionadas com políticas públicas, o juiz acaba por interferir em esferas de atuação que são próprias dos poderes Executivo e Legislativo<sup>806</sup>.

Na verdade, a questão do ativismo judicial sempre envolveu a discussão acerca do papel do Poder Judiciário, em especial, em relação a sua legitimidade para invalidar atos de outros poderes, com especial atenção para os atos que fossem produzidos pelo Legislativo. Pode-se

---

<sup>804</sup> Ibid., posição 4298.

<sup>805</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 219-220.

<sup>806</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 224.

dizer que sempre houve uma tensão entre o constitucionalismo e a revisão judicial. Já fora dito em tópicos anteriores o quanto se preocupava Alexander Bickel com o modelo do *judicial review of legislation*, no qual juízes não eleitos pelo povo detém a capacidade de invalidar leis promulgadas pelos verdadeiros representantes do povo<sup>807</sup>. Esse é um debate que se arrasta no cenário acadêmico e jurisprudencial, e que parece estar longe de chegar a um consenso. Discute-se desde a legitimidade democrática do *judicial review*, bem como a ideia de supremacia judicial como algo que surgiu de forma concomitante e ou desvinculado do que se pretendia ter como desenho para o *judicial review*.

Diante desse quadro de debate acirrado que envolveu ainda outras objeções, tais como o fato de o Judiciário não ter capacidade institucional para lidar com problemas para os quais não foi criado, é que levou muitos autores e ordenamentos jurídicos a desenvolverem os seus próprios arquétipos, a partir de premissas teóricas que defendiam desde a negação mesma da ideia de revisão judicial até um modelo que fosse capaz de atenuar a tensão permanente entre democracia e constitucionalismo. Surgiram assim, as chamadas teorias do diálogo institucional, cuja uma das finalidades, dentre outras, foi a de tentar atenuar essa tensão existente. Consoante nos informa Christine Bateup, ao longo dos últimos anos, as teorias do diálogo institucional proliferaram porque muitos viram nelas um grande potencial de resolver as questões da legitimidade democrática, associadas à revisão judicial<sup>808</sup>.

De acordo com Mark Tushnet a chamada revisão judicial dialógica surgiu com a Carta Canadense de 1982. A revisão dialógica está estabelecida em duas disposições, uma de natureza substancial e outra de natureza procedimental. A primeira está estabelecida em uma cláusula geral de limitação aplicável a todos os direitos fundamentais. Tais direitos estão sujeitos a restrições determinadas por lei, em nome de uma sociedade livre e democrática. Já a disposição procedimental está estabelecida pela cláusula do “apesar da anulação” ou *notwithstanding clause* da seção n 33. Através dessa cláusula, o Legislativo poderá manter válida uma lei, ainda que os tribunais a tenha considerado incompatível com a Constituição<sup>809</sup>.

Para Tushnet, a revisão judicial dialógica implica uma possibilidade interessante de modificação na revisão judicial. O objetivo da revisão judicial dialógica, ao contrário de almejar uma revisão judicial em uma forma forte, é estimular diálogos entre os ramos do

---

<sup>807</sup> BICKEL, op. cit., p. 19 e ss.

<sup>808</sup> BATEUP, Christine, The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, issue 3, n. 1, p. 1109-1180, 2006, p. 1109.

<sup>809</sup> TUSHNET, Mark. Revisión Judicial Dialógica. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, n. 2, pp. 1-10, Diciembre de 2013, p. 3.

governo sobre qual interpretação das normas constitucionais é a correta<sup>810</sup>. Um exemplo que se poderia ter de uma interação dialógica é o Legislativo promulgar uma lei, que posteriormente é declarada inconstitucional pela Suprema Corte. A resposta do Legislativo pode se dar de várias maneiras, entre elas, o Legislativo pode entender que a Suprema Corte se concentrou em uma questão constitucional que o Legislativo havia ignorado, e assim, concordar com a decisão do tribunal, modificando a lei, de modo a torná-la compatível com a Constituição. Outra maneira de resposta do Legislativo poderia ser ele considerar que a lei é constitucional e não modificá-la, de modo que nesse caso, há que se ter algum mecanismo para que o Legislativo possa manter a lei válida tal como estabelecido na seção n 33 da Carta Canadense<sup>811</sup>.

De acordo com Sérgio Antônio Ferreira Vitor, ao aprovar a Carta de Direitos de 1982, os canadenses passaram a contar com o controle judicial de constitucionalidade. No entanto, o medo de contar com um modelo baseado na ideia de supremacia judicial, bem como a preocupação com a dificuldade contramajoritária fizeram com que os canadenses adotassem um modelo próprio e compatível com a história institucional do país, fugindo da cópia do *judicial review* americano, que poderia ter sido uma cópia natural, dada a proximidade entre as duas nações<sup>812</sup>.

Conforme nos indica Christine Bateup, as teorias dialógicas enfatizam que o Judiciário não faz nem deve ter o monopólio acerca dos sentidos da Constituição. Em vez desse monopólio, os juízes, ao fazerem a revisão judicial, devem se envolver em uma conversa interconectada com os demais poderes sobre os sentidos da Constituição, de modo que os julgamentos constitucionais devem ser o resultado de um processo de elaboração compartilhada entre o Poder Judiciário e os atores dos demais poderes<sup>813</sup>.

Isso significa que não deve o juiz ter a última palavra sobre o que de fato significam os dispositivos constitucionais, ou pelo menos, não tem exclusividade sobre a interpretação constitucional, de modo que essa interpretação deve ser o resultado de variadas óticas compartilhadas e debatidas por atores dos mais variados setores dos poderes constituídos e da sociedade civil.

---

<sup>810</sup> Ibidem.

<sup>811</sup> Ibidem.

<sup>812</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: Debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Editora Saraiva. (Série IDP), 2015, p. 189.

<sup>813</sup> BATEUP, Christine, The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, issue 3, n. 1, p. 1109-1180, 2006, p. 1109.

Essas teorias têm o potencial de resolver as preocupações com a dificuldade contramajoritária, já que reconhecem a necessária participação de atores não oriundos do Judiciário na construção dos sentidos da Constituição<sup>814</sup>.

Essas teorias também desembarcaram em outras partes do mundo e não apenas se limitaram ao Canadá ou aos EUA. Aliás, elas se expandiram até mais fora dos EUA do que lá. São diversos os exemplos daquilo que poderia se categorizar como um modelo dialógico de revisão judicial, alguns inclusive já detalhadamente debatidos neste texto, consoante os casos da Índia e da África do Sul.

Sobre a Colômbia, tem-se o caso da sentença T-025, que também já fora objeto de detalhamento neste trabalho, e que de fato demarca muito bem o quão a CCC aplicou uma dimensão dialógica do ativismo judicial nesse julgamento. Consoante nos informa Garavito, essa dialogicidade, aliás, fora um dos diferenciais da sentença T-025 e o que consequentemente foi capaz de gerar efeitos ainda que indiretos e positivos para a situação dos deslocados.

Para o autor colombiano, enquanto nos julgamentos monológicos, os tribunais acabam por expedir ordens muito detalhadas, precisas e orientadas a resultados, nos “julgamentos dialógicos tendem a delinear procedimentos e objetivos gerais e, de acordo com o princípio da separação de poderes, atribuir aos órgãos do governo o ônus de projetar e implementar políticas”<sup>815</sup>.

Sobre as vantagens das decisões expedidas sob uma dimensão de ativismo dialógico, assim se manifesta Garavito:

As decisões dialógicas tendem a abrir um processo de monitoramento que incentiva a discussão de alternativas políticas para resolver o problema estrutural detectado na decisão. Diferentemente dos procedimentos judiciais monológicos, as minúcias das políticas surgem durante o curso do processo de monitoramento, não no próprio julgamento. Os tribunais dialógicos frequentemente emitem novas decisões à luz dos avanços e contratempos no processo e incentivam a discussão entre atores no caso por meio de audiências públicas deliberativas. O diálogo constitucional envolve um espectro mais amplo de partes interessadas no processo de monitoramento. Além dos órgãos judiciais e estaduais diretamente afetados pelo julgamento, a implementação envolve vítimas cujos direitos foram violados,

---

<sup>814</sup> Ibid., p. 1118.

<sup>815</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez. **Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America**, pp. 1669-1680, 2011, pp. 1690-1691. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

organizações relevantes da sociedade civil, organizações internacionais, agências de direitos humanos e outros atores cuja participação é útil para a proteção dos direitos em questão, incluindo organizações de base e acadêmicos<sup>816</sup>. (tradução nossa)

No caso do Brasil está claro que há um ambiente propício para o ativismo judicial. A razão para este fato está, dentre outras, no papel que assumiu a Constituição como sinônimo da consagração da aspiração humana pela liberdade, ainda que segundo o autor, em verdade, a Constituição muitas das vezes arranque direitos dos cidadãos e os explore<sup>817</sup>.

Para Leal está claro que nos últimos anos, os poderes Executivo e Legislativo, atores por ele considerados centrais no processo democrático e de representatividade popular, acabaram por sofrer fortes abalos em sua credibilidade junto à população brasileira, deixando um enorme vazio de atuação que tem sido preenchido por outro ator, que é o Judiciário<sup>818</sup>.

Há ademais uma clara mudança na postura do STF se comparada a sua atuação atual com a de antes. Antes se notava um tribunal que valorizava mais uma abordagem procedimental e uma jurisprudência defensiva (*self restraint*), deixando os temas relacionados com o povo para a arena onde atuam os poderes Legislativo e Executivo. Exemplo claro é aquele no qual a corte se limitou a dizer que no caso do direito de greve dos servidores públicos, o Poder Legislativo estava demorando a regulamentar a situação, o que já era de conhecimento amplo e geral de todos<sup>819</sup>.

Promulgada a CF/88, e consolidado o regime democrático, eis que a partir dos últimos anos algo diferente passou a ocorrer na política judicial do STF, ou seja, uma mudança de postura do tribunal em relação a sua atuação na hora de decidir. O tribunal passou a adotar uma postura substancialista e ativa. O tribunal se agigantou e passou a decidir sobre temas que antes ficavam na seara exclusiva do Legislativo e do Executivo<sup>820</sup>.

---

<sup>816</sup> GARAVITO, Cesar Rodríguez. **Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America**, pp. 1669-1680, 2011, pp. 1691-1692. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

<sup>817</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Ativista ou Altivo? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 7798.

<sup>818</sup> Ibid., p. 7800.

<sup>819</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Ativista ou Altivo? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 7802.

<sup>820</sup> Ibid., p. 7803.

Entende-se, enfim, que a dimensão antidialógica do ativismo judicial deve ser evitada. Essa dimensão confere exclusividade aos juízes e aos tribunais como intérpretes únicos da Constituição<sup>821</sup>, o que em nosso entender em nada contribui para resolver as preocupações com a legitimidade da intervenção judicial e com a capacidade institucional do Poder Judiciário em relação aos litígios estruturais.

### **5.3.2 Um esboço possível em relação aos instrumentos processuais compatíveis com o ECI em sede de controle difuso no Brasil**

Nessa última e derradeira parte do texto, buscar-se-á apresentar um possível modelo para ser aplicado no Brasil, ou seja, possibilidades de aplicação da técnica do estado de coisas inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, mas ao contrário do que grande maioria dos estudiosos do direito já fez, a abordagem aqui será outra. Não será objeto de discussão a possibilidade de aplicação do ECI em sede de controle concentrado, realizado por um único órgão, mas sim em sede de controle difuso.

É necessário, porém que o objeto do debate seja melhor delimitado. É sabido que dentre as classificações de modelos de controle de constitucionalidade, há dentre essas classificações uma que leva em conta o número de órgãos que detém competência para a realização do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, estão os controles concentrado, quando a competência é atribuída a apenas um órgão com exclusividade, com variações apenas no que se refere a quem exerce essa competência se tribunal constitucional ou corte de justiça; e o controle difuso, que é aquele no qual a competência para realizar o controle de constitucionalidade é atribuída a diversos órgãos.

Dentre tantas outras classificações do modelo de controle, há ainda outra que leva em conta a manifestação do controle, nesse sentido, o controle exercido por via incidental, que se realiza por via de defesa, e o controle principal, o qual se realiza por via de ação direta.

No controle por via principal, o pedido da parte é para que se declare a inconstitucionalidade. Trata-se de controle que em geral é abstrato ou em tese, salvo algumas exceções como são a ação direta interventiva e a arguição incidental por descumprimento de

---

<sup>821</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 225.

preceito fundamental. O controle abstrato assim se relaciona diretamente com o controle concentrado e principal, dirigindo-se a salvaguardar os preceitos da Constituição.

No entanto, é preciso deixar claro, inclusive para fins de delimitação do objeto da presente análise, que não há correspondência obrigatória entre o controle difuso e o controle incidental, ou entre o controle concentrado e o controle principal. A correlação existe apenas no Brasil, cujo controle difuso sempre se inicia *incidenter tantum* e tem como pano de fundo um litígio *in concreto*; e o controle concentrado se inicia por via de ação direta. Essa correspondência, por exemplo, não se dá em outros países, consoante são os casos da Itália e da Alemanha, situações anteriormente já explanadas. Nesses ordenamentos existe a questão de constitucionalidade, que poderá ser iniciada de forma incidental, e em qualquer juízo, sendo que a análise do mérito fica a cargo do tribunal realizar de forma, aí sim, concentrada.

Consoante nos alerta Dirley da Cunha Júnior, o controle difuso é sempre incidental, mas o inverso não é verdadeiro, pois o controle incidental nem sempre será difuso, podendo ser concentrado. O controle incidental pode ser difuso, consoante é o caso do Brasil<sup>822</sup> e dos EUA; mas pode ser concentrado como é o caso da Alemanha e da Itália. Já o controle principal tanto pode implicar um controle abstrato ou em tese, quanto pode representar uma garantia concreta em torno de direitos fundamentais.<sup>823</sup> Pois bem, é sobre o controle difuso incidental que recairá a análise acerca da possibilidade de aplicação do ECI no Brasil, portanto, sobre o controle que é exercido por juízes e tribunais, inclusive pelo próprio STF.

Ao fim e ao cabo, crê-se restar demonstrado que é possível um esboço de um modelo de aplicação do ECI por qualquer juízo que se coloque defronte a um litígio estrutural,

---

<sup>822</sup> A doutrina majoritária classifica o modelo de controle de constitucionalidade vigente no Brasil como modelo misto. Nesse sentido conferir Dirley da Cunha Júnior, Dimitri Dimoulis, Soaraya Lunardi, dentre outros. Há, no entanto, posicionamento diverso que entende que o controle de constitucionalidade no Brasil é difuso, já que o ordenamento jurídico atribui a uma pluralidade de órgãos o exercício do controle, de modo que não se poderia nem dizer que ele é um controle concentrado, posto que não há um único órgão que seja o único com competência para o controle. Nesse sentido, o entendimento de Edvaldo Brito e Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Segundo Edvaldo Brito não existe controle misto, ou o controle é concentrado como é o alemão, ou ele é difuso como o brasileiro. Assim, dispõe o artigo 100, no item I da Lei Fundamental de Bon de 1949, que cabe ao tribunal suspender o processo, toda vez que considerar inconstitucional uma lei, se se tratar de violação à Lei Fundamental. O controle difuso, por outro lado, é aquele que atribui a qualquer magistrado apreciar a questão da inconstitucionalidade de uma lei, frente à Constituição, ainda que a competência para apreciar eventual recurso caiba ao *curul* do sistema de controle. BRITO, Edvaldo. Jurisdição Constitucional: Controle de constitucionalidade. no direito brasileiro. Inconstitucionalidades das reformas. Efetividade dos direitos fundamentais. **Revista Erga Omnes**, Salvador/BA, Ano 5, n. 7, pp. 34-50, Agosto de 2013, p. 44. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o controle de constitucionalidade no Brasil é, em princípio, difuso, pois a alegação de inconstitucionalidade pode ser levantada perante qualquer juiz o qual pode reconhecendo a inconstitucionalidade, deixar de aplicar a lei ou ato questionado. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 36ª ed. rev. e atual. Editora Saraiva. São Paulo, 2010, p. 66.

<sup>823</sup> CUNHA JR, op. cit., p. 118.

consideradas as premissas teóricas que se julgam fundamentais e que a seguir serão detalhadamente esclarecidas.

### 5.3.2.1 Do processo estrutural como espécie de processo coletivo

Antes de se adentrar na análise de instrumentos processuais que se mostram compatíveis com a aplicação do ECI em sede de controle difuso, é preciso fazer um esclarecimento teórico que se considera fundamental. Diz respeito à natureza do processo estrutural, se ele é consoante apontam alguns autores uma espécie do gênero processos coletivos. Isso porque ao delimitar o tipo de tutela que se pretende com a ação, já se poderão identificar quais ações seriam compatíveis com a aplicação do ECI. É dizer que se o processo estrutural é de fato uma espécie de processo coletivo, não se poderia aqui defender, por exemplo, a possibilidade de aplicação do ECI em sede de ações do tipo individual.

Sobre se o processo estrutural é espécie de processo coletivo ou não, a doutrina se divide. Edilson Vitorelli, por exemplo, entende que os processos estruturais são espécie de processo coletivo. Buscando estabelecer um marco teórico conceitual para definir o que é litígio estrutural, o autor perpassa por diversos conceitos como o de litígio coletivo.

De acordo com Vitorelli, o litígio coletivo é o conflito de interesses que se instala entre um grupo mais ou menos amplo de pessoas, de tal forma, que esse grupo de pessoas é tratado como se fosse uma única pessoa pela parte contrária. Segue o autor, afirmando que a instauração do litígio coletivo se dá quando há uma atuação lesiva que acaba por prejudicar a sociedade como um todo, e não uma atuação da parte que visasse um prejuízo direcionado para só uma dessas pessoas<sup>824</sup>.

Considerando esses termos, se um alfaiate lesa dez de seus clientes, não haverá se constituído um litígio coletivo simplesmente por haver mais de uma pessoa, mas o que de fato há nesse caso, são diversos litígios individuais, já que estes decorrem de relações que se estabelecem com cada um dos clientes do alfaiate. Ainda que a lesão produzida a cada um dos clientes pelo alfaiate seja idêntica, as cadeias causais não serão o produto de uma única

---

<sup>824</sup> VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**, pp. 1-28, [2018], p. 2. Disponível em: [https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO\\_OS\\_CONCEITOS\\_A\\_S%C3%89RIO\\_PROCESSO\\_ESTRUTURAL\\_PROCESSO\\_COLETIVO\\_PROCESSO ESTRAT%C3%89GICO\\_E\\_SUAS\\_DIFEREN%C3%87AS](https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_S%C3%89RIO_PROCESSO_ESTRUTURAL_PROCESSO_COLETIVO_PROCESSO ESTRAT%C3%89GICO_E_SUAS_DIFEREN%C3%87AS). Acesso em: 13 ago. 2020.



decisão geral do alfaiate. Outra situação ocorreria se uma empresa de alimentos reduz o seu controle de produção e acaba por fazer com que insetos sejam misturados aos seus produtos, os quais são produzidos em larga escala, atingindo diversos compradores. Aí sim se tem o litígio coletivo, posto que a cadeia de eventos da qual a lesão se origina se dirigiu contra a coletividade, contra a sociedade<sup>825</sup>.

O autor ainda define os chamados litígios coletivos globais como aqueles que são dotados de pouca conflituosidade, em razão das pessoas serem pouco afetadas por ele, e em consequência pouco se interessarem para ver se transformar essa afetação em processo judicial<sup>826</sup>.

De outro lado estão os litígios coletivos locais, os quais são marcados pela lesão a um grupo determinado de pessoas e cuja intensidade da lesão é significativa, de modo a alterar a vida das pessoas envolvidas. Seriam exemplos desse tipo, lesões graves envolvendo as minorias, por exemplo. Essas pessoas possuem um certo grau de solidariedade entre elas, o que as faz compreender serem participantes de uma mesma comunidade. São litígios de conflituosidade moderada, já que querendo opinar sobre o processo em trâmite, as pessoas acabam por divergir em alguns aspectos do mesmo, no entanto, as divergências não são capazes de ofuscar o objetivo comum do grupo<sup>827</sup>.

Por fim, Vitorelli fala dos chamados litígios coletivos irradiados, considerados como lesões que atingem toda a sociedade, mas cujo grau de afetação é diferente para cada subgrupo que integra o grupo total de envolvidos. Entre as pessoas do grupo não há nenhuma perspectiva social comum, nem de solidariedade. A sociedade que titulariza os direitos que foram lesados é considerada fluída, mutável e de difícil identificação. Trata-se ademais de litígio com conflituosidade alta, posto que a lesão de tão significativa e relevante na vida das pessoas envolvidas, faz com que elas queiram ser ouvidas. Os diferentes graus de afetação da lesão perpetrada pelo causador do dano faz com que haja não apenas um conflito entre causador e sociedade, mas dentro do próprio grupo. O exemplo citado pelo autor é o caso de Mariana em 2005<sup>828</sup>.

---

<sup>825</sup> Ibidem.

<sup>826</sup> Ibid., p. 3.

<sup>827</sup> Ibidem.

<sup>828</sup> VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**, pp. 1-28, [2018], p. 3. Disponível em: [https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO\\_OS\\_CONCEITOS\\_A\\_S%C3%89RIO\\_PROCESSO ESTRUTURAL\\_PROCESSO\\_COLETIVO\\_PROCESSO ESTRAT%C3%89GICO\\_E\\_SUAS\\_DIFEREN%C3%87AS](https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_S%C3%89RIO_PROCESSO ESTRUTURAL_PROCESSO_COLETIVO_PROCESSO ESTRAT%C3%89GICO_E_SUAS_DIFEREN%C3%87AS). Acesso em: 13 ago. 2020.

Para Vitorelli, ao passo que os litígios coletivos são de ocorrência internacional, já que podem ocorrer em qualquer lugar do mundo, o processo coletivo é contingente, já que para existir depende da previsão do ordenamento jurídico de cada país. Cita o autor os casos de Itália e Espanha, cujos processos coletivos se restringem ao direito do consumidor, o que não significa dizer que litígios coletivos não existam em outros ramos do direito, no entanto, apenas nesse ramo do consumidor, no caso desses países, é que o ordenamento jurídico colocou à disposição instrumentos processuais civis para lidar com o processo coletivo.

Mesmo no Brasil, país com um processo coletivo largamente difundido em seu ordenamento jurídico, não são todos os casos em que há previsão da utilização de instrumentos processuais para a solução de litígios coletivos, consoante pode ser citado o caso do artigo 4º da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) que exclui a incidência do processo coletivo sobre ações de natureza tributária,<sup>829</sup> por exemplo, em que pese, ser bem mais provável que estas ações sejam manejadas de forma coletiva do que individual.<sup>830</sup> De acordo com o autor, o litígio coletivo não se confunde com o processo coletivo, de modo que este último constitui técnica processual colocada à disposição do ordenamento jurídico para lidar com os litígios coletivos<sup>831</sup>.

Interessante anotar que conquanto um litígio seja coletivo, as ações coletivas podem não ser propostas, e o tema acabe por ser tratado por via individual. É o caso, por exemplo, dos litígios que envolvem o SUS, e que dizem, portanto, respeito ao direito à saúde, que é um direito de toda a sociedade. O fato é que a interpretação que fora dada ao princípio da inafastabilidade de jurisdição acabou fazendo com que diversas ações individuais sobre o tema fossem manejadas no Judiciário, a exemplo de ações que requeriam, dentre outros, medicamentos e tratamentos de saúde. O contrário também é possível. É dizer que litígios puramente individuais também podem ser tratados por via de processos coletivos, desde que o ordenamento jurídico preveja a hipótese. Exemplo citado pelo autor é o caso do CDC que permite que sejam propostas ações coletivas para tutelar direitos individuais homogêneos<sup>832</sup>.

---

<sup>829</sup> Sobre isso Hugo Nigro Mazilli entende como inconstitucional a previsão explícita na Lei de Ação Civil Pública que veda a utilização da mesma para a discussão de questões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias e FGTS, ou outros fundos cujos beneficiários possam ser individualmente identificados, porque fere o direito de acesso coletivo à jurisdição. Tanto o acesso individual quanto coletivo à jurisdição são garantias constitucionais, previstas que estão nos arts. 5º, XXI, XXXV; 8º, III, 129, III, 232 etc. MAZILLI, Hugo Nigro. **Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública**, pp. 1-14, [2006?], p. 5. Disponível em: <http://mazilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>. Acesso em: 16. ago. 2020.

<sup>830</sup> Ibid., pp. 4-5.

<sup>831</sup> Ibid., p. 5.

<sup>832</sup> VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**, pp. 1-28, [2018], p. 6. Disponível em:

Conquanto no Brasil se verifique a existência, dentro do ordenamento jurídico, de instrumentos processuais coletivos, é comum que litígios coletivos sejam tratados por via de múltiplas ações individuais. Tal modo de agir prejudica a economicidade e a qualidade da prestação jurisdicional, além de contrariar o princípio da isonomia e gerar julgamentos contraditórios, impedindo ademais que o problema seja resolvido como um todo que é<sup>833</sup>.

Para Vitorelli, os litígios estruturais são espécie de litígio coletivo, decorrentes da forma burocrática como uma determinada estrutura, normalmente de direito público, funciona<sup>834</sup>. De acordo com o autor, ainda que nem todo litígio coletivo irradiado seja um litígio estrutural, todo litígio estrutural é um litígio coletivo irradiado. O chamado litígio estrutural ocorre dentro de um contexto em que se dá uma violação que acaba por atingir subgrupos que estão dentro de um grupo maior, afetando cada subgrupo de forma e em graus diferentes, não havendo entre eles qualquer ideal de compartilhamento social. É possível inclusive que a manutenção da violação perpetrada esteja a beneficiar parte do grupo, que então se volta contra a outra parte, daí porque, aliás, são considerados litígios policêntricos, e não sejam enquadráveis no modelo de litígio tradicional<sup>835</sup>.

Esse também é o entendimento de Leonardo Silva Nunes, Samuel Paiva Cota e Ana Maria de Carvalho Damaceno Faria. Consoante anotam os autores, o litígio estrutural é um novo modo de adjudicação que foge ao que estabelece os modelos clássicos de resolução de conflito, seja individual ou coletivo. Esse modelo dito clássico está vinculado a uma tradição jurídica individualista, que foi forjada no sentido de dar um tratamento linear aos conflitos, conflitos estes marcados pela bipolaridade, pelo caráter retrospectivo, pela posição passiva do juiz, e pela definição do conflito por via de uma sentença condenatória<sup>836</sup>.

Para os autores, os litígios estruturais são, na verdade, espécie de litígio coletivo, posto que neles se verifica a existência de grupo ou ainda de grupos, além de uma situação jurídica coletiva<sup>837</sup>.

---

[https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO\\_OS\\_CONCEITOS\\_A\\_S%C3%89RIO\\_PROCESSO ESTRUTURAL\\_PROCESSO\\_COLETIVO\\_PROCESSO\\_ESTRAT%C3%89GICO\\_E\\_SUAS\\_DIFEREN%C3%87AS](https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_S%C3%89RIO_PROCESSO ESTRUTURAL_PROCESSO_COLETIVO_PROCESSO_ESTRAT%C3%89GICO_E_SUAS_DIFEREN%C3%87AS). Acesso em: 13 ago. 2020.

<sup>833</sup> Ibidem.

<sup>834</sup> Ibidem.

<sup>835</sup> Ibid., p. 7.

<sup>836</sup> NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. **Dos litígios aos processos estruturais: Pressupostos e fundamentos**, pp. 1051-1076, 2019, p. 1052. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019\\_05\\_1051\\_1076.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_1051_1076.pdf). Acesso em: 13 Ago. 2020.

<sup>837</sup> Ibid., p. 1055.

Em lado oposto ao entendimento de que os processos estruturais são espécies de litígios coletivos estão Fredie Didier, Hermes Zaneti Júnior e Alexandre Viera. Para os autores, a coletividade não é uma característica essencial, e, portanto, sem a qual não se pode falar em litígio estrutural. Conquanto a maioria dos processos estruturais seja coletiva, em razão de ali se estar a debater uma questão coletiva, é possível que uma ação individual, na verdade esteja pautada num problema estrutural e em razão disso, tenha que ser tratada como um processo estrutural. Isso se dá nos casos de múltipla incidência a qual ocorre quando se verifica que o mesmo fato afeta simultaneamente a esfera coletiva e a esfera individual<sup>838</sup>.

Para exemplificar essa situação, os autores recorrem a um exemplo prático. Imagine um caso de um portador de deficiência que move uma ação individual para ter acesso a prédios e órgãos públicos, que não estejam preparados para questões como a mobilidade e a locomoção dessas pessoas. Nesse caso, embora se esteja defronte a uma ação tipicamente individual, o processo certamente tem uma natureza estruturante, posto que a sua causa de pedir se ampara em uma desconformidade causada pela não observância da legislação em vigor, a qual determina o amplo acesso e mobilidade de pessoas com deficiência<sup>839</sup>. Outro exemplo trazido pelos autores, seria o caso de uma mulher que ingressa com uma ação individual em face da empresa para requerer tratamento isonômico, ou ainda o caso de um preso não católico que requiera assistência religiosa específica<sup>840</sup>.

Seguindo o entendimento de que há determinadas ações que apesar de formalmente individuais, na verdade, elas têm natureza estruturante estão os autores Felipe Marçal e André Tostes. Conquanto muitas demandas sejam formalmente individuais, verifica-se que muitas delas não podem ser solucionadas de uma forma adequada se for adotado todo um procedimento vinculado ao modelo de solução tradicional dos litígios. Consoante nos alertam os autores, é preciso tratar essas demandas individuais como o que elas são de fato, ou seja, como demandas estruturantes<sup>841</sup>.

A condução de forma isolada dessas demandas, que apenas formalmente são individuais, poderá, inclusive, causar prejuízos, no sentido de produzir impactos negativos nos interesses

---

<sup>838</sup> DIDER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicado ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 303, pp. 45 – 81, Maio / 2020, p. 52.

<sup>839</sup> Ibidem.

<sup>840</sup> Ibidem.

<sup>841</sup> DIDER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicado ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 303, pp. 45 – 81, Maio / 2020, p. 52.

das demais partes que estão envolvidas, e que serão obrigadas a ingressar com outras ações individuais, gerando um verdadeiro ciclo vicioso<sup>842</sup>.

Entende-se que estão corretos aqueles que defendem que os litígios estruturais não são espécie de litígio coletivo. Conquanto em sua grande maioria das vezes os litígios estruturais, os quais, aliás, envolvem uma grande quantidade de pessoas, sejam de fato litígios coletivos, essa constatação não impede que determinadas ações movidas de forma individual tenham uma implicação estrutural. É possível que ao analisar o caso concreto, por exemplo, reste evidenciado, consoante se demonstrou em vários casos na Colômbia, que determinado litígio que se mostrava como um caso individual, seja um problema mais amplo, estrutural, que preencha os requisitos para a aplicação do ECI. Esse entendimento inclusive parece ter sido o do legislador pátrio, que ao estabelecer o novo Código de Processo Civil definiu a possibilidade de que o juiz, por via de requerimento do MP, da Defensoria Pública ou de outro legitimado que conduzisse a ação, convertesse determinada ação individual em coletiva<sup>843</sup>.

Em que pese o veto da Presidente da República sob o argumento de que a conversão poderia restar amparada em uma atuação judicial pouco criteriosa, nos parece que o motivo real para o veto, tenha sido de fato, o receio de uma ampliação subjetiva, com efeitos, portanto mais amplos, de modo que isso gerasse um enorme impacto para os cofres públicos da administração. Imagine-se, por exemplo, uma ação individual contra o sistema único de saúde, movida, portanto por uma parte que desejasse receber um determinado medicamento de alto custo, mas que ficou demonstrado cientificamente ter efeito positivo para uma determinada doença rara. Outras pessoas no país que tivessem essa mesma doença, por exemplo, em tese poderiam se servir da conversão e serem atendidas pela ação judicial inicialmente individual.

Por fim, cumpre ressaltar que ao definir o processo estrutural como espécie de litígio coletivo, limitam-se muito as possibilidades de ações que venham a ser consideradas como aptas para veicular a aplicação do ECI. Sobrariam apenas as ações coletivas, deixando à margem, ações individuais com notório escopo estruturante.

---

<sup>842</sup> MARÇAL, Felipe Barreto; TOSTA, André Ribeiro. Gerenciamento processual adequado das demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo artigo 21 da LINDB. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 189.

<sup>843</sup> Essa situação refere-se ao artigo 333 do CPC que fora vetado pela Presidente da República sob a alegação de que pela forma como redigido o dispositivo a conversão poderia se dar de forma pouco criteriosa, prejudicando inclusive o interesse das partes. Ademais aleou-se que o tema exigiria uma disciplina própria para que se garantisse efetividade ao instituto. Por fim, alegou-se que o CPC já possuía mecanismos apropriados para lidar com demandas repetitivas.

### 5.3.2.2 Da competência para aplicação do ECI

Conquanto fosse fácil resolver a questão da competência ao dizer que o controle de constitucionalidade no Brasil é difuso (posto que se atribui a uma pluralidade de órgãos o exercício do controle), e o ECI é técnica destinada à proteção dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, e portanto, a competência para a aplicação do ECI seria também difusa, não foi essa a tradição que se perpetuou em nosso ordenamento jurídico, de modo que se tem hoje dois sistemas mais ou menos próximos aos sistemas clássicos originais, difuso norte-americano e concentrado europeu.

O que justifica a discussão acerca da competência para a aplicação do ECI é a forma como se tem discutido o tema em nossa doutrina. Simplesmente não foi dito ainda muita coisa acerca da possibilidade de aplicação do ECI em sede de controle difuso<sup>844</sup>. A grande maioria das observações sobre o ECI se conformam com a análise do instituto em sede da atuação do STF na ADPF nº 347, ou seja, em sede da análise de atuação da Corte suprema no exercício de controle concentrado. A dúvida fica então por conta da possibilidade ou não de juízes e tribunais em todo o território nacional se utilizarem da técnica do ECI, em sede de processos concretos que estão a julgar no dia a dia. Se esses juízes ou exclusivamente o STF seria o espaço mais adequado para a aplicação da técnica colombiana. É desse tema que se cuidará a seguir.

Antes, porém de debater a competência, é preciso definir que modelo deve prevalecer em relação a quem detém legitimidade para iniciar o processo estrutural. A importância do tema virá para consolidar ou não a ideia de que, o controle mais adequado para a aplicação do ECI é o difuso, e não o concentrado, consoante se demonstrará nesse texto.

Nesse sentido, é fundamental trazer as lições de Owen Fiss que ao analisar os litígios estruturais estabeleceu qual seria o modelo mais adequado para lidar com esse tipo de litígio. De acordo com Fiss, há dois modos de iniciar uma demanda judicial. O primeiro é um modelo denominado por ele de modelo oficial, no qual cabe aos funcionários públicos iniciarem uma demanda em juízo. Nesse modelo, o poder de iniciar um processo é limitado a um número estrito de funcionários públicos, como no caso do promotor. Nesse modelo, o papel do

---

<sup>844</sup> Consoante já afirmado nesse texto, a pesquisa surgiu a partir de sugestão feita pelo professor Dr. André Karam Trindade na condição de examinador externo de dissertação defendida no âmbito do curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia sugestão essa que girava em torno da possibilidade ou não da aplicação do ECI em sede de controle difuso no Brasil.

cidadão é bem modesto, já que ele só pode, de fato, registrar uma queixa e esperar que o funcionário público inicie a demanda judicial<sup>845</sup>.

Por outro lado, no modelo cidadão, há uma dispersão ampla do poder de iniciativa da demanda judicial. Ainda que esse poder de iniciativa de uma demanda judicial esteja condicionada a alguns requisitos processuais, tais como registrar uma reclamação; financeiros, como por exemplo, pagar as taxas do processo; não há nenhum bloqueio do ponto de vista formal que impeça o cidadão de ajuizar uma ação judicial, já que ele não fica condicionado a nenhum poder do funcionário público no sentido de decidir se deve ou não prosseguir com a ação<sup>846</sup>.

Ao concluir acertadamente que o modelo de legitimidade ativa para os processos estruturais é o modelo cidadão de Fiss, estar-se-á também dizendo que o sistema de controle de constitucionalidade que se mostra mais adequado para a aplicação do ECI é o difuso.

Explica-se: se quem deve ter legitimidade para iniciar um processo estrutural é o cidadão, num espectro, portanto bastante amplo, diga-se de passagem, porque os litígios estruturais também servem para a proteção dos direitos fundamentais em uma dimensão subjetiva, não se espera que apenas órgãos de cúpula como o STF sejam os únicos a serem competentes para a aplicação do ECI, ainda mais em um modelo como o brasileiro, cujo acesso ao STF pelo cidadão comum é praticamente impossível, sendo essa constatação ainda mais evidente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, em que o artigo 103 da CF estabelece de forma taxativa e muito restrita os legitimados para as ações diretas de inconstitucionalidade.

É possível observar na doutrina uma leve inclinação para a defesa no sentido de que o ECI seja uma técnica à disposição de todos os tribunais e juízes, embora autores como Alexandre Campos defendam o contrário. Para Campos, o STF é o único órgão judicial que deve ser considerado como competente para a declaração do ECI<sup>847</sup>. O autor não vê como possível o reconhecimento de uma violação massiva e reiterada a direitos fundamentais em um nível local, o que poderia ser resolvido por juízes ou tribunais locais. Para ele, as demandas do ECI podem até se iniciar como locais, mas tal como se deu na Colômbia, o aprofundamento na análise do problema acaba por demonstrar que se trata de uma violação muito mais ampla, e que por isso acabava por reclamar uma atuação da CCC, em um nível,

---

<sup>845</sup> FISS, Owen M. **The Civil Rights Injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978, p. 18.

<sup>846</sup> Ibidem.

<sup>847</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 297.

portanto, nacional, e que, portanto, transcendia as omissões de autoridades locais ou regionais. Diante, portanto da amplitude do problema, é que conclui ser inequívoca a competência exclusiva do STF, afastando, portanto, a possibilidade de seu reconhecimento por via difusa por todos os tribunais e juízes de instâncias inferiores<sup>848</sup>.

Para Campos, a complexidade e amplitude dos problemas estruturais a serem solucionados no âmbito do reconhecimento de um ECI requerem uma atuação de um órgão de cúpula como é o caso do STF no sentido de reconhecer o alcance das falhas estruturais<sup>849</sup>. Essa visão do autor, no entanto, não merece prosperar em face dos argumentos que serão adiante elencados.

A alegada complexidade das ações apresentada pelo autor aponta em sentido contrário a uma atuação exclusiva do STF. Entende-se, tal como assentado por Fachin e Schinermann, que os processos estruturais são processos cuja instrução processual é longa, com a necessária e ampla participação da sociedade, o que se daria de forma muito dificultada no âmbito do STF. Na qualidade de corte que está no topo da jurisdição nacional, o STF não estaria preparado para lidar com esse tipo de instrução processual, já que não possui estrutura e nem há prática usual desse tipo de instrução no âmbito do tribunal. O máximo que a corte tem feito quando se fala em instrução com a participação da sociedade, em sede de processos de controle de constitucionalidade, é a realização de audiências públicas e a realização de algumas sustentações orais e nada mais que disso<sup>850</sup>.

Sobre as audiências públicas não é demais lembrar as críticas que têm sido feitas em torno da utilização desse mecanismo.

Conquanto tenham sido criadas com uma dupla finalidade: a primeira seria municiar os ministros para que eles como tomadores de decisão pudessem estar informados acerca de questões de natureza técnica e científica, compensando, nesse sentido, déficits epistêmicos dos tomadores de decisão que precisam resolver no plano do direito, problemas que não são propriamente do direito. A outra função das audiências públicas seria a de ampliar o escopo de participação e acesso da sociedade civil ao tribunal<sup>851</sup>. Sobre isso, o que se pode constatar é

---

<sup>848</sup> Ibid., p. 298.

<sup>849</sup> Ibidem.

<sup>850</sup> FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões Estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: Critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, 1, pp. 211-246, 2018, p. 229.

<sup>851</sup> LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018, pp.334-335.



que as audiências públicas no âmbito do STF têm funcionado apenas como uma caixa de ressonância em relação a temas considerados moralmente e eticamente sensíveis e cujos debates ganham o grande público, mas que pouco interferem de fato no processo decisório dos membros do STF<sup>852</sup>.

A verdade é que o STF, frequentemente, ouve na condição de especialistas sobre os temas a serem julgados, pessoas que normalmente têm interesses conflitantes com o tema, que têm interesse na causa, e que não são especialistas de fato sobre a matéria a ser debatida, além do fato de que teria de se dedicar a uma tarefa epistemológica difícilíssima que seria a de definir qual informação seria ou não confiável, o que prejudica a ideia de que as audiências públicas têm por objetivo esclarecer questões de fato<sup>853</sup>.

Outro obstáculo à ideia de que só o STF deve ter competência exclusiva sobre a aplicação do ECI, é que o tribunal enfrenta uma vastíssima e pesada carga de trabalho, e seria contraproducente colocar nas mãos da corte que já estão abarrotadas de processos, mais esta responsabilidade, sobretudo, processos tão complexos quanto são os litígios estruturais, marcadamente dispendiosos do ponto de vista de recursos humanos e financeiros por parte do Judiciário<sup>854</sup>. Aliás, esse obstáculo é reconhecido pelo próprio Alexandre Campos. Nesse sentido, salienta o autor, a existência de um notório e já bem conhecido problema do STF com o abarrotamento de ações e recursos que chegam aos montes para serem julgados, e ainda que mecanismos como a repercussão geral tenham sido criados para minimizar esse problema, inclusive melhorando qualitativamente o nível das ações que chegam ao tribunal, o resultado da repercussão geral ainda se tem mostrado muito aquém da real necessidade do tribunal em se tornar mais operacional<sup>855</sup>.

Afora isso, há ainda o problema relacionado com a forma de deliberação do tribunal, que consoante já detalhado, sofre com uma atuação quase adversarial em detrimento da cooperação que seria esperada por parte dos ministros da corte, situação que pode se agravar, em se tratando de problemas tão complexos e difíceis quanto são os processos estruturais<sup>856</sup>.

---

<sup>852</sup> FILHO, Roberto Fragale. Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: A ADPF 54 como estudo de caso. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 06, n. 12, p. 504-535, 2015, p. 534.

<sup>853</sup> *Ibid.*, p. 344.

<sup>854</sup> FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões Estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: Critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, 1, pp. 211-246, 2018, p. 229.

<sup>855</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 262.

<sup>856</sup> *Ibid.*, p. 263.

Nesse texto defende-se que qualquer juízo e não apenas o STF tenha competência para aplicar o ECI. Nesse sentido aponta a circunstância de que são muitas as particularidades que podem surgir durante o trâmite da ação, de tal modo que seria mais razoável que os juízes que estão mais próximos dos fatos fossem de fato os competentes para o julgamento e também para a execução das medidas estruturantes<sup>857</sup>. Para Dantas, a proximidade do juiz com relação aos fatos fará com que se dê uma atuação judicial muito mais eficiente, sem contar com a redução dos custos do processo, ante a desnecessidade de deslocamento e pagamento com a contratação de advogados para atuar junto ao STF<sup>858</sup>.

Ademais, e um pouco diferente do que defendem Schinemann e Fachin<sup>859</sup>, entende-se que a ação estrutural pode se iniciar no juízo de primeiro grau e em caso de recurso siga o roteiro já conhecido, nos tribunais estaduais e ou regionais federais. Todos esses tribunais estão mais acostumados com a instrução processual do que o STF<sup>860</sup>.

---

<sup>857</sup> Esse também é o entendimento de Emilio Peluso Neder Meyer que ao analisar a questão carcerária no Brasil não entende o porquê não se valorizam os juízes da execução, os quais estão mais próximos do problema. Para Meyer, em que pese se argumentar que o Judiciário pode ser a fonte de socorro dos direitos fundamentais de uma população marginalizada como é a população carcerária no país, deve-se questionar o porquê de não se fortalecer o papel dos juízes de execução penal, muito mais próximos da situação vivenciada dentro dos presídios brasileiros, em detrimento de angariar mais uma competência para dentro do STF. Diante dessa constatação, o autor conclui que medidas concretas, tais como a realização de audiências de custódia, bem como o descontingenciamento de recursos do FUNPEN seriam mais razoáveis se fossem submetidas a um monitoramento por via difusa e não concentrada. MEYER, Emilio Peluso Neder. **Decisão e Jurisdição Constitucional: Críticas às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 209.

Para Meyer se torna muito difícil aceitar, mormente o atual contexto de decisões do STF, que o tribunal venha realizar o monitoramento de políticas públicas voltadas ao sistema carcerário e elaboradas pelo Poder Executivo. Para o autor está claro que o ECI não deve ter como competente o STF, devendo se dar a fiscalização e monitoramento do problema pela via difusa. Nem mesmo a coordenação dos trabalhos poderia recair sobre o STF, mas sim sobre órgãos mais vocacionados à tarefa, a exemplo do CNJ. Enfim, o problema então não seria em relação à própria técnica do ECI, mas de haver uma conformação do instituto às peculiaridades e ao desenho constitucional específico de cada país. *Ibid.*, p. 210.

Com a *devida venia*, concorda-se apenas em parte com o autor, na medida em que também nos posicionamos contra a ideia segundo a qual o STF deveria ser uma espécie de coordenador institucional para a solução do litígio estrutural. No entanto, não concordamos com a solução apresentada pelo autor de que caberia ao STJ o exercício do monitoramento. Conquanto caiba ao CNJ o controle administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário, não se mostra compatível com as suas funções o exercício de coordenador institucional consoante defende Meyer, simplesmente porque a ele lhe falta jurisdição, característica essencial para qualquer órgão que se coloque como coordenador institucional. Isso, no entanto, não invalida a importantíssima, talvez até imprescindível, atuação do CNJ no âmbito da solução dos problemas estruturais como é o caso do sistema carcerário brasileiro, de forma compartilhada e difusa, com outros órgãos jurisdicionais e não jurisdicionais de todos os poderes constituídos e inclusive com a participação da sociedade civil.

<sup>858</sup> DANTAS, Eduardo de Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: A tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público**. Curitiba: Editora Juruá, 2019, p. 116.

<sup>859</sup> Os autores defendem que o início do processo estrutural deve se iniciar no juízo de primeiro grau, de forma, portanto, preferencial, o que não é o entendimento adotado nesse texto, no qual se defende que a competência para a aplicação do ECI deve ser concorrente, e de acordo com as regras de competência estabelecidas pelo diploma processual em vigor.

<sup>860</sup> FACHIN; SCHINEMANN, op. cit., p. 229.

A complexidade das decisões estruturantes não seria incompatível com a atuação dos juízos de primeiro grau, mas pelo contrário, seria até mais razoável que o objeto da demanda fosse delimitado sob o critério territorial<sup>861</sup>. Ainda que determinados problemas sejam inerentes a todo o país, tal como o problema, por exemplo, relativo ao saneamento básico, seria mais razoável que este problema fosse delimitado como objeto de uma lide no âmbito dos Municípios ou dos Estados, ainda que no pólo passivo estivesse a União, o que por si só já seria melhor do que uma ação exageradamente mais ampla e originariamente no âmbito da competência do STF<sup>862</sup>.

Deixe-se claro que a ideia defendida nesse texto, não é a de que o STF não detenha competência para o julgamento dos litígios estruturais, e via de consequência, não possa se utilizar de técnicas inerentes a esses litígios, como é o ECI. Não se defende aqui também que o *locus* preferencial para a aplicação do ECI seja o juízo de primeiro grau. Entende-se que as regras de distribuição de competência entre os órgãos do Judiciário é que definirão a quem caberá iniciar o processo estrutural, de tal modo que se a competência for originariamente de um tribunal superior que nele se inicie. Nesses processos, porém, entende-se ser mais conveniente que a execução das medidas estruturantes fique a cargo de tribunais e juízes inferiores por estarem mais acostumados com a instrução e por estarem mais próximos das partes e dos acontecimentos processuais.

De acordo com Fachin e Schinemann está absolutamente claro que haverá ocasiões em que a delimitação do objeto do litígio inferirá diretamente na competência do STF, seja porque é impossível a delimitação do pleito, consoante fora o caso da ADPF n 347 cujo pleito exigia a determinação judicial dirigida a todas as esferas de jurisdição, seja porque determinados temas sejam de competência originária e sejam atribuídos constitucionalmente ao STF, consoante é o caso do litígio envolvendo os Estados. Isso explicaria o fato de os autores defenderem que os graus de jurisdição ordinária seriam preferencialmente competentes, mas não exclusivamente<sup>863</sup>.

Em que pese se concordar com grande parte do posicionamento de Schinemann e Fachin sobre as dificuldades que teria o STF com as ações estruturais, em especial, a já grande carga de trabalho com um amplo número de processos que tem de julgar o tribunal,

---

<sup>861</sup> Ibidem.

<sup>862</sup> Ibid., p. 230.

<sup>863</sup> FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões Estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: Critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, 1, pp. 211-246, 2018, p. 230.

essa constatação não elimina obstáculos que também existem nos graus e instâncias inferiores do Judiciário, acaso se conclua que qualquer juiz possa aplicar o ECI. Nesse sentido é preciso ressaltar que também é um problema notório a carga de processos que todos os magistrados e não apenas os ministros do STF têm de julgar no Brasil. Some-se a isso ainda as particularidades que existem em cada comarca e em cada tribunal brasileiro, como o caso de comarcas que só são acessíveis mediante o uso de barcos no norte do país. Além disso, veja-se a situação da grande maioria das comarcas do interior do país, onde os magistrados normalmente desempenham as funções de juiz criminal e cível simultaneamente, de tal modo que o problema com o excesso de processos a serem julgados não nos parece um problema exclusivo do STF. Nesse sentido há de se pensar em formas de tornar possível do ponto de vista prático, a aplicação da técnica do ECI por juízes e tribunais de todos os graus e instâncias, sob pena de se tornar, tal como nas críticas feitas ao STF, o uso da técnica contraproducente também no âmbito jurisdicional dos graus inferiores do Judiciário.

Nesse sentido, é que se defende neste texto, uma ideia de reestruturação institucional do Poder Judiciário para que ele possa lidar com esses tipos de processos, algo que não é novidade no âmbito, por exemplo, dos tribunais estaduais, a exemplo da criação de varas especializadas para dar conta de temas e matérias específicas de direito. Sobre isso, há, inclusive, uma interessante proposta de Felipe Barreto Marçal<sup>864</sup>.

Para Marçal, dada a complexidade dos processos estruturais, em que a solução, muitas vezes, é de longo prazo, e considerando ainda a deficitária estrutura judiciária para lidar com estes tipos de processos, há de se repensar numa alteração da estrutura judiciária de modo a torná-la apta a lidar com esses tipos de processos<sup>865</sup>.

Para o autor o grande problema é que os processos estruturantes têm uma operacionalização diferente da lógica que se adota hoje em dia em relação aos processos no

---

<sup>864</sup> Diante do fato de veto ao artigo 333 do CPC pela Presidente da República, o autor sugere uma conversão de litígios individuais em estruturais por via de cooperação institucional. Ou seja, Ministério Público, Judiciário, Defensoria Pública, e em hipóteses de políticas públicas, os órgãos do Poder Executivo, precisam cooperar no sentido de identificar potenciais processos estruturais. MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. **Revista de Processo**, v. 289, p. 423-448, Mar 2019, p. 429.

Para Marçal se mostra perfeitamente razoável, ainda nesse sentido, que estes órgãos firmem protocolos de cooperação, por meio dos quais seja possível que legitimados coletivos possam ingressar em demandas do tipo individual mas que possuam um caráter subjacente estrutural, e inclusive, ajuizarem ações estruturais desde que cientes da existência desses processos individuais. (art. 8 da Lei n. 7347/85). *Ibidem*.

Uma outra sugestão de Marçal seria a reunião de demandas, consoante permite o artigo 69, inciso II ou ainda a centralização de processos repetitivos consoante dispõe o artigo 69, § 2, VI do CPC, de demandas individuais que do ponto de vista global possam representar um litígio estrutural. *Ibidem*.

<sup>865</sup> *Ibid.*, p. 427.

âmbito do Judiciário. Os processos estruturais poderiam ser comparados com os processos de trato contínuo de direitos individuais. Na lógica de atuação em que se encontra o Judiciário brasileiro hoje, o CNJ cobra os juízes e tribunais por celeridade, de modo que são estabelecidos prazos para julgamento e para redução do acervo Judiciário, sob pena de os tribunais não serem certificados e os juízes não receberem promoções<sup>866</sup>.

Os órgãos de administração da justiça confundem a duração razoável do processo com uma justiça rápida, e a celeridade tem se tornado um fim em si mesmo. Em que pese ser notória a alta carga de processos que tem os magistrados brasileiros para julgar, tal fato não pode ser justificativa ou motivo para que não se preste um serviço jurisdicional adequado para cada caso, respeitando-se as particularidades e as especificidades dos litígios em análise e julgamento. Assim, faz-se necessário incorporar na lógica dos órgãos de administração do Judiciário, a ideia de que existem processos de trâmite mais prolongado, evitando-se que as metas se transformem em verdadeira sanção contra as partes. Há, por fim, que se substituir a ideia de celeridade pela de eficiência do serviço jurisdicional<sup>867</sup>.

Diante desse quadro, há que serem realizadas adaptações dentro do corpo institucional do Judiciário para que juízes que atuem com processos individuais não sejam deslocados para atuarem em processos estruturais, os quais possuem uma lógica totalmente diversa da lógica dos processos individuais. Não devem os processos estruturais, nesse sentido, também serem colocados sob as mesmas metas sob as quais são colocados os processos individuais, sob pena de se inviabilizar a própria eficiência da administração da justiça<sup>868</sup>.

Ante essa situação, Marçal propõe a criação de juízos específicos, criados para lidar especificamente com processos estruturais, uma realidade já existente dentro do âmbito institucional do Judiciário, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde as ações civis públicas são de competência de Varas Empresarias. Ademais, há de se ter também órgãos centrais de administração, que seriam responsáveis pela execução e pela administração das medidas estruturantes bem como para o monitoramento de processos individuais que sejam, na realidade, litígios estruturais. Essa situação também já é uma realidade no Judiciário

---

<sup>866</sup> Ibidem.

<sup>867</sup> Ibidem.

<sup>868</sup> MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. In: **Revista de Processo**, vol. 289, p. 423-448, mar.2019, p. 427.

brasileiro como são os casos das varas de execução penal, que são órgãos jurisdicionais que centralizam a resolução de diversas questões relativas a diversos processos judiciais<sup>869</sup>.

Para Marçal a própria legislação processual vigente é inclusive propícia à adoção de uma reestruturação institucional do Poder Judiciário, consoante se pode depreender dos artigos 67, 68 e 69 do NCPC, ao estabelecerem a forma como se dará a cooperação entre juízes e tribunais nos diversos níveis do Judiciário nacional, fato esse que é independente da regulamentação interna que poderia muito bem ser feita para poder bem lidar com os processos estruturantes. Para o autor, em que pese a desnecessidade de regulamentação interna dentro dos tribunais por meio de atos internos para a reestruturação do Judiciário para lidar com os processos estruturais, seria razoável que fosse adotado uma espécie de protocolo e ferramentas institucionalizadas com finalidade de garantir uma maior segurança jurídica às partes envolvidas no processo e aos próprios magistrados.

Por fim, aponta-se o problema do ativismo judicial que seria produzido pelos juízes de primeiro grau, algo que consoante informa Dantas, causa bastante preocupação. Mas consoante nos diz o autor, é preciso ressaltar que grandes evoluções positivas foram o resultado de uma atuação das instâncias judiciais a partir da provocação da sociedade civil<sup>870</sup>. Por outro lado, um modelo difuso permite que as ações estruturais locais sejam decididas por juízes locais, ficando as questões de âmbito nacional sob a competência do STF. Diante de todas essas abordagens, o autor entende que as ações estruturais podem ser manejadas via mandado de injunção, recurso extraordinário, bem como ações de controle abstrato, com

---

<sup>869</sup> Ibidem.

<sup>870</sup> DANTAS, op. cit., p. 117.

especial menção para a ADPF<sup>871</sup>, de forma que tanto o STF quanto outros órgãos judiciais teriam competência para a análise das questões estruturais, enfim, num modelo difuso<sup>872</sup>.

Complementando a opinião de Dantas, não se está aqui a defender que o STF não seja também competente para a aplicação do ECI, mas que não seja o único competente, que a atribuição para se aplicar o ECI seja dispersa, difusa entre todos os juízes e tribunais em todos os graus de jurisdição. Acredita-se que ao estabelecer os juízes de primeiro grau como competentes para a aplicação do ECI, desde que respeitadas é claro as regras de competência estabelecidas pela Constituição e pelas leis, poderá, inclusive, tornar o debate, quando este por alguma forma chegar ao STF, mais promissor e mais robusto, afinal de contas, as vantagens oriundas do costume de lidar com a instrução probatória, bem como a proximidade dos juízes com os litígios será de grande valia para a construção de uma solução mais eficaz, ainda que sob a coordenação do STF em momento posterior.

---

<sup>871</sup> Embora não seja o foco da presente dissertação, já que não tratamos da aplicação do ECI em sede de controle concentrado, é preciso ressaltar a opinião de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que embora reconheça a possibilidade da utilização de instrumentos processuais tais como o mandado de injunção e o recurso extraordinário para a aplicação do ECI, defende que o melhor instrumento seria a ADPF. Para maiores detalhes sobre esse entendimento, conferir: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, pp.257-264.

Em nossa opinião, no entanto, assiste razão a Eduardo Sousa Dantas para quem a ADPF não se coaduna com o modelo de iniciativa cidadã, apontado por Owen Fiss como modelo mais apropriado para as ações estruturais. Nesse sentido, é preciso ressaltar que o problema da ADPF se dá em relação a legitimidade ativa para a propositura da ação, na qual se observa uma notória e majoritária preferência por legitimados vinculados a agentes, entidades ou órgãos públicos. Esse aliás, é o mesmo problema que se dá com a ação civil pública, cuja lei define dentre os legitimados apenas um deles que é a associação com funcionamento a mais de um ano, como única que de fato possui vínculo com a sociedade civil. DANTAS, op. cit., p. 113.

Essa inclusive é a razão pela qual não se adentrará em análise mais detalhada da ação civil pública em item específico destinado ao estudo e análise dos instrumentos processuais compatíveis com a aplicação do ECI, justamente pelo fato de não se coadunar a ação civil pública com o modelo de iniciativa cidadã de Fiss.

<sup>872</sup> *Ibidem*.

### 5.3.2.3 Instrumentos processuais compatíveis com a aplicação do ECI em sede de controle difuso

#### 5.3.2.3.1 Do Recurso Extraordinário como ação possível no exercício de competência do STF em controle difuso<sup>873</sup>

O chamado Recurso Extraordinário é um mecanismo processual previsto no inciso III do artigo 102 da CRFB/88<sup>874</sup> e apesar do nome, trata-se de mecanismo muito utilizado no âmbito da jurisdição constitucional, nesse caso, no âmbito do STF. É o encontro do controle abstrato com o controle concreto.

Do que nos interessa do recurso extraordinário nesse texto, diz respeito à questão da repercussão geral como requisito de admissibilidade que fora incluído por via da EC n 45, e cujo objetivo era o de racionalizar a função jurisdicional, ou seja, diminuir o número de recursos que acabavam chegando para serem julgados pelo STF. Consoante alerta Jobim, o alto número de processos e demandas<sup>875</sup> ao qual estavam submetidos os chamados tribunais

---

<sup>873</sup> Ao fazermos menção ao recurso extraordinário não significa que estejamos limitando a competência para a aplicação do ECI, em sede de controle difuso, apenas e exclusivamente para o STF, já que consoante se sabe o recurso extraordinário, e em que pese a sua excepcionalidade, é recurso, e, portanto, pode decorrer de uma situação concreta que fora iniciada no âmbito do 1º grau de jurisdição, o que se mostra importante ressaltar, considerando que, em tese, qualquer ação individual ou coletiva pode ser considerada como compatível com a aplicação da técnica do ECI. Para Dantas é perfeitamente possível que se reconheça um “estado de coisas inconstitucional” numa localidade, ou seja, de uma violação de direitos fundamentais de uma gama de pessoas em uma determinada localidade, consoante poderia ser o caso da penitenciária de Alcaçus no Rio Grande do Norte. DANTAS, op. cit., p. 116.

Esse também é o nosso entendimento, aliado a ideia de que o processo possa mediante recurso também ser debatido pelo STF via recurso extraordinário com repercussão geral. Para que seja possível a aplicação do ECI é necessário que sejam respeitadas as premissas teóricas dos litígios estruturais aqui levantadas, a exemplo da compatibilidade das ações com o modelo de iniciativa cidadã de Owen Fiss.

<sup>874</sup> De acordo com a Constituição Federal de 1988, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III-julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Em que pese todos esses requisitos não cumulativos para que se possa, em tese, interpor o recurso extraordinário, não serão eles objeto de análise mais detalhada nesse texto, porque foge ao objetivo pretendido pelo trabalho de analisar mais detalhadamente as implicações da repercussão geral em relação à aplicação do ECI no Brasil. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 09 ago. 2020.

<sup>875</sup> Nesse mesmo sentido a opinião de Viana para quem o quadro de abarrotamento de processos no STF é que autoriza indagar se a adoção de sistemática que permita ao recurso extraordinário ter efeito vinculante e eficácia erga omnes de fato representa um avanço em busca da eficiência do sistema como um todo ou pelo contrário, representa um golpe ao direito individual de acesso à justiça. Essa situação não tem permitido que o STF se dedique aos temas verdadeiramente constitucionais. Além disso, se tem visto um abuso no direito de recorrer, gerando um custo social e jurídico incomensurável, gerado uma crítica, sobretudo à jurisdição



de vértice fez com que novos instrumentos fossem criados a fim de fazer com que os tribunais ficassem focados em sedimentar o direito constitucional e infraconstitucional<sup>876</sup>.

Além disso, esse texto defende que a repercussão geral é mais do que um requisito processual, uma espécie de chave para que se possa reconhecer também a aplicação do ECI em sede de controle difuso em nosso ordenamento jurídico<sup>877</sup>.

Por repercussão geral entende-se o requisito recursal para efeito de admissibilidade do recurso extraordinário, que fora previsto pela Constituição<sup>878</sup> mas cuja definição fora completada pela legislação infraconstitucional, ou seja, pela lei, no caso, a Lei n 13.105/15-Código de Processo Civil<sup>879</sup>.

José Miguel Garcia Medina apresenta os seguintes exemplos do que para ele seriam exemplos de repercussão geral, portanto, de situações que ultrapassariam os interesses

constitucional como um todo, personalizada pelo STF. VIANA, Ulisses Schwartz. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: Perspectiva de racionalização do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica Consulex**, Ano XI. Nº 254, pp. 60-63, 15 de Agosto de 2007, p. 60. De acordo com o autor, muitas tem sido as propostas apresentadas para racionalizar o sistema jurídico brasileiro, que se encontra abarrotado com processos e com um enorme número de recursos e casos repetitivos. No epicentro de toda essa crise está o STF, cujo papel de guarda da Constituição fica impossibilitado pela demanda processual que tem que dar conta. *Ibidem*.

<sup>876</sup> JOBIM, Marco Félix. **Repercussão geral no recurso extraordinário, a objetivação do controle difuso de constitucionalidade das leis e o novo Código de Processo Civil**, pp. 1-10, 2012, p. 10. Disponível em: [https://www.academia.edu/31519454/A\\_repercuss%C3%A3o\\_geral\\_no\\_Recurso\\_Extraordin%C3%A1rio\\_a\\_objetiva%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_controle\\_difuso\\_de\\_constitucionalidade\\_das\\_leis\\_e\\_o\\_novo\\_C%C3%B3digo\\_de\\_Processo\\_Civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/31519454/A_repercuss%C3%A3o_geral_no_Recurso_Extraordin%C3%A1rio_a_objetiva%C3%A7%C3%A3o_do_controle_difuso_de_constitucionalidade_das_leis_e_o_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_brasileiro). Acesso em: 10 Ago. 2020.

<sup>877</sup> De acordo com Gianfranco Faggin Mastro Andrea, o recurso extraordinário quando reconhecida a repercussão geral é instrumento que pode servir à veiculação do ECI no Brasil. ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio De janeiro: Editora Lumen Juris, 2018, p. 157. Para o autor, a declaração do ECI por via de recurso extraordinário com repercussão geral, se mostra perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico nacional, considerando que o instrumento processual brasileiro se assemelha muito à ação de tutela colombiana, já que a partir de um caso paradigmático, oriundo de uma multiplicidade de casos idênticos, se mostra possível lidar com uma inconstitucionalidade decorrente de falhas estruturais. *Ibid.*, p. 158.

<sup>878</sup> Nesse sentido dispõe o § 3º do artigo 102 da CRFB/88 que: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>879</sup> De acordo com o artigo 1035, § 1º: Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. Ao analisarmos as disposições desse artigo verifica-se ainda a possibilidade de se reconhecer a repercussão geral *in re psa*, ou seja, uma repercussão geral presumida ou indireta, consoante o teor do § 3º, que assim dispõe: “§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal.” BRASIL. Lei nº 13.105/15. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 10 ago. 2020.

De acordo com Heráclito Antônio Mossin e Júlio Cesar Mossin, a chamada repercussão geral presumida ou indireta tem por objetivo a uniformização da interpretação constitucional e a economia processual. MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Recurso Extraordinário e Especial: Aspectos constitucionais, processuais e sumulares**. Leme: Editora JH Mizuno, 2018, p. 189.

subjetivos das partes: **relevância econômica** como os casos de ações que discutem o sistema financeiro de habitação, a privatização de serviços públicos essenciais, o saneamento básico, a infraestrutura e etc; **relevância política**, as situações nas quais de uma causa possam surgir decisões capazes de influenciar a relação com estados estrangeiros; **relevância social** quando há muitas ações que discutem problemas relacionados à escola, moradia, à saúde, à obrigatoriedade de o poder público fornecer medicamentos de custo alto; por **relevância jurídica** entende-se a situação em que se esteja discutindo o sentido de um instituto básico do direito, de modo que a decisão acaso não seja reformada pode representar um perigoso precedente, consoante o exemplo do significado de direito adquirido<sup>880</sup>.

De acordo com Horival Marques, quando a norma infraconstitucional faz referência a questões que tenham relevância política, jurídica, econômica e social, diz respeito a questões que são importantes não apenas para as partes envolvidas no processo, mas para a sociedade, ainda que indiretamente<sup>881</sup>.

Analisando o perfil e a questão das transformações da repercussão geral no direito processual brasileiro, Fredie Didier entende que a repercussão geral seriam as questões cuja magnitude constitucional atrai a atuação e a competência do STF, em sede de controle difuso, sendo tais ações aquelas que dizem respeito à correta interpretação e aplicação das normas sobre os direitos fundamentais, e que nesse sentido, traduzem o respeito a todo um conjunto de valores que se irradiam por toda a ordem jurídica- dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>882</sup>.

Para Viana, o modelo de conformação do recurso extraordinário antes marcado pela sua índole subjetiva e incidental, gerou uma realidade perniciosa e perversa de aparente democracia e acesso amplo ao STF, que em verdade, se tornou um tribunal que julga casos idênticos, como que uma fábrica que apenas reproduz mecanicamente decisões que digam respeito ao mesmo tema.

Com a repercussão geral no recurso extraordinário fora possível notar uma certa configuração que permite a corte se transformar de fato em uma verdadeira corte

---

<sup>880</sup> MEDINA, José Miguel GARCIA. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 625.

<sup>881</sup> JÚNIOR, Horival Marques de Freitas. **Repercussão Geral das questões constitucionais**. Dissertação Mestrado (USP). 2014, p. 1111.

<sup>882</sup> DIDER JR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luis; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 982-990, p. 988.

constitucional, nos moldes tanto do *stare decisis* norte-americano quanto do controle concentrado de constitucionalidade vigente no tribunal constitucional alemão<sup>883</sup>.

Nesse texto, defende-se que a repercussão geral nada mais constitui do que um mecanismo de índole processual cujo intuito é o de permitir que um processo cujo objetivo era o de proteção da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais se transforme em um meio de proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>884</sup>, como que uma chave que permite expandir a função inicial e protetora do processo, o qual estava voltado para a proteção da dimensão subjetiva e agora passa a se voltar também para a proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Observando os requisitos da repercussão geral e do estado de coisas inconstitucional podem-se ver pontos de encontro entre os institutos<sup>885</sup>. Consoante já dito, ao reconhecer a repercussão geral o tribunal exige a demonstração de que a lide ultrapassa o limite subjetivo das partes, requisito esse que está em consonância com o requisito do ECI de que deve ser uma lesão que atinge de forma massiva e generalizada um número amplo de pessoas, ou seja, ultrapassa o limite do interesse das partes.

Na repercussão geral exige-se ainda questões relevantes do ponto de vista social, econômico, político ou jurídico, o que vai ao encontro de outro requisito do ECI, o qual exige uma violação produzida pela ação ou omissão de diversos órgãos públicos em relação aos

---

<sup>883</sup> VIANA, Ulisses Schwartz. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: Perspectiva de racionalização do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica Consulex**, Ano XI. n. 254, p. 60-63, 15 de Agosto de 2007, p. 61.

<sup>884</sup> Nos últimos anos se tem falado na objetivação do recurso extraordinário principalmente a partir da criação do instituto da repercussão geral. Para Viana, a repercussão geral representa um passo na direção da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, posto que se deixa a ênfase subjetivista do processo para um segundo plano nos casos de conflitos transindividuais, passando-se a focar no aspecto objetivo. (Ibidem) Essa questão também foi observada por Fredie Didier que ao analisar as transformações do recurso extraordinário conclui que há uma mudança no perfil do recurso extraordinário afirmando o autor que ele passou de mecanismo de controle difuso a instrumento que também tem servido ao controle abstrato. O fato é que o recurso extraordinário tem se tornado um mecanismo que é de controle difuso, mas que tem analisado questões de inconstitucionalidade em abstrato, e que, portanto, orienta o tribunal a decidir em questões semelhantes. JR, Fredie Didier. O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 13, nº 1085, 09 de outubro de 2013, p. 10.

<sup>885</sup> Segundo Gianfranco Andrea, o recurso extraordinário com repercussão geral preenche todos os requisitos para a declaração do ECI, quais sejam: a) capacidade de se estabelecer um caso paradigmático como termômetro da violação de direitos fundamentais em razão de uma grande quantidade de ações que versam sobre o mesmo tema; b) possibilidade de a decisão proferida produzir efeitos em relação a todos os processos em andamento e os que ainda estão para serem ajuizados; c) proteção dos direitos de grupos minoritários; d) espaço para que se possa aplicar as técnicas do ECI, tal como o monitoramento supervisorio que ficaria a cargo de coordenação institucional do STF. ANDRÉA, op. cit., pp. 158-159.

direitos fundamentais, o que evidencia a relevância do problema, em especial, a relevância social e jurídica da questão.

Ademais e em que pesem as críticas de que ao reconhecer ou não a repercussão geral, o STF não realiza ato jurisdicional mas político, entende-se que essa questão precisa ser melhor aprofundada. Conquanto os atos de admissão de recursos sejam de certa forma atos políticos, na medida em que se deve verificar a incidência de determinada decisão sobre um grupo social, está claro que o ato de reconhecimento de repercussão geral em sede de recurso extraordinário por parte do STF é ato jurisdicional e não político, já que o STF só o faz se provocado, com o objetivo de realização do direito e não do bem comum, além de ser uma atuação na qual o tribunal substitui a vontade das partes, e de ter a decisão caráter de definitividade, o que só constata a natureza de ato judicial e não político do STF, ao reconhecer a repercussão geral<sup>886</sup>.

Também há críticas em relação aos conceitos de relevância jurídica, social, econômica e política, alegando-se que os mesmos seriam considerados indeterminados<sup>887</sup>. De acordo com Herval Marques, a menção a conceitos jurídicos ditos indeterminados como relevância social, política, jurídica ou econômica, feito por via de legislação infraconstitucional, qual seja, a Lei n 13.105/15 em sede de regulamentação do artigo 102, III da CF/88 constitui técnica legislativa fundamental que permite ao intérprete conformar uma realidade cada vez mais complexa ao que disposto do ponto de vista linguístico na norma jurídica, ou seja, os termos considerados vagos permitem que o intérprete possa, por exemplo, enquadrar determinada situação que no passado, não detinha a relevância necessária, mas que diante de modificações da própria realidade tão dinâmica como esta é, agora se colocam como relevantes<sup>888</sup>.

Além disso, e contrariamente à equivocada ideia de que o reconhecimento da repercussão geral se dá de forma não criteriosa, ressalta-se que os atos dos juízes, em especial, as decisões judiciais, diferentemente de alguns atos dos administradores públicos, não têm caráter discricionário, pois ao decidir, o juiz o fará de forma vinculada, fundamentada e

---

<sup>886</sup> JÚNIOR, Horival Marques de Freitas. **Repercussão Geral das questões constitucionais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, São Paulo, 2014, p. 97.

<sup>887</sup> O verdadeiro alcance da concepção de “repercussão geral” de fato cabe ao STF, que ao analisar caso a caso é quem terá a competência para definir os sentidos que quis atribuir a Constituição a termos como “relevantes” questões de natureza econômica, política, social e jurídica, o que muito aproxima o pretório Excelso do papel que é desempenhado pela Suprema Corte dos EUA no que se refere à construção jurisprudencial dos precedentes, portanto, em moldes semelhantes ao *stare decisis* americano. VIANA, op. cit., p. 61.

<sup>888</sup> JÚNIOR, op. cit., pp. 100-101.

sujeita a controle<sup>889</sup>. Sobre isso é preciso trazer à baila o entendimento de Horival Marques para quem:

Assim, distintamente do administrador público, verifica-se que o juiz não julga com fundamento em critérios de oportunidade e conveniência, ainda que a lei lhe confira uma margem mais ampla para a decisão. Na realidade, o juiz busca a melhor decisão, que será a única correta. A eventual margem no processo decisório tem como finalidade permitir ao juiz verificar qual será a melhor solução para o caso concreto, mas sem que se possa entender que as demais soluções também seriam corretas. Neste ponto reside a diferença entre a decisão judicial e a decisão administrativa discricionária<sup>890</sup>.

A par dessas considerações, entende-se que a repercussão geral resolve grande parte das críticas que são feitas dentro da doutrina colombiana no que se refere à utilização da ação de tutela, no sentido de que a referida ação não seria compatível com a proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais já que desenhada para lidar com a defesa dos direitos fundamentais do cidadão em casos concretos, além da crítica feita quanto à ausência de previsão normativa que permita essa conversão da ação de tutela em instrumento de proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em um ordenamento jurídico do *civil law*.

#### 5.3.2.3.2 Mandado de injunção como instrumento possível para a aplicação do ECI

O mandado de injunção constitui uma ação constitucional destinada a salvaguardar direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, cujo exercício pela pessoa física ou jurídica está sendo impedido por falta de norma regulamentadora, sendo esta a leitura que se faz do texto constitucional, ou seja, do inciso LXXI do artigo 5<sup>a</sup> da CRFB/88.

Consoante nos alerta Gilmar Mendes, Hely Lopes Meirelles e Arnoldo Wald, o objeto do mandado de injunção é a proteção de direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoas físicas ou jurídicas relativos à nacionalidade, à soberania e à cidadania,

---

<sup>889</sup> JÚNIOR, Horival Marques de Freitas. **Repercussão Geral das questões constitucionais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, São Paulo, 2014, pp. 101-106.

<sup>890</sup> *Ibid.*, pp. 103-104.

com fins de que superada a inação do poder público em expedir normas regulamentadoras, seja possível a fruição de tais direitos<sup>891</sup>.

Nesse sentido, aliás, entende Clève que o direito que desafia o mandado de injunção são todos os direitos, e não somente aqueles previstos no título II da Constituição. Em relação às liberdades constitucionais, está claro que estas se referem a uma postura negativa por parte do estado, de modo que se mostra difícil não ser exercida ante a ausência de norma regulamentadora. De todo modo, o autor considera possível que o *writ* possa ser manejado sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de uma liberdade pública. Por fim, sobre as prerrogativas constitucionais, normalmente são autoaplicáveis e não dependem de regulamentação, de modo que a elas também se aplica o mesmo raciocínio anterior para as liberdades públicas<sup>892</sup>.

O mandado de injunção é ainda uma ação voltada para a proteção da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, portanto, pode-se afirmar que se trata de mecanismo de controle difuso e não concentrado consoante é o caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>893</sup>. De acordo com Walter Claudius Rothenburg, o objetivo do mandado de injunção é oferecer uma resposta concreta, no sentido de ser um instrumento que realiza os direitos constitucionais subjetivos. Ademais, busca-se por meio dele conferir ao arcabouço legal uma integridade normativa de modo que a norma constitucional possa se realizar na prática<sup>894</sup>.

De acordo com Meirelles, Wald e Mendes, os requisitos para o cabimento do mandado de injunção são: a) a existência de um direito constitucional relacionado com a soberania, a cidadania ou a nacionalidade; b) a ausência de norma regulamentadora que impeça o exercício desse direito. Não se trata de ação constitucional que vise atacar qualquer tipo de omissão do poder público, mas tão somente as omissões que se relacionem com o exercício de direitos constitucionais fundamentais. Nesse sentido, não serve para, por exemplo, regulamentar os efeitos de medida provisória que foi rejeitada, nem para tratar de descumprimento,

---

<sup>891</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 287.

<sup>892</sup> CLÈVE, op. cit., p. 367.

<sup>893</sup> De acordo com Marinonni, o mandado de injunção tem por objetivo tutelar um direito subjetivo, constituindo-se em mecanismo que serve para a fiscalização *in concreto* da inconstitucionalidade por omissão. MARINONNI, Luis Guilherme. **O mandado de injunção como remédio contra a omissão inconstitucional no direito brasileiro**, pp. 1-29, 2014, p. 1. Disponível em: [https://www.academia.edu/1501580/Mandado\\_de\\_injun%C3%A7%C3%A3o\\_e\\_omiss%C3%A3o\\_inconstitu](https://www.academia.edu/1501580/Mandado_de_injun%C3%A7%C3%A3o_e_omiss%C3%A3o_inconstitu%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil) cional\_no\_Brasil. Acesso em: 14. ago. 2020.

<sup>894</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. A segunda geração do mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, v. 47, n. 188, pp. 69-91, out./dez. 2010, p. 73.

inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma que esteja em vigor. O objeto consiste, assim, em regular situação de fruição de direito ante a ausência de norma regulamentadora<sup>895</sup>.

É preciso deixar claro que não são todas as normas sob as quais se pode deduzir pedido de regulamentação, mas tão somente aquelas que dependem de regulamentação. Nesse sentido, as normas autoaplicáveis não podem ser objeto do mandado de injunção<sup>896</sup>. O mandado de injunção destina-se a solucionar casos de omissão por parte do Poder Público, cuja inação em regulamentar determinado direito inerente à cidadania, soberania e nacionalidade, acaba por impedir a fruição desses direitos. Nesse sentido, qualquer cidadão que se sinta prejudicado pode ajuizar a ação.

Analisando-se os seus requisitos, é possível verificar a compatibilidade da utilização do mandado de injunção com a aplicação da técnica do ECI. Aliás, esse também é o entendimento de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o qual reconhece a possibilidade do uso do mandado de injunção, destinado que é à superação de omissões administrativas e legislativas, considerando-se, portanto como uma das opções viáveis para a aplicação do ECI<sup>897</sup>.

Entende-se que o mandado de injunção tem um escopo estruturante, ainda que formalmente se inicie por via individual. De início é preciso dizer que o mandado de injunção está em total consonância com o modelo cidadão de iniciativa de demanda judicial que fora proposto por Fiss, já que qualquer cidadão que se sentir lesado ou prejudicado poderá ajuizá-lo perante o juiz ou tribunal.

Ademais, cumpre o mandado de injunção um outro requisito defendido no âmbito desse texto que é o seu caráter de julgamento difuso. Qualquer juiz ou tribunal, em tese, tem competência para julgar o mandado de injunção, desde que observadas algumas particularidades. Nesse sentido traz-se lição de Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Mendes. Para esses autores, a competência para o julgamento do mandado de injunção se definirá a partir da identificação de quem compete expedir ou regulamentar a norma<sup>898</sup>.

---

<sup>895</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 287.

<sup>896</sup> Esse também é o entendimento de Clémerson Mérlin Clève para quem não são objeto do mandado de injunção os direitos, as garantias e as prerrogativas constitucionais consideradas auto-aplicáveis. CLÈVE, op. cit. p., 367.

<sup>897</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 259.

<sup>898</sup> MEIRELLES; WALD; MENDES, op. cit., pp. 290-291.

Assim se a expedição da norma regulamentadora faltante couber ao Presidente da República, ao Congresso Nacional, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal, à Mesa de uma dessas Casas Legislativas, ao TCU, a um dos Tribunais Superiores ou ao próprio STF, caberá ao STF o julgamento do mandado. Se a competência para expedir a norma regulamentadora for da atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da Administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, será de competência do STJ, sendo de competência dos tribunais e dos juízes as demais questões residuais. Consoante anota Gilmar Mendes, no estado de São Paulo, a competência para o julgamento de mandado de injunção em razão da falta de norma regulamentadora de competência tanto de autoridades estaduais quanto municipais é originariamente do TJ-SP<sup>899</sup>.

Sobre esse assunto, é preciso ressaltar que o tema da organização judiciária é questão que compete exclusivamente ao estado-membro legislar, de modo que o que se observa na prática dos estados, é que a maioria deles atribuiu competência aos tribunais de justiça para o julgamento de mandados de injunção em face de autoridades municipais e estaduais<sup>900</sup>.

Além da compatibilidade do mandado de injunção com a aplicação do ECI no que diz respeito à legitimidade cidadã e ao caráter difuso de competência para julgamento, há ademais o fato de o mandado de injunção se dirigir a existência de uma omissão perpetrada pelo Poder público, em especial uma inação legislativa e administrativa, requisito esse que se coaduna perfeitamente com um dos requisitos ensejadores da aplicação do estado de coisas inconstitucional que é justamente a existência de uma omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais.

Nos casos de mandado de injunção, dado que se trata de caso voltado à proteção de direitos fundamentais e prerrogativas inerentes à cidadania, à soberania e à nacionalidade, também se demonstra bastante razoável que a superação do problema tenha de se dar por meio de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a um conjunto deles.

---

<sup>899</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 290-291.

<sup>900</sup> Nesse sentido a afirmação de João Francisco Naves da Fonseca, para quem a grande maioria dos estados atribuiu competência aos tribunais de estado para o julgamento do mandado de injunção contra atos de autoridades municipais ou estaduais. FONSECA, João Francisco Naves da. **O processo do mandado de injunção**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016 Edição do Kindle, posição 994. No caso dos juízes federais, os mesmos têm atribuição. *Ibid.*, posição 985. No caso dos juízes estaduais, essa questão depende da forma como se organiza o judiciário estadual, já que compete aos estados legislar sobre a organização judiciária. *Ibid.*, posição 989.



A eficácia da decisão proferida em sede de mandado de injunção é outro ponto que merece ser discutido no que se refere especificamente a outro requisito ensejador do ECI, que é a afetação do ato lesivo em face de um número amplo e indeterminado de pessoas, e isso porque a eficácia de uma decisão deve estar naturalmente vinculada, pelo menos em tese, ao número de pessoas que restam afetadas pelo ato ou omissão de uma das partes.

Conquanto seja pacífico o entendimento de que o mandado de injunção, por ser um mecanismo do controle difuso e concreto, voltado para a proteção da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, tem eficácia *inter partes*, e esta seja a regra prevista pelo *caput* do artigo 9º da Lei n 13.300/16, há situações em que haverá a necessidade de conferir eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, notadamente porque consoante nos afirma Neves, todo instrumento processual deve se adequar às especificidades e exigências inerentes ao direito material a serviço do qual o instrumento está voltado, de modo que no caso do mandado de injunção não poderia ser diferente<sup>901</sup>.

A possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* ao mandado de injunção restou inclusive prevista de forma explícita quando da regulamentação do seu procedimento pela Lei n 13.300/16. Trata-se do artigo 9º, § 1º que permite sejam os efeitos da decisão em sede de mandado de injunção, estendidos para todos ou para outras partes que estejam sob as mesmas condições análogas ao do impetrante. De acordo com esse dispositivo, a concessão de eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* se dará quando for imprescindível para fins de exercício do direito, liberdade ou da prerrogativa objeto da impugnação

Nesse sentido, interessante trazer à baila o entendimento de Cémerson Mérlin Clève para quem em regra os efeitos do mandado de injunção são *inter partes*, mas que no caso de mandado de injunção coletivo os efeitos alcançarão o universo dos substituídos, podendo-se até mesmo ter efeitos semelhantes aos da ação de inconstitucionalidade por omissão (*erga omnes*), nos casos em que se tratar da proteção de direitos difusos<sup>902</sup>. Sobre o alcance subjetivo do mandado de injunção adverte Rothenburg que o seu alcance dependerá do tipo de direito e da situação que está sendo discutida, já que muitas vezes a resposta que se dará para um determinado mandado de injunção poderá ser utilizada de maneira uniforme para outros casos que sejam semelhantes, em razão principalmente do princípio da isonomia<sup>903</sup>.

---

<sup>901</sup> FONSECA, João Francisco Naves da. **O processo do mandado de injunção**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016 Edição do Kindle, posições 1403-1408.

<sup>902</sup> CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata do controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 386-387.

<sup>903</sup> ROTHENBURG, op. cit, p. 73.

Nesse sentido, há determinadas situações em que as decisões tomadas em sede de mandado de injunção deverão ter eficácia, naturalmente, *erga omnes* ou *ultra partes*, tais como: (i) nos casos de mandado de injunção que vise regulamentar direito difuso, a exemplo de uma situação em que o Ministério Público atue na condição de substituto processual na defesa do direito de pessoas indetermináveis, o que faz com que a eficácia da decisão tenha de ser *erga omnes* e não limitada às partes; (ii) nos casos de mandado de injunção coletivo que visa regulamentar direito coletivo, em que apesar de o substituto processual bem como as pessoas titulares dos direitos serem identificáveis e determináveis, a eficácia deverá ser *ultra partes* a fim de abarcar todos os casos que possam ser subsumidos na norma formulada no caso concreto dos autos do mandado de injunção; (iii) nos casos de mandado de injunção individual ou coletivo, cuja norma formulada no caso concreto seja generalizável a ponto de poder ser estendida a outros casos análogos, cujo exemplo pode ser o caso do mandado de injunção que julgou o direito de aposentadoria especial dos servidores públicos<sup>904</sup>.

Essa permissão dada para que se dê eficácia geral ao mandado de injunção não lhe retira o seu caráter incidental, além de ser fundamental posto que respeita os princípios da isonomia e também da segurança jurídica dentro do ordenamento jurídico. Além disso, evita ainda que haja um congestionamento da máquina judiciária, no sentido de impedir que diversas ações com a mesma causa de pedir sejam ajuizadas nos tribunais. Aliás, essa situação também fora prevista de forma explícita pela Lei n 13.300/16, quando o artigo 9º, § 2º estabelece que transitada em julgado a decisão, o juiz relator poderá estender os efeitos da decisão para os casos análogos por via de decisão monocrática. Aqui nos parece que o objetivo fora no sentido de evitar que diversas ações com a mesma causa de pedir, portanto, se pode dizer, ações análogas pudessem ser manejadas aos montes, e isso acabasse por gerar um enorme trabalho para os tribunais.

Ora, todas essas observações e dispositivos normativos militam em favor da possibilidade de aplicação do ECI em sede do mandado de injunção, posto que de forma bastante sintetizada: (i) a decisão no mandado de injunção poderá ter eficácia *erga omnes*, portanto atingindo um número indeterminado de pessoas, justamente em face de o ato lesivo atingir também uma quantidade indeterminada de pessoas, sendo este um importante requisito para a aplicação do ECI; (ii) a decisão do mandado de injunção também poderá ser estendida por decisão monocrática do relator para casos análogos, o que nos parece ter sido com o

---

<sup>904</sup> VALLE, André Rufino do. “Até que enfim, uma lei para o Mandado de Injunção”. **Consultor Jurídico**, 30 jul. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-30/observatorioconstitucional-enfim-lei-mandado-injuncao?imprimir=1>. Acesso em: 17 set. 2020.

objetivo de evitar um congestionamento do Poder Judiciário, o que vai ao encontro de um dos requisitos do ECI que é justamente a potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação dos direitos em demandas judiciais, que se somaria às já existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária.

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo geral demonstrar que o estado de coisas inconstitucional é uma técnica de matiz jurídica, no sentido de ser um meio que está à disposição do juiz para a solução dos chamados litígios estruturais, além de ser uma técnica que pode ser aplicada por qualquer juízo ou tribunal, e não apenas pelo STF.

Para isso foram adotados como objetivos específicos: (i) identificar as origens, o atual contexto e as tendências do controle de constitucionalidade difuso vigente no Brasil; (ii) identificar as origens, o conceito e as características essenciais dos chamados litígios estruturais, em especial, no que diz respeito ao *structural reform litigation*, além de apresentar exemplos de litígios estruturais em outros países; (iii) identificar as origens, o conceito e o atual estágio de desenvolvimento jurisprudencial do estado de coisas inconstitucional no contexto colombiano; (iv) analisar se é possível e em caso afirmativo, de que forma deve ser a transferência da técnica do ECI para o ordenamento jurídico brasileiro; (v) descrever o atual estado da arte do ECI no contexto brasileiro; (vi) analisar quem deve ter competência para a aplicação do ECI, se apenas o STF ou qualquer juiz ou tribunal; (vii) identificar quais instrumentos processuais do ordenamento jurídico brasileiro seriam compatíveis, em sede de controle difuso, com a aplicação da técnica do estado de coisas inconstitucional.

Os problemas centrais da pesquisa giraram em torno de saber se o estado de coisas inconstitucional é técnica jurídica capaz de solucionar os litígios estruturais, bem como se poderia essa técnica ser aplicada por qualquer juízo ou tribunal. A par disso, foram elaboradas as seguintes questões orientadoras com o fito de permitir o desenvolvimento da pesquisa: Quais as origens, o contexto e quais são as tendências do controle de constitucionalidade difuso no Brasil? O que são litígios estruturais, quais são as suas características essenciais, e quais são as vantagens e as críticas que podem ser apontadas em relação a essa tipologia de litígios? Qual modelo de intervenção judicial é mais adequado para os litígios estruturais? Há exemplos substanciais desse tipo de litígio em outros países? O que é estado de coisas inconstitucional a partir de uma perspectiva jurídica? Quais as origens e os casos paradigmáticos do estado de coisas inconstitucional no contexto colombiano? Qual o perfil evolutivo da Corte Constitucional da Colômbia em relação à aplicação do estado de coisas inconstitucional? É possível, de fato, superar o estado de coisas inconstitucional? Que elementos podem servir de base para que se avalie a superação? É possível o

transplante/migração/ recepção do estado de coisas inconstitucional do ordenamento jurídico colombiano para o brasileiro? Qual o estado da arte do estado de coisas inconstitucional dentro do contexto brasileiro? É possível sugerir um esboço de um modelo possível para a aplicação do estado de coisas inconstitucional no Brasil, consideradas as particularidades do ordenamento jurídico brasileiro? Que características ou pressupostos teóricos devem ser elencados para que se possa verificar se o ECI pode ser aplicado no ordenamento jurídico no Brasil? É possível a aplicação do ECI por qualquer juiz ou tribunal no exercício do controle difuso de constitucionalidade? Existem instrumentos processuais no ordenamento jurídico brasileiro que sejam compatíveis com a aplicação do estado de coisas inconstitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade?

No que diz respeito à dissertação propriamente dita, diga-se o desenvolvimento da mesma, foi possível vislumbrar as seguintes conclusões: **No capítulo 2** foi possível verificar que as origens do controle de constitucionalidade difuso, em que pese ser apontado como uma criação de John Marshall, de fato é o resultado de uma construção que já vinha ao longo do tempo sendo realizada, desde as ideias de Alexander Hamilton, perpassando por casos julgados por juízes e até mesmo pela Suprema Corte, que não podem ser colocados à margem da análise histórica das origens do controle difuso de constitucionalidade.

A pesquisa, assim, apontou para a necessidade de uma reflexão mais crítica acerca das origens do controle nos EUA. No entanto, apontou também para a relevância e a imprescindibilidade de *Marbury vs Madison* no que se refere à construção do *judicial review*, em especial no que se refere à consolidação da revisão judicial dentro de um ambiente de disputas entre os poderes constituídos.

Foi possível identificar que o controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil se deu em razão do papel de artífice de Rui Barbosa, e que ainda que se alegue ter existido um controle de constitucionalidade realizado durante o Império, este não era um controle judicial, nem tampouco apresentou relevância no que diz respeito à existência de exemplos práticos, dado evidentemente à proeminência do Poder Moderador.

Também fora possível constatar que o modelo difuso brasileiro, em que pese ter sido inspirado no direito norte-americano não copiou o *stare decisis* como elemento de coesão do sistema, o que não impediu que diversas alterações constitucionais e infralegais tenham sido realizadas ao longo do tempo com o objetivo de buscar um *stare decisis* à brasileira, daí por

que se pôde concluir que o modelo norte-americano, guardadas as diferenças entre ambos, ainda é uma inspiração permanente para o controle difuso de constitucionalidade brasileiro.

Além disso, verificou-se que dentre as principais tendências do controle de constitucionalidade difuso no Brasil está a abstrativização, decorrente em grande medida do fenômeno de circulação e hibridação dos sistemas de controle de constitucionalidade, que vem ocorrendo em todo o mundo. Por fim, foi possível vislumbrar que a judicialização da política também é uma tendência no âmbito do controle de constitucionalidade, de tal forma que conflitos antes resolvidos no âmbito de outros poderes passaram a ser debatidos no âmbito judicial, utilizando-se as partes de argumentos constitucionais como veículos para poder acessar os juízes e os tribunais constitucionais.

Firmada essa premissa da judicialização da política como uma tendência também no contexto do controle de constitucionalidade, percebeu-se que os juízes passaram a ter de lidar com litígios cada vez mais complexos. **No capítulo 3**, que trata dos chamados litígios estruturais, foi possível verificar que estes litígios têm uma tipologia diversa do modelo de solução de conflitos dito tradicional ou clássico, sendo, portanto, multipolar, policêntrico, prospectivo e no qual a jurisdição dos tribunais permanece enquanto ainda não superada a violação dos direitos. Verificou-se que estes litígios ditos estruturais interferem não apenas em relação às próprias partes que estão envolvidas diretamente no processo, mas em relação a outras pessoas, que não fazem parte da lide. Verificou-se que estes processos, em que pesem as críticas de ordem democrática, institucional e liberal apontadas, também apresentam as vantagens de permitir uma maior justiciabilidade dos direitos sociais, com maior eficácia e potencial de transformação social do que qualquer instrumento ou ação individual.

Também nesse capítulo fora possível vislumbrar que não há, *a priori*, nenhum modelo de intervenção ou decisão judicial que seja mais adequado ou mais compatível com os litígios estruturais, de tal modo que o que determinará a expedição de medidas judiciais mais simples ou mais complexas será a causa ou antecedente causal do agravo. Todavia, foi possível se concluir que em se tratando dos litígios estruturais, grande parte das medidas é do tipo complexa, e que nesse sentido, o modelo experimentalista apontado por Simon e Sabel se mostra mais compatível, posto que pressupõe, além de um modelo de ordens flexíveis e abertas, o constante monitoramento e supervisão dos comandos gerais expedidos pelos tribunais.

Por fim, foi possível vislumbrar que há outros exemplos muito significativos da utilização do modelo de litígios estruturais em outros países como Índia e África do Sul, que não apenas o ECI.

No **capítulo 4**, que aborda o estado de coisas inconstitucional como técnica para a solução dos litígios estruturais, foi possível vislumbrar que o ECI é sob a perspectiva jurídica, uma técnica, no sentido de ser um meio ou recurso à disposição do juiz para lidar com os litígios estruturais. Verificou-se também que o ECI se encontra em uma fase dita de reiteração na Colômbia, já que os pronunciamentos mais atuais da CCC, não se dirigem a reconhecer novos casos de estado de coisas inconstitucional, mas a reiterar a existência do ECI em relação a casos que já foram julgados pela corte. Não se trata, no entanto, de abandono da técnica no contexto colombiano, especialmente a partir do caso da T-760-2008, mas de sua utilização mais cautelosa por parte da CCC, o que certamente vai ao encontro da subsidiariedade como uma das características essenciais dos litígios estruturais. Vislumbrou-se ainda a existência de crítica contundente à utilização da *acción de tutela* como meio mais adequado para a aplicação do ECI no contexto colombiano, o que de fato se mostrou bastante preocupante dada a ausência de norma constitucional ou infraconstitucional que permita que uma ação cujo intuito é a proteção à dimensão subjetiva dos direitos se transmude em uma ação para a proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Em relação aos efeitos do ECI, foi possível verificar a existência de três perspectivas. Ao se adotar a perspectiva neorrealista do direito, resultou na conclusão de que o ECI pouco ou quase nenhum efeito positivo produziu ao longo de sua utilização pela Corte Constitucional da Colômbia, pelo menos no que tange aos efeitos materiais e palpáveis em relação às partes dos processos.

Ao se adotar, por outro lado, a perspectiva construtivista do direito, foi possível verificar a existência de efeitos simbólicos, no sentido de alteração das percepções dos colombianos em relação a situação dos *desplazados*. No entanto, ficou claro que nenhuma sentença poderá ser considerada como um caso de sucesso se os efeitos indiretos ou simbólicos não forem capazes de catalisar a produção de efeitos no plano da realidade palpável das vítimas, portanto, a partir de uma perspectiva complexa com ênfase na vítima ou eclética, esta sim, a mais adequada para a avaliação dos efeitos do ECI.

Ainda em relação aos efeitos do ECI, fora possível constatar a existência de diversos estudos que defendem a aplicação de métodos objetivos ou indicadores de monitoramento

para avaliar o grau de satisfação dos DESC, inclusive, um desses métodos, dirigido especificamente para a análise dos resultados e consequente superação do ECI. No entanto, constatou-se que nenhum método, seja ele o mais sofisticado ou complexo possível pode ser considerado como um fim em si mesmo, como que uma verdade absoluta, mas certamente pode constituir um ponto de partida para que se aperfeiçoe e se permita cada vez mais a utilização de indicadores de monitoramento nos casos de análise da superação do ECI.

Ficou claro que a análise do estado de coisas inconstitucional como técnica capaz de solucionar os litígios estruturais está intimamente vinculada à necessidade da adoção de um modelo adequado de monitoramento e de supervisão dos efeitos da decisão judicial.

No **capítulo 5**, que debateu a possibilidade de aplicação do ECI em sede de controle difuso no Brasil, pôde-se vislumbrar que dadas as similitudes de ordem econômica, social, política e histórica entre Brasil e Colômbia, se mostra perfeitamente possível a migração do ECI da Colômbia para o Brasil, sendo imprescindível dizer que se convencionou, a partir da análise de todas as metáforas adotadas no direito comparatista, a utilização do termo ‘migração de ideias constitucionais’ por se entender que seja o termo mais plausível e capaz de captar o que de fato ocorre entre sistemas e institutos de ordenamentos jurídicos diferentes.

Também restou demonstrado que o ECI é técnica que pode estar à disposição de qualquer juízo ou tribunal, considerado o modelo de iniciativa cidadã que se aplica em sede de litígios estruturais. Não restou demonstrado que houvesse qualquer incompatibilidade de uso do ECI por parte dos juízes e tribunais de primeiro e segundo graus. Pelo contrário, ficou constatado que o STF teria muito mais dificuldade de lidar com os litígios estruturais do que os tribunais ou os juízos inferiores, dada a sua pouca prática com a instrução processual, ademais de sua carga excessiva de processos a serem julgados.

Através da pesquisa pode-se vislumbrar que o máximo que o STF tem feito no que tange à instrução de litígios mais complexos, tem sido a utilização de audiências públicas, as quais, no entanto, têm demonstrado não produzirem os efeitos positivos que delas se esperavam. Por outro lado, foi possível perceber que os tribunais e juízes inferiores também enfrentam problemas com o excesso de processos a serem julgados, não sendo isso um problema exclusivo do STF.

No que se refere a quais instrumentos processuais seriam aptos à aplicação do ECI em sede de controle difuso no Brasil, pôde-se vislumbrar que a análise dessa aptidão deveria estar amparada em critérios como: a) se é compatível com o modelo de iniciativa cidadã; b) a



possibilidade de que os efeitos da decisão possam ultrapassar as partes envolvidas no processo; e por fim, c) o objeto da própria ação em análise. Nesse sentido, foi possível constatar que o recurso extraordinário com repercussão geral e o mandado de injunção seriam dois instrumentos possíveis e compatíveis com a aplicação do ECI em sede de controle difuso no Brasil, considerados os critérios acima elencados.

Considerando o perfil propositivo dessa pesquisa, e as conclusões obtidas com a análise crítica dos dados colhidos, pôde-se confirmar a hipótese apenas de forma parcial.

Assim, não foi possível demonstrar que o ECI é técnica capaz de solucionar os litígios estruturais. Essa constatação está vinculada a uma razão prática, dado que o ECI apesar de ainda utilizado pela CCC, não tem surtido o efeito esperado, vide os problemas estruturais ainda encontrados no contexto colombiano, e a postura da CCC em reiterar a existência do estado de coisas inconstitucional em relação a diversos casos que já foram julgados pela corte.

Tal constatação, no entanto, não tem o condão de diminuir a relevância da técnica no sentido de a mesma constituir meio com potencial para melhorar o grau de satisfação dos direitos das partes envolvidas, haja vista o seu efeito simbólico e ao mesmo tempo desbloqueador, no sentido de alterar as percepções da sociedade em relação a um dado problema, que por razões as mais diversas possíveis, estava às margens de qualquer debate social.

Apenas se propõe a criação, o desenvolvimento e a aplicação de um método no Brasil que seja capaz de avaliar com precisão e objetividade os resultados da intervenção judicial por meio do ECI em relação ao grau de satisfação dos DESC, para que o debate sobre a eficácia da técnica não fique no plano abstrato.

A hipótese, por outro lado, pôde ser confirmada no que tange à possibilidade de migração do ECI para o Brasil e de que pode ser ele uma técnica a ser aplicada por todo e qualquer juiz e não apenas pelo STF, propondo-se apenas que se faça uma reestruturação institucional do Judiciário de modo a permitir que juízes ou seções de tribunais fiquem exclusivamente responsáveis pela análise de litígios estruturais, e com isso se permita que apliquem o estado de coisas inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Coleção Temas de Direito Constitucional em Homenagem ao Professor Pinto Ferreira. Editora Juspodivm: Salvador, 2008.
- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: A nova revolução do direito**: Lisboa: Editions du Seuil e Republique des Idées, 2005.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello de. Reclamação 4335 e a busca do *stare decisis*. **Revista Consultor Jurídico**, 25 de maio de 2013, Observatório Constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-25/observatorio-constitucional-reclamacao-4335-busca-stare-decisis>. Acesso em: 01 ago. 2019.
- ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio De janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.
- APPIO, Eduardo. **Controle Difuso de Constitucionalidade: Modulação dos Efeitos, Uniformização de Jurisprudência e Coisa Julgada**. Curitiba: Editora Juruá, 2009.
- ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; CABRAL, Márcio Alexandre Diniz. O Estado de Coisas Inconstitucional: Da Colômbia ao Brasil. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). **Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americano**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p.183-199.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 1-21, 2013. Disponível em: [https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es\\_estruturais\\_no\\_direito\\_processual\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro). Acesso em: 07 set. 2019.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministocracia: O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estudos**, CEBRAP, São Paulo., v 37. n. 1, pp. 13-32. Jan/Abr. 2018.
- ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129-160.
- BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras (1891)**. Vol. II. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, 2012.
- BARBOSA, Rui. **A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlântida Editora, 1893.
- BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. Tomo II. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1933.
- BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Tomo V. Vol. XX. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1893.

BARNETT, Randy. Constitutional Clichés. **Capital University Law Review**, vol. 36, n. 3, p. 493/510, 2008.

BARROS, Sergio Resende de. Constituição, artigo 52,X, reversibilidade?. **Revista de Informação Legislativa**, v. 40, n. 158, p. 233-239, abr./jun. 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/858/R158-14.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 01 ago. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papeis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 11. out. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Cadernos [SYN]THESIS**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, pp. 1-42, Abr./Jun. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

BATEUP, Christine, The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, issue 3, n. 1, p. 1109-1180, 2006.

BAUERMANN, Desirê. *Structural Injunctions* no direito norte-americano. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sergio Cruz. **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 279-302.

BAZÁN, Victor; STEINER, Christian.(cordinadores). **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales**. 5 ed. Bogotá: Programa Estado de Derecho para Latinoamerica de la Konrad- Adenauert-Stifug, 2015.

BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of The Constitution of The United States**. New York: The Macmillan Company. 1962.

BELICE, Afonso Codolo. **Combate à cultura do encarceramento: Estado de Coisas Inconstitucional e as audiências de custódia**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional)- Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2019.

BELTRAN, Andrés Mauricio Gutierrez. **El amparo estructural de los derechos**. 2016. Tesis Doctoral- Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madri, Madri, 2016.

BERGER, Raoul, Dr. Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?. **University Pennsylvania Law Review**, v.117, n.4, p. 521-545, February/1969. Disponível em:

[https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6082&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6082&context=penn_law_review). Acesso em 22 jul. 2019.

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

BICKEL, Alexander M. **The Supreme Court and the Idea of Progress**. New Haven: Yale University Press, 1978.

BILDER, Mary Sarah. The Corporate Origins of Judicial Review. **Yale Law Journal**, v.116, n. 3, p. 502-566, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo y Democracia**. Traducción de José E Fernández Sanállán. México: FCE, 1989.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. 8ª ed. Brasília: OAB Editora, 2006.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo v. 14, n. 40, pp. 155-176, Sept./Dec.2000. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9553>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BORGES, Pedro Henrique Libanio. **O custo do direito em contraste com o mínimo existencial ecológico: Uma análise à luz da teoria do estado de coisas inconstitucional**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito- Universidade Federal do Mato Grosso, 2018.

BOURDIEU, Pierre. Elementos para una sociologia del campo jurídico. *In*: BORDEAU, Pierre; TEUBNER, Ghunter. **La fuerza del derecho**. Estudio preliminar y Traducción de Carlos Morales de Setén Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000, p. 153-220.

BOYER, Allen Dyer. Understanding, Authority, and Will: Sr. Edward Coke and the Elizabethan Origins of Judicial Review. **Boston College Law Review**, v. 39, Issue 1, n. 1, p.43-93, 1998. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2085&context=bclr>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. [Constituição (1824)]. Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de Março de 1824). Rio de Janeiro: Secretaria de Estado de Negócios do Império do Brazil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. [Constituição (1891)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Rio de Janeiro: Presidência da República, [1926]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 23 set. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de Outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. Sala das Sessões do Governo Provisório. Coleção de Leis do Brasil-1890, Página 2744 Vol. Fasc.X (Publicação Original). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-publicacaooriginal-1pe.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. Decreto n 591, de 06 de Julho de 1992. Atos Internacionais: Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, 06 de julho de 1992; 171º da Independência e 104º da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Revogada pela Lei n 13.105 de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm). Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Lei n 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 10 nov.2018.

BRASIL. Lei n 9.055, de 01 de Junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 2/6/1995, Página 7889 (Publicação Original). Coleção de Leis do Brasil - 1995, Página 2207 Vol. 6 (Publicação Original). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9055-1-junho-1995-374812-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.756, de 17 de Dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103446/lei-9756-98>. Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Lei n 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. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm). Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. Lei n 9.882, de 03 de Dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.352, de 26 de Dezembro de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, referentes a recursos e reexame necessário. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10352-26-dezembro-2001-429473-exposicaodemotivos-150126-pl.html>. Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Lei n 11.276, de 7 de Fevereiro de 2006. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11276.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11276.htm). Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Lei n 11.418, de 19 de Dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm). Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Lei n 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República. Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Lei n 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. Presidência da República. Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm). Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. RIO DE JANEIRO. Lei n 3.579, de 07 de Junho de 2001. Dispõe sobre a substituição progressiva da produção e comercialização de produtos que contenham asbesto e dá outras providências. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/fb3bff663634f12103256a6a004681ad?OpenDocument&Highlight=0,3579>. Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1.304.269/MG, Relator: Min. Og Fernandes, Diário da Justiça Eletrônico: 20/10/2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76952014&num\\_registro=201200320156&data=20171020&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76952014&num_registro=201200320156&data=20171020&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 02 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial 1.637.827/PR, Relator: Min. Herman Benjamin, Diário da Justiça Eletrônico: 19/12/2016. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67154303&num\\_registro=201602762795&data=20161219&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67154303&num_registro=201602762795&data=20161219&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 02 mar.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 367.432/PR, Relator: Min. Eros Grau, Diário da Justiça Eletrônico: 14/04/2010. Disponível em:<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2074964> . Acesso em: 02 mar.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.406/RJ. Relator: Min. Rosa Weber. Data do julgamento: 29/11/2017. DJE nº 278, divulgado em 01/12/2017. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2272225>. Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.470/RJ. Relator: Min. Rosa Weber. Data do julgamento: 29/11/2017. DJE nº 278, divulgado em 01/12/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2287108>. Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Reclamação 2.990/RN, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 16/08/2007, Data de Publicação: DJe-101 Divulgação: 13-09-2007, Publicação: 14-09-2007, Diário da Justiça: 14-09-2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727520/agregna-reclamacao-rcl-2990-rn/inteiro-teor-103113725?ref=juris-tabs> . Acesso em: 01 mar.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação 2.363/PA, Relator: Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 23/10/2003, Data de Publicação, Diário da Justiça: 01-04-2005. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2976786/reclamacao-rcl-2363-pa/inteiro-teor-101205871?ref=juris-tabs> . Acesso em: 01 mar.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação n 2810/MG. Relator: Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 18/11/2004. Data de publicação: 23/11/2004. Disponível em : <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2243370>. Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação nº 4335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de Março de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101> Acesso em: 27 jul.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe. 20.08.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 10 nov.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: 04/05/2004. Disponível em:<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf> . Acesso em: 02 mar.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação 2.986/SE, Relator: Min. Celso de Mello, Diário da Justiça: 18/03/2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2257729>. Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação 3.880/SE, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 10/11/2005, Data de Publicação: Diário da Justiça: 18/11/2005. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14786134/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-3880-se-stf?ref=home>. Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação 4.614/RS, Relator: Min. Ayres Britto, Diário da Justiça: 16/10/2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2409229>. Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 556.556/PR, Relator: Min. Ellen Gracie, Diário da Justiça Eletrônico: 16/02/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2541103>. Acesso em: 02 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela Provisória na Medida Cautelar na ADPF nº 347. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347decisao.Covid19.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRITO, Edvaldo. Jurisdição Constitucional: Controle de constitucionalidade. no direito brasileiro. Inconstitucionalidades das reformas. Efetividade dos direitos fundamentais. **Revista Erga Omnes**. Salvador, Ano 5, nº 7, pp. 34-50, Agosto de 2013.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro y Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp e Const. de J. Villeneuve E. C, 1857.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook. Edição do Kindle.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CANO, Natália Bernal. Convergencias y divergencias de las acciones y procedimientos constitucionales em el ordenamento juridico colombiano. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, Año XVIII, pp. 77-92, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos en serio los derechos sociales, economicos y culturales. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 1, p. 239-260, 1988. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1226&IDA=35267>. Acesso em: 02 mai. 2020.



CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CÁRDENAS, Blanca Raquel. **Contornos jurídicos-fácticos del Estado de cosas inconstitucional**. 1 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

CÁRDENAS, Blanca Raquel. **Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

CARRERA SILVA, Liliana. La acción de tutela en Colômbia. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (IUS)**, Año V, n. 27, p. 72-94, enero./unio.2011.

CARVALHO, Jose Murillo de. **Cidadania no Brasil: O longo caminho**. 11 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do contrôle da constitucionalidade**. 1 edição. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1966.

CHAYES, Abraham. **El rol del juez en el litigio de interes público**. Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic, pp. 1-39, junho. 2017. Disponível em: [https://www.academia.edu/33807119/El\\_rol\\_del\\_juez\\_en\\_el\\_litigio\\_de\\_inter%C3%A9s\\_p%C3%BAblico](https://www.academia.edu/33807119/El_rol_del_juez_en_el_litigio_de_inter%C3%A9s_p%C3%BAblico). Acesso em: 07 set. 2019.

CHENWI, Lillan; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: A focus on the right to housing**. Community Law Centre (CLC). University of the Western Cape, 2010.

CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. *In*: CHOUDHRY, Sujit (edited). **The Mgration of Constitutional Ideas**. New York. Cambridge University Press, 2006, p. 1-36.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 54, pp. 1-8, jan. 2006.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata do controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CLINTON, Robert Lowry, **Marbury v. Madison and Judicial Review**. Lawrence: University of Kansas Press, 1989.

COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia de 1991. Disponível em: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia sentencia SU 250 de 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>. Acesso em: 26 jun. 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia sentencia T-025-04. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia sentencia T-153-1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia sentencia T-525 de 1999. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-525-99.htm>. Acesso em: 04 jul. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia sentencia T-590 de 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia sentencia T-760 de 2008. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

COLÔMBIA. Decreto n 2591, de 19 de noviembre de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Departamento Administrativo de la Presidencia da Republica. Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991. Disponível em: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2591\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html). Acesso em: 01 mar. 2019.

CONSTANT, Benjamim. **Princípios Políticos Constitucionais**. Organização e Introdução Aurélio Wander Bastos. 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014.

CONTINENTINO, Marcelo Cassebi. **A história do Controle de constitucionalidade das leis no Brasil: Percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)**. São Paulo: Editora Almedina, 2015.

CONTRERAS, Edgar Hernán Fuentes; LÓPEZ, Beatriz Eugenia Suárez; VILLEGAS, Adriana Rincón. Facticidad y Constitución: La Doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en América Latina. **Athenas**, Brasil, v. I, n. 2, pp. 49-75, 2012.

COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. **Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales**, pp. 1-51, [2001]. Disponível em: <http://www.oda-alc.org/documentos/1366995147.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2020.

COURTIS, Christian. Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores em materia de derechos econômicos, sociales y culturales. In: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; GARAVITO, Cesar Rodriguez. **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y LAEHR, 2010, p. 387-426.

COUTO, Edenildo Souza. **O ativismo estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no “estado de coisas inconstitucional”**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 10ª ed. atual e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

DAHL, Robert. A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker. **Journal of Public Law**, n 6, p. 279-295, 1957.

DAHL, Robert. A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

LANDAU, David E. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 1, pp. 190-247, Winter 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

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

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. **Estadão**, Publicado em 19.09.2015. Opinião. Disponível em: <http://opinio.estado.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional>. Disponível em: <https://opinio.estado.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 07 jul. 2020.

DEVA, Surya. Public Interest Litigation in India: A Critical Review. **Civil Justice Quarterly**, v. 28, pp. 19-40, 2009. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1424236](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1424236). Acesso em: 22 fev. 2020.

DIAZ, Alejandro Arango. **Del estado de cosas inconstitucional**. Artículos maestría en derecho Universidad Sergio Arboleda -Santa Maria. 10 jun 2013. Disponível em: <http://derechojusticiaypaz.blogspot.com/2013/06/del-estado-de-cosas-inconstitucional.html>. Acesso em 14 mai.2020.

DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. *In*: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sergio Cruz. **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p.353-368.

DIDER JR, Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 13, n 1085, 09 de outubro de 2013.

DIDER JR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. *In*: FUX, Luis; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord). **Processo e Constituição: Estudos em ho-**

**menagem ao professor José Carlos Moreira.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 982-990.

DUQUE, Frederico Guzmán. The Guiding Principles on Internal Displacement: Judicial Incorporation and Subsequent Application in Colombia. *In: RIVADENEIRA, Rodolfo Arango.* (ed) **Judicial Protection of internally displaced persons: The colombian experience.** Washington DC: The Brookings Institution- University of Bern, 2009, p. 175-204.

DUVERGER, Maurice. **Le système politique français.** Paris: Puf, 1996.

EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism? **Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1.401/ 1.416, 2002.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese.** Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2009. FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões Estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: Critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 1, pp. 211-246, 2018.

FAGUNDES, Ricardo Antonio Menezes Cabral. **O sistema prisional brasileiro frente a omissão estatal e ao estado de coisas inconstitucional: Uma análise do controle jurisdicional de políticas públicas.** 2016. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais.** Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FAVOREU, Louis. La Constitucionalizacion Del Derecho. **Revista de Derecho**, v XII, p. 31-43, 2001. Disponível em: <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v12n1/art03.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2020.

FELNER, Eitan. Cómo hacer operativo el uso de indicadores para el monitoreo de los derechos económicos y sociales? Una propuesta metodológica. *In: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; GARAVITO, Cesar Rodriguez.* **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina.** Bogotá: Siglo del Hombre Editores y LAEHR, 2010, p. 427-460.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. A obsolescência da bipolaridade tradicional (modelo americano – modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional. *In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (coord.).* **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 366-395.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeu-kelseniano. **Pensamiento Constitucional**, Año XI, v. 11, n. 11, pp. 19-75, 2005.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Instituto de Direito Público. Brasília, Ano 6, n. 2, p. 168-236, jul./dez. 2013.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1964.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 36ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILHO, Roberto Fragale. Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: A ADPF 54 como estudo de caso. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 06, n. 12, p. 504-535, 2015.

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

FISS, Owen M.. **Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coordenação da tradução. Carlos Alberto de Salles. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FONSECA, João Francisco Naves da. **O processo do mandado de injunção**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. Ebook. Edição do Kindle.

FONTAINHA, Fernando; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger. (Orgs.). **História oral do Supremo: 1988-2013, v. 3: Sepúlveda Pertence**. Rio de Janeiro, RJ, Brasil: FGV Direito Rio, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13672/Hist%c3%b3ria%20Oral%20do%20Supremo%20-%20Volume%2003%20-%20Sep%c3%balveda%20Pertence.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 16 set. 2020.

FRANCA, Mariana Wanderley Cabral Monteiro da. **Estado de coisas Inconstitucional: A precária capacidade institucional do Poder Judiciário em efetivar o direito fundamental à educação**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito)- Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, 2018.

FRIEDMAN, Barry. The Myths of Marbury. *In*: TUSHNET, Mark. (Ed.). **Arguing Marbury v. Madison**. California: Stanford University Press, 2005, p. 65-103.

FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978.

GARAGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, n. 2, Diciembre 2013.

Disponível em:

[https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ\\_V14N2\\_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ_V14N2_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 01 mar. 2019.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GARAVITO, Cesar Rodríguez. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, p. 1669-1698, 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

GARAVITO, Cesar Rodríguez. Cuando cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. *In*: GARAVITO, Cesar Rodríguez. (Coord) **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-493.

GARAVITO, Cesar Rodríguez; FRANCO, Diana Rodriguez. **Juicio a la Exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

GLEZER, Rubens; MACHADO, Eloísa. Decide, mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional. **JOTA**, Publicado em 9 de setembro de 2015. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17311/Decide\\_mas\\_n%c3%a3o\\_muda\\_STF\\_e\\_o\\_Estado\\_de\\_Coisas\\_Inconstitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17311/Decide_mas_n%c3%a3o_muda_STF_e_o_Estado_de_Coisas_Inconstitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 10 jul. 2019.

GÓMEZ-PINTO, Luis Ricardo. El control constitucional en Colombia: sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública, **Vniversitas**, v. 122, pp.169 -212, 2011.

GÓMEZ-PINTO, Luis Ricardo. **El juez de las políticas públicas Del estado de cosas inconstitucional en la política económica em Colombia**. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others, 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, par. 52-3.

GRANT. J. A.C. El control jurisdiccional de constitucionalidad: Una contribución de las Américas a la ciencia política. **Revista de la Faculdade de Derecho de México**, n. 49, pp. 57-82, 1963. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25948>. Acesso em: 16 jul.2019.

GRAY, Charles M. Bonham's Case Reviewed. **Proceedings of the American Philosophical Society**, v. 116, n. 1, p. 35-58, february 1972. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/985705?read-now=1&refreqid=excelsior%3A2a92804e07e6df15a1aa55fe28b0ecf6&seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/985705?read-now=1&refreqid=excelsior%3A2a92804e07e6df15a1aa55fe28b0ecf6&seq=1#page_scan_tab_contents). Acesso em: 23 jul. 2019.

GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. *In*: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 442-482.

GRAZIADEI, Michele. Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge. **Theoretical Inquiries In Law**, v.10, n. 2, p. 723-743, jul. 2009.

GREY, Thomas C. Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought. **Stanford Law Review**, v. 30, n. 5, p. 843-893, may.1978. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/1228166?read-now=1&seq=2#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1228166?read-now=1&seq=2#page_scan_tab_contents). Acesso em: 22 jul. 2019.

GRIFFIN, Stephen. The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights. In: TUSHNET, Mark. (Ed.). **Arguing Marbury v. Madison**. California: Stanford University Press, 2005, p. 104-166.

GUASTINI, Ricardo. **La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico**: El caso italiano. pp. 153-183. Disponível em: [https://www.academia.edu/39165782/LA\\_CONSTITUCIONALIZACION\\_DEL\\_ORDENAMIENTO\\_JURIDICO\\_EL\\_CASO\\_ITALIANO](https://www.academia.edu/39165782/LA_CONSTITUCIONALIZACION_DEL_ORDENAMIENTO_JURIDICO_EL_CASO_ITALIANO). Acesso em: 23 abr. 2020.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. VI II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Livia da Silva. Ao Relator, Tudo: O Impacto do Aumento do Poder do Ministro Relator no Supremo. **Revista Opin Jur**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p.268-283, jan./dez. 2015.

HERNÁNDEZ, Clara Inês Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado 'estado de cosas inconstitucional'. **Revista Centro de Estudios Constitucionales**, Santiago de Chile, Universidad de Talca, v. 1, n. 1, pp. 203-228, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HIGUERA, Jose Libardo Ariza; GÓMEZ, Mario Andrés Torres. Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciário em Colombia. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, pp. 630-660, 2019.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. **The Oxford Handbook of Political Science**. Edited by Robert E. Goodin. Online Publication Date: Sep 2013. Disponível em: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001/oxfordhb-9780199604456-e-013>.

HOLLADAY, Zachary. Public Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 19, pp. 555-573, 2012.

IGLESIAS, Edimer Leonardo Latorre. **Litígio Estructural y Eperimentalismo Jurídico: Análisis Sociojurídico a los cambios generados por la sentencia T-025 en la población desplazada**. Santa Marta: Universidad Sergio Arboleda, 2015.

JARAMILLO, Juan Fernando; UPRIMY Rodrigo; GUAMIZO, Diana. Intervención Judicial en cárceles. **Revista del Foro Constitucional Iberoamericano**, n. 12, pp. 129-163, Octubre.2005/ Octubre. 2006.

JARAMILLO, Leonardo García. La doctrina jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional. Respuesta Judicial a la necesidad de reducir la disociación entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social. *In*: JARAMILLO, Leonardo García. **Constitucionalismo Deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario**. Cidade de México: UNAM, 2015, p. 188-191.

JOBIM, Marco Félix. Medidas Estruturantes. **Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Ebook. Versão do Kindle.

JOBIM, Marco Félix. **Repercussão geral no recurso extraordinário, a objetivação do controle difuso de constitucionalidade das leis e o novo Código de Processo Civil**, pp. 1-10, 2012. Disponível em:

[https://www.academia.edu/31519454/A\\_repercuss%C3%A3o\\_geral\\_no\\_Recurso\\_Extraordin%C3%A1rio\\_a\\_objetiva%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_controle\\_difuso\\_de\\_constitucionalidade\\_das\\_leis\\_e\\_o\\_novo\\_C%C3%B3digo\\_de\\_Processo\\_Civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/31519454/A_repercuss%C3%A3o_geral_no_Recurso_Extraordin%C3%A1rio_a_objetiva%C3%A7%C3%A3o_do_controle_difuso_de_constitucionalidade_das_leis_e_o_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_brasileiro). Acesso em: 10 ago. 2020.

JONES, Greg. Proper Judicial Activism. **Regent University Law Review**, v. 14, p.141-179, 2002.

JÚNIOR, Horival Marques de Freitas. **Repercussão Geral das questões constitucionais**.2014. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, São Paulo, 2014.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1.441/1.477, 2004.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativista ou Altivo? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.



LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. Tradução de Gustavo Castagna Machado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 9, n.1, pp. 1-21, 2014.

LEMOS, Amanda Lopes Espiñeira Nunes; CRUZ, Gabriel Marques Dias da. Análise do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e seu papel como instrumento de efetivação da política pública carcerária. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 3, p. 18-40, 2018.

LIMA FILHO, A. V. de. O controle de constitucionalidade: bosquejo de sua história. **Revista da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, v. 95, pp. 293-323, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constituicion**. Traducion y cbludio sobre la ohra por Alfredo Gallego. Anabitarte. 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1975. LÓPEZ DAZA, Germán Alfonso. El juez costitucional colombiano como legislador positivo: Un gobierno de los jueces? **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 24, enero-junio 2011.

LUBISCO, Nidia Maria Lienert; VIERA, Sônia Chagas. **Manual de estilo acadêmico: trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses**. 6ª ed. rev. e ampl. Salvador: EDUFBA, 2019.

LYONS, Quintero Josefina; MONTERROZA, Angélica M. Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales cómo mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerabela em Colombia. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, v. 3, n. 1, p. 69-80, 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4767667>. Acesso em: 13 Mai. 2020.

MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. **Revista de Processo**, v. 289, p. 423-448, | Mar / 2019.

MARÇAL, Felipe Barreto; TOSTA, André Ribeiro. Gerenciamento processual adequado das demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo artigo 21 da LINDB. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 179-207.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MARINA, Catalina Botero. **La acción de Tutela em el Ordenamento Constitucional Colombiano**. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2009.

MARINONNI, Luis Guilherme. **O mandado de injunção como remédio contra a omissão inconstitucional no direito brasileiro**, pp. 1-28, 2014. Disponível em: [https://www.academia.edu/1501580/Mandado\\_de\\_injun%C3%A7%C3%A3o\\_e\\_omiss%C3%A3o\\_inconstitucional\\_no\\_Brasil](https://www.academia.edu/1501580/Mandado_de_injun%C3%A7%C3%A3o_e_omiss%C3%A3o_inconstitucional_no_Brasil). Acesso em: 14. ago. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Quando tudo começou: o Marbury vs. Madison brasileiro**. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/04/13/quando-tudo-comecou-o-marbury-vs-madison-brasileiro/>. Acesso em: 24 jul. 2019.

MAUÉS, Antônio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baia. **Direito à igualdade e transcendência dos fundamentos determinantes**, pp. 5700-5723, 2009. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2245.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2245.pdf). Acesso em: 01 fev. 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. Disponível em: <http://mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

McCANN, Michael, **Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization**. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

McGOVNEY, Dudley Odell. The British Origin of Judicial Review of Legislation. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 93, pp. 1-49, 1944. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9362&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9362&context=penn_law_review). Acesso em: 22 jul. 2019.

MEDINA, José Miguel GARCIA. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO PORTO, José Roberto; MARTINS, Daniel Adriano Araldi. STF não adota (ainda) a abstrativização do controle difuso. **Revista Consultor Jurídico**, 10 de maio de 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/opiniaao-stf-nao-adota-ainda-abstrativizacao-controle-difuso>. Acesso em: 10 Fev. 2020.

MENDES, Conrado Hubner. Onze Ilhas. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 01 de fevereiro de 2010. Opinião. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaao/fz0102201008.htm>. Acesso em: 10 jul.2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica da Presidência da República**, Brasília, Brasília, v. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1067>. Acesso em: 12 fev. 2020

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>. Acesso em: 04 ago. 2019.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo Antigo e Moderno**. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1991.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Decisão e Jurisdição Constitucional: Críticas às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MONSERRAT, 2000. “González de Delgado, Cristina y otros. c. Universidad Nacional de Córdoba” CSJN el 19 de septiembre de 2000. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-gonzalez-delgado-cristina-otros-universidad-nacional-cordoba-recurso-hecho-fa00000224-2000-09-19/123456789-422-0000-0ots-eupmocsollaf>. Acesso em: 11 mai. 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte Americana: um modelo para o mundo? **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 233, pp. 201-211, Jul./Set. 2003.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Recurso Extraordinário e Especial: Aspectos constitucionais, processuais e sumulares**. Leme: Editora JH Mizuno, 2018.

MULLER, Gustav. Conceptualising 'meaningful engagement' as a deliberative democratic partnership. **Stellenbosch Law Review**, v. 3, p. 742-758, 2011.

MURCIA, Luis Eduardo Pérez. Indicadores de Derechos Humanos: Propuesta para valorar el disfrute de los derechos coaiales. *In*: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; GARAVITO, Cesar Rodriguez. **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y LAEHR, 2010, p. 461-520.

NETO, Jaime Barreiros. **A engenharia institucional e o debate contemporâneo da reforma política no Brasil: Análise crítica das propostas e tendências**. 2017. Tese (Doutorado em Ciências Sociais)- Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2017.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. **Dos litígios aos processos estruturais: Pressupostos e fundamentos**. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019\\_05\\_1051\\_1076.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_1051_1076.pdf). Acesso em: 13 ago. 2020.

OSUNA, Nestor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos en Colombia. *In*: BAZÁN, Victor; STEINER, Christian.(cordinadores). **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales**. 5ª ed. Bogotá: Programa Estado de Derecho para Latinoamerica de la Konrad- Adenauert-Stifug, 2015.

PÁDUA, Elisabete Matallo Marchesini de. **Metodologia da Pesquisa: Abordagem teórico-prática**. 18 ed. Campinas: Editora Papirus, 2019.

PAÉZ, Nicolás Augusto Romero. La doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia: Novedades del neoconstitucionalismo y la inconstitucionalidad de la realidad. **Revista Derecho Iberoamericano**, n. 1, p. 243-264, 2012. Disponível em: [dialnet.unirioja.es](http://dialnet.unirioja.es) > descarga > articulo. Acesso em: 25 mai. 2020.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceito, sistemas e efeitos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Compromisso significativo**. Artigo publicado no jornal Correio Braziliense, no caderno opinião, em 14.09.2015.

PAUSEN, Michael Stokes. The Irrepressible Myth of Marbury. **Michigan Law Review**, v. 101, issue 8, p. 2706-2743, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1764&context=mlr>. Acesso em: 10 jul. 2019.

PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. Trad. Maria Auxiliadora Castro e Camargo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, p. 59-76, jan/mar. 2005..Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/42/165/ri/v42\\_n165\\_p59.pdf](https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/42/165/ri/v42_n165_p59.pdf) .Acesso em: 03 ago. 2019.

PEÑA, Bustamante. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. 2011. Dissertação (Mestrado em Estudos Políticos)- Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Bogotá, 2011.

PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations. *In*: ROSENFELD, Michel; SAJO, Andrés. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1304-1327.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales**, Año 8, n. 15, p.128-146, Primer semestre de 2006. Disponível em: [revistascientificas.us.es > araucaria > article > view](http://revistascientificas.us.es/araucaria/article/view). Acesso em: 05 mai. 2020.

POPPER, Sir Karl R. **Conhecimento objetivo: Uma abordagem evolucionária**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1972.

POSNER, Richard A, The meaning of judicial self- restrain. **Indiana Law Journal**. v. 59, issue 1, pp. 1-24, 1983.

PUGA, Mariela. El Litigio Estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**, año 1, n. 2, p. 41-82, noviembre. 2014. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41667.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019.

PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Tesis Doctoral, pp. 1-328, maio 2013. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/251231477\\_LITIGIO\\_ESTRUCTURAL\\_-\\_Tesis\\_Doctoral\\_Mariela\\_Puga](https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga). Acesso em: 11 mai. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Ebook. Edição do Kindle.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZENDE, Claudiney Rocha. **Medindo e compreendendo a superlotação carcerária no Brasil: discussões conceituais, caracterização empírica e fatores explicativos no contexto pós estado de coisas inconstitucional**. 2019. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas)- Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Estado de coisas surreal. **JOTA**, Publicado em 25/09/2015. Opinião & Análise. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opinioao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opinioao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015). Acesso em 21 jun. 2020.

ROSA, Camila Maria. **Estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro ativismo judicial estrutural dialógico como superação de falhas nas políticas públicas e efetividade dos direitos fundamentais dos presos**. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica)- Universidade Estadual do Norte do Paraná, Curitiba, 2017.

ROSENBERG, Gerald. N. **The hollow hope: can courts bring about social change**. 2 ed. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 2007.

ROSENN, Keith. S. Trad. Paulo Gomes Pimentel Júnior. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, pp. 159-185, Jan./Mar.2004,

ROTHENBURG, Walter Claudius. A segunda geração do mandado de injunção. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 188, p. 69-91, out./dez. 2010.

RUBIO LLORENTE, Francisco Rubio. Traduzido por Annabelle Pena-Gaia e Jérôme Tremeau. Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe. **Annuaire international de justice constitutionnelle**, L'école, la religion et la Constitution Constitution et élections. p. 11-29, 12/199-, 1997. Disponível em: [https://www.persee.fr/docAsPDF/aijc\\_0995-3817\\_1997\\_num\\_12\\_1996\\_1395.pdf](https://www.persee.fr/docAsPDF/aijc_0995-3817_1997_num_12_1996_1395.pdf). Acesso em: 08 ago. 2019.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. Traducción de Maria Emilia Mamberti. **Revista de Interés Público**, La Plata, año 1, n. 2, p. 9-91, noviembre. 2017. Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/6350>. Acesso em: 08 mai. 2020.

SACCO, Rodolfo. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II). **American Journal of Comparative Law**, v. 39, n. 1, pp. 1-34, 1991.

SACCO, Rodolfo. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II). **American Journal of Comparative Law**, v. 39, n. 3, pp. 343-401, 1991a.

SALDARRIAGA, Esteban Restrepo. ¿Cómo garantizar justicia a los desplazados? El desplazado como paria. La garantía de los derechos a la verdad, la justicia y reparación de las víctimas del delito del desplazamiento forzado em Colombia. *In*: GARAVITO, Cesar Rodríguez. (Coord.). **Más allá del desplazamiento. Políticas, Derechos y Superación del desplazamiento forzado em Colombia**, Bogotá: Universidade de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 292-432.

SANCHÉZ, Jose Acosta. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la democracia constitucional.** Madri: Editorial Tecnos, 1998.

SANTOS, Rafael Seixas. **Política Penitenciária, STF e Estado de coisas Inconstitucional: Diálogos Institucionais.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito)- Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. *In*: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sergio Cruz. **Processos Estruturais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 203-232.

SCHLESINGER JR, Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, vol. 35, n. 1, pp. 73-212, 1947.

SCHNEIDER, Hans Peter. Jurisdicción Constitucional y Separación del Poderes. Trad. Joaquin Abellan. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 2, núm. 5, mayo-agosto 1982. Disponível em: [dianel.unirioja.es.articulo.pdf](http://dianel.unirioja.es/articulo.pdf).. Acesso em: 05 mai. 2020.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico.** 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso da Silva. **A aplicabilidade das normas constitucionais.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, Victor Oliveira. **O estado de coisas inconstitucional e o caso dos dependentes de crack e similares em situação de rua.** 2018. Dissertação (Mestrado Profissional em Justiça Administrativa)- Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

SMITH II, George P. Dr. Bonham' s Case and the Modern Significance of Lord Coke' s Influence. **Washington Law Review**, v. 41, p. 297-314,1966. Disponível em: <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1794&context=scholar>. Acesso em: 23 jul. 2019.

SOUSA, Paulino José Soares de. **Ensaio de Direito Administrativo.** Tomo I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

SOUTH AFRICA. The Constitution of the Republic of South Africa. 1996. Disponível em: <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf>. Acesso em: 16 set. 2020.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos EUA: Principais Decisões**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da constituição, democracia e igualdade**, [2003], pp. 1-43. Disponível em: [https://www.academia.edu/9139234/Teoria\\_da\\_constitui%C3%A7%C3%A3o\\_democracia\\_e\\_igualdade](https://www.academia.edu/9139234/Teoria_da_constitui%C3%A7%C3%A3o_democracia_e_igualdade). Acesso em: 03 mai. 2020.

SOUZA, Braz Florindo Henriques de. **Do poder moderador: Ensaio de direito constitucional**. Recife: Typologia Universal, 1864.

SOUZA, Iara Lis Carvalho. **Pátria coroadá: o Brasil como corpo autônomo 1780-1831**. São Paulo: Fundação Editora Unesp, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e os limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta: Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI**, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Jacarezinho, n. 7, pp. 45-68, 2007. Disponível em: [seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72](http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72). Acesso em: 03 ago. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Revista Consultor Jurídico**, Publicado em 24 de outubro de 2015. Observatório Constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SUÉLT COCK, Vanessa. Vanessa. El estado de cosas de inconstitucionalidade. In: INÉS ACOSTA, Juana López. *et al* (eds.). **20 Años de la Constitución Colombiana: logros, retrocesos y agenda pendiente**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 203-224.

SUSTEIN, Cass. R; VERMULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, p. 885-951, february 2003.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: Ensaio**. Apresentação, Organização e Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TEUBNER, Günther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. **Modern Law Review**, vol. 61, pp. 11-32, 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2005.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. La resistência constitucional y los valores. **Doxa**, n. 15-16, pp. 635-650, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mandado de Injunção e a Legalidade Financeira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 187, p. 94-110, 1992.

TREANOR, William Michael. Judicial Review Before Marbury. **Stanford Law Review**, v. 58, p.455-562, 2005. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/13a1/858f2424f373b5079b1481d9883f80d898ce.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2019.

TRIPATHY, Hari Bansh. Public Interest Litigation in Comparative Perspective. **NJA Law Journal**, p. 49-71, 2007. Disponível em: [https://www.academia.edu/14844664/Public\\_Interest\\_Litigation\\_in\\_Comparative\\_Perspective](https://www.academia.edu/14844664/Public_Interest_Litigation_in_Comparative_Perspective). Acesso em: 20 fev. 2020.

TUSHNET, Mark. **Constitucionalismo y Judicial Review**. Lima: Palestra Editores, Palestra Extramuros nº 8, Spanish Edition, 2013. Ebook. Edição do Kindle.

TUSHNET, Mark. Revisión Judicial Dialógica. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, n. 2, p. 1-10, Diciembre de 2013.

UNITED STATES OF AMERICA. Constitution the United States. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 12 jul. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Galloway v. United States. Disponível em: <https://study.com/academy/lesson/galloway-v-united-states-summary.html>. Acesso em: 21 jul. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Lochner v. New York. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/198/45>. Acesso em: 01 de jul. 2020.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOUVÊA, Carina Barbosa. **Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial**, pp. 1-27, [2014]. Disponível em: [https://www.academia.edu/9218920/Direito\\_%C3%A0\\_moradia\\_no\\_Brasil\\_e\\_na\\_Col%C3%B4mbia\\_uma\\_perspectiva\\_comparativa\\_em\\_favor\\_de\\_um\\_construtivismo\\_judicial](https://www.academia.edu/9218920/Direito_%C3%A0_moradia_no_Brasil_e_na_Col%C3%B4mbia_uma_perspectiva_comparativa_em_favor_de_um_construtivismo_judicial) Acesso em: 15 jul. 2020

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York: New York University, 1995.

VASCONCELOS, Zacharias de Góes e. **Da natureza e limites do poder Moderador**. 2 ed. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1862.

VÉLEZ, Alba Lucia. La acción de tutela: ¿un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alterno para acceder a servicios de salud? **Colombia Médica**, Universidad del Valle, Cali, Colombia, vol. 36, núm. 3, p. 199-208, julio/septiembre. 2005.

VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice. **William & Mary Law Review**. v. 43. Issue 4, pp. 1557-1567, 2002

VIANA, Ulisses Schwartz. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: Perspectiva de racionalização do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica Consulex**, Ano XI. n. 254, p. 60-63, 15 de Agosto de 2007.



VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: Debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Editora Saraiva, Série IDP, 2015.

VIERA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar (?). **JOTA**, Publicado em 05/10/2015. Opinião & Análise. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>. Acesso em: 26 fev. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV** 8, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul/dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 13 Out. 2019.

VIOLIN, Jordão. *Holt vs Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sergio Cruz. **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 303-352.

VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**, p. 1-28, 2018. Disponível em: [https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO\\_OS\\_CONCEITOS\\_A\\_S%C3%89RIO\\_PR OCES-SO\\_ESTRUTURAL\\_PROCESSO\\_COLETIVO\\_PROCESSO\\_ESTRAT%C3%89GICO\\_E\\_S UAS\\_DIFEREN%C3%87AS](https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_S%C3%89RIO_PR OCES-SO_ESTRUTURAL_PROCESSO_COLETIVO_PROCESSO_ESTRAT%C3%89GICO_E_S UAS_DIFEREN%C3%87AS). Acesso em: 13 ago. 2020.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales**. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018.

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

WALKER, Neil. The Migration of Constitutional Ideas and the Migration of the Constitutional Idea: the Case of the EU. **EUI Working Paper Law**, pp. 1-17, april. 2004.

WATSON, Alan. **Legal Transplants: an Approach to Comparative Law**. 2 ed. Georgia: University of Georgia Press, 1974.

WEAVER, Russell L. The Rise and Decline of Structural Remedies. **San Diego Law Review**, v. 41, issue 4, p.1617-1632, 2004. Disponível em: <https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol41/iss4/11>. Acesso em: 12 abr. 2020.

WEBER, M. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

WHITTINGTON, Keith. E; RINDERLE, Amanda. Making a Mountain Out of a Molehill? Marbury and the Construction of the Constitutional Canon. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 39, n. 4, p. 823-860, Summer/2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2003083](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2003083) Acesso em: 18 jul. 2019.

WHITTINGTON, Keith. E. **Judicial Review and Constitutional Politics**. Washington DC: American Historical Association, 2015.

YEPES, Rodrigo Uprimy. A judicialização da política na Colômbia: Casos, Potencialidades e riscos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 6. Ano 4, pp. 53-69, 2007.

ZAWASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2001.