

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO “STRICTO SENSU” EM DIREITO
CONSTITUCIONAL

JULIANA PATRICIO DA PAIXÃO

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: DA TEORIA À
CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA DE PENSAMENTO NO BRASIL

NITERÓI

2020

JULIANA PATRICIO DA PAIXÃO

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: DA TEORIA À
CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA DE PENSAMENTO NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Braga Peña de Moraes

NITERÓI

2020

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

P142e Paixão, JULIANA PATRICIO DA
Estado de coisas inconstitucional : da teoria à
consolidação do sistema de pensamento no Brasil / JULIANA
PATRICIO DA Paixão ; GUILHERME BRAGA PEÑA DE MORAES,
orientador. Niterói, 2020.
131 f.

Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense,
Niterói, 2020.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22409/PPGDC.2020.m.13631223714>

1. Estado de coisas inconstitucional. 2. Jurisdição
constitucional. 3. Ativismo judicial. 4. Sentença estrutural.
5. Produção intelectual. I. MORAES, GUILHERME BRAGA PEÑA DE,
orientador. II. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de
Direito. III. Título.

CDD -

Bibliotecário responsável: Sandra Lopes Coelho - CRB7/3389

JULIANA PATRICIO DA PAIXÃO

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: DA TEORIA À CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA DE
PENSAMENTO NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições Políticas,
Administração Pública e Jurisdição
Constitucional

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Guilherme Braga Peña de Moraes (Orientador) - Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Eduardo Manuel Val (professor interno) - Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Gustavo Sampaio Telles Ferreira - Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Siddharta Legale Ferreira (professor convidado) - Universidade Federal do Rio de Janeiro

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tornar tudo possível.

Ao professor e orientador Guilherme Braga Peña de Moraes, pela orientação com atenção, dedicação e paciência e pelos precisos insights que enriqueceram enormemente esta produção acadêmica.

Aos professores Eduardo Manuel Val, Gustavo Sampaio Telles Ferreira e Siddharta Legale Ferreira pela colaboração e pelo estímulo, ao seu olhar desafiador, a me tornar uma aluna, pesquisadora e jurista cada vez melhor.

Aos amigos da secretaria do PPGDC, Eric e Jayme, pela dedicação e fidalguia no entendimento, não medindo esforços para sanar todas as solicitações.

À Universidade Federal Fluminense (UFF), por proporcionar um ambiente de estudos críticos, reflexões e amadurecimento profissional.

Aos meus pais, Avelino e Edelzuita, por depositar tanta fé e esperança em mim e tornar toda a minha vida possível.

À tia Nelly, Ricardo e Renata, meus padrinhos, Frank, Annie, por todo o amor, carinho e atenção que sempre me dedicaram.

Aos jovens e adolescentes Leonardo, Fernanda, Luiz Eduardo, João Ricardo e Ana Beatriz, minha irmã, pelas risadas, pelas brincadeiras trocadas e as viagens mais divertidas.

A ele, fonte de amor, carinho e inspiração.

A todos os que, com palavras e atitudes, me ajudaram a chegar até aqui.

“Nenhuma atividade no bem é insignificante...
As mais altas árvores são oriundas de minúsculas sementes”

Chico Xavier

RESUMO

O tema do trabalho delimita-se no estudo acerca da reação dos três Poderes perante a teoria do estado de coisas inconstitucional (ECI) reconhecida na ADPF 347/DF, que trata da seletividade da efetividade dos direitos fundamentais para apenas algumas camadas da sociedade.

O intuito é realizar a análise das condições socioeconômicas e políticas para apoio e avanço do ECI nos EUA e cotejar com a ausência desse substrato político e socioeconômico na atuação ambivalente das instituições brasileiras a partir de setembro de 2015, data da liminar proferida na ADPF 347/DF.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Jurisdição constitucional. Ativismo judicial. Sentença estrutural.

ABSTRACT

The theme of the work is delimited in the study of the reaction of the three branches of government to the unconstitutional state of affairs (ECI), theory recognized in ADPF 347/DF, which deals with the selectivity of the effectiveness of fundamental rights for only certain layers of society.

The intention is to carry out the analysis of socioeconomic and political conditions to support and advance the ECI in the USA and to compare with the absence of this political and socioeconomic substrate in the ambivalent performance of Brazilian institutions as of September 2015, date of the preliminary injunction issued in ADPF 347/DF.

Keywords: Unconstitutional State of Affairs, Constitutional Jurisdiction, Judicial activism, structural injunction

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

ONU - Organização das Nações Unidas

PEC - Proposta de Emenda à Constituição

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. A reação dos três Poderes perante a teoria do estado de coisas inconstitucional (ECI) na ADPF 347/DF.....	17
1.1. Balanço dos avanços e retrocessos desde o reconhecimento da teoria do ECI.....	17
1.2 Primeiras manifestações diante da medida liminar.....	23
1.3 Reação do Poder Legislativo.....	30
1.3.1 A omissão no projeto de lei da Câmara dos Deputados n. 8058/2014.....	32
1.3.2 A omissão no projeto de lei do Senado Federal n. 736/2015.....	34
1.4 Reação do Poder Executivo.....	37
1.4.1 Constitucionalismo abusivo.....	38
1.5 Reação do Poder Judiciário.....	42
1.5.1 Falta de centralidade do estado de coisas inconstitucional na repercussão geral.....	44
2. Justaposição das experiências constitucionais de ativismo dialógico.....	52
2.1. Decisões da Suprema Corte americana no <i>Brown v. Board of Education of Topeka</i> (1954), <i>Brown II</i> (1955), <i>Cooper v. Aaron</i> (1958) nos EUA: uma análise qualitativa.....	52
2.1.1 Uma bola de neve: o impasse norte-sul sobre a situação dos afrodescendentes norte-americanos.....	52
2.1.2 Contexto inquietante.....	58
2.1.3 A avalanche: campanhas, pressão política e boicotes.....	61
2.1.4 Campanha estratégica de <i>Brown vs. Board of Education of Topeka</i>	63
2.1.5 O precedente <i>Brown vs. Board of Education of Topeka</i>	64
2.1.6 O <i>backlash</i> e a <i>Brown II</i>	70
2.1.7 <i>Cooper v. Aaron</i> (1958)	
2.2 Reações do Poder Executivo e do Poder Legislativo.....	81
2.3 Lições do caso <i>Brown</i> e <i>Little Rock</i> sobre processos estruturais.....	83

3. Da teoria do ECI ao sistema de pensamento do ECI.....	86
3.1. A construção conceitual da teoria do estado de coisas inconstitucional como processo estrutural.....	90
3.2. O processo estrutural pode ser de âmbito nacional ou estadual?.....	104
3.3. O processo estrutural e os processos-satélites: a conexão por prejudicialidade.....	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
REFERÊNCIAS.....	116

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca analisar a mudança de paradigma da jurisdição constitucional pela adoção de processos estruturais na ordem jurídica brasileira. Dessa maneira, demonstra a centralidade do estado de coisas inconstitucional como um remédio estrutural para a maior colaboração e cooperação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, expõe o desenvolvimento do estado de coisas inconstitucional de teoria a um sistema de pensamento para garantir a máxima efetividade da Constituição.

A partir do reconhecimento e declaração do estado de coisas inconstitucional (ECI) na ADPF 347/DF, são expostas as reações dos três Poderes, que consolidam a seletividade da efetividade dos direitos fundamentais para apenas algumas camadas da sociedade brasileira entre 2015 e 2020. Diante desse problema, se pretende averiguar as razões de fato e de direito para que os três Poderes não utilizem esse instrumento para a resolução de casos estruturais. O intuito é realizar a análise das condições socioeconômicas, políticas e jurídicas para apoio e avanço das sentenças estruturais nos Estados Unidos, a partir de *Brown v. Board of Education of Topeka*, e cotejar com a ausência desse substrato político e socioeconômico na atuação ambivalente das instituições brasileiras a partir de setembro de 2015, data da liminar proferida na ADPF 347/DF.

Diante da reiterada omissão inconstitucional, a relevância do trabalho se apresenta em razão de ter como objeto a interação dos três Poderes em torno da falha estrutural reconhecida na ADPF 347/DF, bem como a descrição do fenômeno processual do estado de coisas inconstitucional como instrumento de jurisdição constitucional de superação do problema estrutural aplicado à realidade brasileira. Ademais, reflete sobre o rito processual da conexão por prejudicialidade do processo estrutural em relação aos processos-satélites.

A justificativa do trabalho perpassa o bloqueio do ativismo judicial dialógico do STF em relação à teoria do ECI para oferecer a conexão por prejudicialidade nos processos-satélites como rito processualmente adequado. Por isso, há a necessidade de estudo do padrão decisório do STF para posterior análise crítica dos dados obtidos, após cotejar com a completa experiência norte-americana. O presente trabalho pretende contribuir para a aprofundamento da discussão acadêmica brasileira ao iluminar a

ausência de cenário socioeconômico, político e jurídico favorável para o desenvolvimento da aplicação do ECI. Assim, possui grande impacto social ao desenvolver canais de participação democrática para a conscientização e solução de problemas estruturais.

À luz da bibliografia colacionada, a presente pesquisa possui traços inovadores ao descrever a dinâmica processual dos processos-satélites na aplicação do estado de coisas inconstitucional em problemas estruturais, em ativismo dialógico, para maximizar os canais de interação democráticos e federativos entre os três Poderes, a Administração Pública e a sociedade civil.

A presente dissertação é a consolidação da pesquisa, iniciada em 2012, de análise jurídica de instrumentos de direito material e processual para a promoção da efetividade dos direitos coletivos. Em 2017, houve o lançamento do livro “Estado de Coisas Inconstitucional: sob a perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore”, em que desenvolveu a metáfora da árvore para explicar a dinâmica do ECI em jurisdição constitucional.

Na dissertação do mestrado, pretende aprofundar os estudos das reações administrativas, legislativas e jurisprudenciais brasileiras e norte-americanas e desenvolver a dinâmica dos processos-satélites em conexão por prejudicialidade ao processo estrutural principal (processo-sol).

Delimitados a justificativa, os problemas e os objetivos, chega-se à hipótese de que a reação dos três Poderes perante a teoria do estado de coisas inconstitucional (ECI) no Brasil aconteceria pela ausência de cenário socioeconômico e político favorável, se opondo às experiências jurisprudenciais dos EUA. A verificação desta hipótese ocorrerá por meio do exame documental, inclusive dos casos *Brown v. Board of Education of Topeka (1954)*, *Brown II (1955)*, *Cooper v. Aaron (1958)* nos EUA, e revisão bibliográfica das reações dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Como marco teórico, se estuda o estado de coisas inconstitucional (ECI) e sua dinâmica processual com maior cooperação entre os Poderes, segundo Fredie Didier Jr e Sérgio Cruz Arenhart. A justaposição, a partir da experiência norte-americana de *Brown v. Board of Education of Topeka (1954)*, acontece pela reflexão dos autores Owen Fiss, John Hart Ely, Michael J. Klarman, Gerald N. Rosenberg, Cass R. Sunstein e Lêda Boechat Rodrigues. Aprofunda parâmetros do constitucionalismo sistêmico e diálogo institucional com indicadores em fontes documentais.

A pesquisa é orientada por uma abordagem crítica, na medida em que parte da observação da realidade para formular um diagnóstico sobre o funcionamento real das instituições jurídicas estudadas. A partir das reações colacionadas, busca-se pensar o sistema constitucional e sua eficiência e efetividade, bem como refletir o avanço do ECI de teoria à sistema de pensamento com pesquisa qualitativa e quantitativa parcialmente exploratória, uma vez que parte da realidade mediatizada e busca estudar a realização concreta de objetivos propostos pela Constituição por leis e políticas públicas.

No primeiro capítulo, é apresentado o problema estrutural da existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a falha estrutural do colapso do sistema carcerário. Detalhadamente, são expostas as reações dos três Poderes desde o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional (ECI) na ADPF 347/DF bem como o balanço dos avanços e retrocessos nas esferas federativas.

No segundo capítulo, há análise documental da experiência norte-americana a partir de *Brown v. Board of Education of Topeka (1954)*, *Brown II (1955)*, *Cooper v. Aaron (1958)*, bem como aprofundamento da revisão bibliográfica de processos estruturais para demonstrar a diferença do cenário socioeconômico e político, opondo a situação brasileira às experiências jurisprudenciais exitosas e de backlash dos EUA.

No terceiro capítulo, é debatido o fenômeno do estado de coisas inconstitucional, bem como a sua possibilidade de acontecer tanto em âmbito federal como estadual. Posteriormente, é descrito o rito processual de conexão por prejudicialidade entre o processo principal (processo-sol) e os processos-satélites na prolação de provimentos em cascata.

Ao revelar o problema estrutural do colapso do sistema penitenciário, a presente pesquisa perpassa por diversas questões de jurisdição constitucional e se mantém consistente ao propor reflexões profundas sobre a participação democrática em ativismo dialógico. Boa leitura!

1. A reação dos três Poderes perante a teoria do estado de coisas inconstitucional (ECI) na ADPF 347/DF

1.1 Balanço dos avanços e retrocessos desde o reconhecimento da teoria do ECI

“A vida política nem sempre tem a racionalidade e a linearidade que certa ânsia por avanços sociais e civilizatórios exige.”¹ A cidadania, no Brasil, viveu momentos de tristeza e angústia, diante de variadas falhas estruturais agravadas nos trinta anos da Constituição de 1988.

Diante da judicialização dos direitos fundamentais, a jurisdição constitucional da década de 90 se pautou no dogma kelseniano² do legislador negativo, ou seja, favoreceu a autorrestrição no papel político-institucional do STF, com a influência intelectual do ministro José Carlos Moreira Alves.³ Foi uma fase de afirmação de identidade e de revelação de independência do próprio Supremo Tribunal Federal. “A necessidade de se preservar em um cenário de insegurança institucional pós-ditadura pode ter levado a Corte a uma postura excessivamente restritiva.”⁴

Era autocontido e autorrestrito⁵, deferente ao Poder Executivo e priorizava as ações que envolviam as questões patrimoniais, marcado pelo “direito da burocracia”⁶, principalmente por não ter tido a sua composição renovada com advento da Constituição de 1988.⁷ Assim, as maiores conquistas sociais aconteceram pelo processo legislativo,

¹ BARROSO, Luís Roberto, *Trinta anos da Constituição: a República que ainda não foi*. IN BARROSO, Luís Roberto, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 50.

² “O juiz constitucional de Kelsen é, assim, um juiz de poderes normativos limitados, encarregado da tarefa destruidora da legislação (legislador negativo) e, assim, desprovido de poderes de criação do direito (legislador positivo), inclusive constitucional.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 277.

³ FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20851/19577>> Acesso em: 02 set 2019.

⁴ NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 149.

⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autorrestrição, expansão e ambivalência*. IN BARROSO, Luís Roberto, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 96, 98.

⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais: Entre Fraquezas e Possibilidades*. REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ, Rio de Janeiro: UERJ, v. 29, n. 29, jun. 2016, p. 132. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/23669/16724>> Acesso em: 02 set 2019.

⁷ “A ordem jurídica era nova, as os atores eram os mesmos e deviam a sua investidura à antiga ordem.” MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autorrestrição, expansão*

com a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

Dessa maneira, os Poderes Executivo e Legislativo tinham interesse em concentrar no STF a validade das políticas que implementavam. A verticalização da jurisdição constitucional aconteceu nesse momento histórico em que a cúpula do Poder Judiciário não era vista como uma ameaça pelos Poderes Executivo e Legislativo. A ação declaratória de constitucionalidade, criada em 1993⁸, foi idealizada como uma ferramenta de governabilidade, e não de tutela da Constituição.⁹ Na interpretação da CRFB/88, art. 103, fixou a jurisprudência dos legitimados universais e especiais¹⁰, restringindo o acesso à jurisdição constitucional concentrada. Esse ciclo de concentração se completou com a introdução da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral.

A partir dos anos 2000, o Supremo Tribunal Federal demonstrou em sua jurisprudência maior distanciamento do dogma kelseniano do legislador negativo e, inversamente a aproximação ao neoconstitucionalismo. “Destaca-se a aplicação direta de princípios constitucionais pelo Judiciário, o emprego de raciocínios lógico que seguem uma metodologia mais fluida do que a subsunção (ponderação e proporcionalidade), e de argumentos de índole técnica, política, filosófica e moral (e, portanto, não estritamente jurídicos).”¹¹

Na máxima efetividade da Constituição, as condições cruciais para uma revolução de direitos são a independência judicial estrutural e uma base de

e ambivalência. IN BARROSO, Luís Roberto, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *A República que ainda não foi*: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 101.

⁸ Emenda Constitucional n. 3/1993.

⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais*: Entre Fraquezas e Possibilidades. REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ, Rio de Janeiro: UERJ, v. 29, n. 29, jun. 2016, p. 134. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/23669/16724>> Acesso em: 02 set 2019.

¹⁰ Sem lastro no texto da Constituição, a jurisprudência do STF construiu a tese de que alguns legitimados da CRFB/88, art. 103 poderiam ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade questionando leis ou atos normativos que tratassem sobre todo e qualquer assunto. São os seguintes legitimados ativos universais: Presidente da República, Mesa do Senado e Mesa da Câmara, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB, Partido político com representação no Congresso Nacional.

Por outro lado, o STF afirmou que os demais legitimados, ao proporem a ADI, deveriam comprovar que possuem legítimo interesse na ação, ou seja, que teriam pertinência temática., na ADI 2.747 e ADI 2.903. São chamados de legitimados ativos especiais: Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou Distrito Federal e Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹¹ PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. *Supremacia Judicial*: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais. 2011. 456 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 422.

garantias de direitos constitucionais; dadas essas condições, os juízes são livres para dedicar atenção e homologação dos direitos e liberdades civis.¹²

Assim, o Supremo Tribunal Federal apresentou maior sensibilidade em casos que tratavam de direitos fundamentais. “Apesar de sua garantia efetiva não ser sempre uma realidade, os direitos têm proporcionado uma linguagem comum – jurídica, mas também política e social – que antes não existia, para debater os desafios e padrões, não só entre juristas, mas também no âmbito do discurso político e público.”¹³ O ministro Gilmar Ferreira Mendes liderou o movimento da dimensão metodológica do julgador como legislador positivo.¹⁴

“Houve uma mudança de paradigmas na dogmática jurídica. As concepções mais formalistas deram lugar ao reconhecimento do papel criativo dos magistrados nos casos difíceis e a um conjunto de novas concepções hermenêuticas.”¹⁵ No ativismo judicial, a aplicação direta de princípios constitucionais propiciou: (i) afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado; (ii) criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão; (iii) invalidação de norma legal ou administrativa; (iv) criação ou alteração de norma constitucional; (v) imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e/ou Executivo.¹⁶

Jane Reis Gonçalves Pereira afirma que houve “sensibilidade no ponto de chegada, não como uma sensibilidade no ponto de partida nas discussões envolvendo direitos fundamentais. A preocupação com a tutela de direitos fundamentais apareceu em

¹² “In the constitution-centered view, the crucial conditions for a rights revolution are structural judicial independence and a foundation of constitutional rights guarantees; given those conditions, judges are free to devote sustained attention and approval for civil rights and liberties.” EPP, Charles. *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. Disponível em: <<http://faculty.washington.edu/swhiting/pols398/Epp%20Rights%20Revolution.pdf>> Acesso em: 29 jan. 2020.

¹³ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Comune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador*. Culturas Jurídicas, Niterói, v. 6, n. 14, mai./ago., 2019, p. 257. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/888/406>> Acesso em: 05 fev. 2020.

¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo no Supremo Tribunal Federal*. IN FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

¹⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autorrestrição, expansão e ambivalência*. IN BARROSO, Luís Roberto, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 107.

¹⁶ PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. 2011. 456 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 423.

decisões que confirmavam argumentos e decisões tomados nas instâncias inferiores ou no Legislativo.”¹⁷ A proteção dos direitos fundamentais chegaram ao Supremo Tribunal Federal pela força centrípeta, ou seja, despontaram na sociedade e em instâncias inferiores do Judiciário e, pela via do controle de constitucionalidade difuso ou de uma ação de controle abstrato tardiamente ajuizada ou julgada, foram apreciados pela cúpula do Poder Judiciário. Assim, as decisões ativistas, que constituem ponto de chegada, são o produto de um conjunto de teses e antíteses que formam um rico arsenal de argumentos.

Em uma terceira tendência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, já se observa um ativismo de ponto de partida, sob a ótica do litígio estratégico de direitos humanos. No movimento centrífugo, os argumentos são levados diretamente ao STF pelos legitimados e, a partir daí, espalham-se para a sociedade e para o discurso jurídico. Com funcionalidade democrática, a Corte pretende ser guardiã¹⁸ do pluralismo e da igualdade.¹⁹

Há a crítica jurídica de que quando a Corte Constitucional inova pelo reconhecimento de novos direitos constitucionais, seria tanto ineficaz quanto contraproducente, porque desviaria a energia dos movimentos sociais de canais mais produtivos e produziria *backlash* em enérgicos contra-movimentos²⁰, inclusive por

¹⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais: Entre Fraquezas e Possibilidades*. REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ, Rio de Janeiro: UERJ, v. 29, n. 29, jun. 2016, p. 135. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/23669/16724>> Acesso em: 02 set 2019.

¹⁸ Ainda que Alexandre Hamilton reconheça a enorme dificuldade do papel de guardião da Constituição. no trecho “But it is easy to see, that it would require an uncommon portion of fortitude in the judges to do their duty as faithful guardians of the Constitution, where legislative invasions of it had been instigated by the major voice of the community.” Tradução livre: Mas é fácil perceber que exigiria uma porção incomum de coragem dos juízes para cumprir seu dever como guardiões fiéis da Constituição, onde invasões legislativas foram instigadas pela grande voz da comunidade. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Nº 78. Independent Journal Saturday, June 14, 1788. Disponível em: <<http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão*. REVISTA JURIS POIESIS, Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, v. 17, n. 17, jan./dez. 2014, p. 356.

²⁰ “His more distinctive point is that when courts innovate through recognition of important constitutional rights, they are not only ineffectual but counterproductive, because they deflect social movement energy from more productive channels and produce “backlash” from energized countermovements.” ESKRIDGE JR., William N. *Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in the United States*. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5813&context=fss_papers> Acesso em: 20 jan. 2020. No mesmo sentido, segue ROSENBERG, Gerald N., *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991

correntes doutrinárias jurídicas de minimalismo²¹ judicial²² ou constitucionalismo popular.²³

Ademais, Klarman²⁴ afirma que poderiam existir alguns fracassos da Corte em alcançar posições compromissórias que minimizem o efeito do *backlash* por falta de percepção dos valores populares. Como pertencem a uma elite educacional e socioeconômica muito seleta, não estariam em uma posição muito adequada para perceber a responsividade da sociedade. “Ignoram, pois, as consequências impopulares dos seus julgados. Em suma: opera-se uma desconexão com a realidade, porque alguns juízes estão encastelados em uma Torre de Marfim.”²⁵

O ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso debate a ascensão da terceira tendência:

O Direito, por sua vez, como a grande instituição universal, procura incidir sobre as novas realidades, com sua eterna pretensão de ubiquidade, universalidade e completude. Porém, num mundo complexo, plural e volátil, repleto de dilemas éticos e impasses políticos, seus limites e possibilidades são testados e abalados. A confluência desses fatores produz a conjuntura crítica da atualidade. É nesse ambiente que se procura: manter o avanço tecnológico numa trilha ética e humanista; revitalizar a democracia, incorporando as potencialidades do mundo digital e redesenhando instituições que envelheceram.²⁶

A representação política tradicional tem apresentado inequívocos sinais de desgaste. Por isso, teorias deliberativas da democracia se apresentam para oferecer a deliberação contínua por justificativas discursivas, de modo a legitimar as ações estatais pelo encorajamento a inserção de diferentes vozes no diálogo político.²⁷

²¹ SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalismo on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

²² “No minimalismo, prestigia-se o casuísmo, porque não há pretensão de solucionar casos diversos e análogos. [...] A vantagem é que, ante desacordos morais razoáveis, a abordagem acauteladora previne reflexos sociais, ao tempo em que oportuniza que o Parlamento venha a amadurecê-los a tempo e a modo.” FONTENELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 48.

²³ FONTENELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 25.

²⁴ KLARMAN, Michael. *Courts, Social Change and Political Backlash*. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartlecture>> Acesso em: 20 jan. 2020.

²⁵ FONTENELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 39 e 40.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro: FND, v. 5, n. 3, 2019 p. 1265. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/429>> Acesso em: 14 jan. 2020.

²⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças*. Direito da Cidade, Rio de Janeiro: ABEC, v. 8, 2016, p. 1750. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26257/19158>> Acesso em: 02 set. 2019.

Nos momentos de turbulência política, a abertura de canais institucionais de participação legislativa, mediados pelas garantias da autonomia individual do constitucionalismo liberal, pode cooperar para o atingimento de um equilíbrio entre as diversas forças políticas. A combinação entre fórmulas de exercício da autodeterminação popular e direitos fundamentais pode ser apta a conferir vitalidade à Constituição de 1988 sem comprometer sua permanência.²⁸

Charles Epp corrobora a importância da litigância estratégica, com ativismo dialógico, de maior acesso à jurisdição constitucional para sustentar a “revolução de direitos” na promoção da transformação social:

Se a revolução dos direitos desenvolveu um crescimento de uma ampla estrutura de apoio na sociedade civil, se o litígio sobre direitos geralmente reflete um grau significativo de ações coletivas e se os direitos declarados judicialmente permanecem cartas mortas, a menos que obtenham o apoio de uma ampla estrutura de apoio, então os revolução dos direitos não era antidemocrática ou antidemocrática, mesmo no processo que a criou.²⁹

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo impulsiona a interpretação constitucional para garantir a máxima efetividade da Constituição. A sociedade civil acompanha essa visão, demandando por integridade e idealismo na execução de políticas públicas. A crescente participação cidadã na elaboração de políticas públicas oferece maior legitimidade à tomada de decisões em demandas sociais. “Os catálogos de direitos fundamentais buscam entrincheirar juridicamente certas escolhas éticas, protegendo-as por meio da enunciação de direitos fundamentais.”³⁰

Nas constituições analíticas e sobretudo em democracias jovens e marcadas por acentuada desigualdade, “as violações à Constituição apresentam-se, com frequência, de forma multidimensional e sistêmica, o que impõe importantes dificuldades para sua correção por meio das fórmulas ortodoxas de controle de constitucionalidade.”³¹ Nesse

²⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças*. Direito da Cidade, Rio de Janeiro: ABEC, v. 8, 2016, p. 1749. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26257/19158>> Acesso em: 02 set. 2019.

²⁹ “If the rights Revolution developed a growth of a broad support structure in civil society, if rights litigation commonly reflects a significant degree of organized collective action, and if judicially declared rights remain dead letters they gain the backing of a broad support structure, then the rights revolution was not undemocratic or antidemocratic, even in the process that created it.” EPP, Charles. *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. Disponível em: <<http://faculty.washington.edu/swhiting/pols398/Epp%20Rights%20Revolution.pdf>> Acesso em: 29 jan. 2020.

³⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais*. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA, Belo Horizonte: Fórum, v. 10, n. 35, jul./dez. 2016, p. 346. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/105/31>> Acesso em: 02 set. 2019

³¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. REVISTA JURIS

primeiro capítulo da dissertação, é realizado um recorte metodológico para tratar das interações entre os Poderes na implementação de políticas públicas em falhas estruturais, especialmente na ADPF 347/DF no estado de coisas inconstitucional.

1.2 Primeiras manifestações diante da medida liminar

Talvez “a história dos direitos humanos se torne a história da civilização ocidental.”³² “A história do direito é composta principalmente de pequenas histórias, diariamente referidas a injustiças invisíveis, sofridas por grupos e indivíduos cujas histórias não atingem as arenas informais descritas.”³³ Assim, os direitos humanos conquistados demonstram uma estrutura cultural ética e uma legitimidade racional superior e anterior à própria materialização no direito positivo.

Dessa maneira, “os direitos humanos são o produto do reconhecimento expresso da existência de bens soberanos de toda a humanidade, cuja proteção é a condição para a sua sobrevivência e o seu aperfeiçoamento ético.”³⁴

Direitos humanos são uma combinação de conquistas históricas, valores morais e razão pública, fundados na dignidade humana, que visam à proteção da vida, da liberdade, da igualdade e da justiça.³⁵

Na busca da efetividade dos direitos humanos no mundo globalizado, o transconstitucionalismo se apresenta como fenômeno em que ordens jurídicas diferenciadas enfrentam os mesmos problemas de natureza constitucional.³⁶ Por isso, é crescente o “diálogo entre as ordens” por conversações constitucionais. Surge, então, uma lógica de abertura para a aprendizagem com outros ordenamentos jurídicos com o fim de

POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 133. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 02 set 2019.

³² HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: companhia das letras, 2009, p. 18.

³³ GARGARELLA, Roberto. *O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos*. IN VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/08/1.03-Roberto-Gargarella-O-novo-constitucionalismo-dial%C3%B3gico.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2020.

³⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Trinta anos da Constituição: a República que ainda não foi*. IN BARROSO, Luís Roberto, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 44

³⁶ NEVES, Marcelo. *Justo e o Direito: acesso à justiça não é só o direito de ajuizar ações*. 12 jul 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimdeentrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>> Acesso em: 01 ago. 2019. Entrevista concedida a Rodrigo Haidar.

garantir uma decisão mais justa e legítima garantidora de direitos humanos. Nesse constitucionalismo multinacional³⁷, há a expansão da importância do Judiciário globalmente à medida da difusão e consolidação da democracia constitucional.

No Brasil, foi adotado o modelo de incorporação³⁸ da jurisprudência colombiana no precedente do Estado de Coisas Inconstitucional³⁹, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 347 MC/DF⁴⁰, no informativo do STF nº 798 em que “trata-se de um conceito importado da Corte Constitucional Colombiana [...], existe um conjunto de ações e omissões notórias que fazem com que se tenha esse estado de generalizada inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema.”⁴¹

Proposta a ADPF 347/DF, no dia 27 de maio de 2015, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e proferida a medida liminar em setembro de 2015, é possível realizar um balanço dos quatro anos e oito meses da declaração do estado de coisas inconstitucional e o impacto da decisão liminar em relação aos outros Poderes. Isto é, mapear as respostas institucionais formais dos três Poderes no cumprimento das decisões manipulativas aditivas do STF, no âmbito da ADPF 347, além de elucidar a articulação conjunta dos três poderes no sentido de sanar o estado de coisas inconstitucional, bem como o papel da própria Corte Constitucional no ativismo dialógico, antes da análise de mérito.⁴²

³⁷ MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo Multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2.

³⁸ MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo Multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 26 e 27.

³⁹ PAIXÃO, Juliana Patrício da. *Estado de Coisas Inconstitucional: sob a perspectiva da saúde coletiva e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 34.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347 MC/DF. Rel Min Marco Aurélio. Data de publicação no DJE e no DOU: 14/09/2015. Info 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 01 ago. 2019.

⁴¹ Trecho do voto do ministro Luis Roberto Barroso na ADPF 347 MC/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347 MC/DF. Rel Min Marco Aurélio. Data de publicação no DJE e no DOU: 14/09/2015. Info 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 01 ago. 2019.

⁴² MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. REVISTA GV, São Paulo: FGV, v. 15, n. 2, jul. 2019, p. 4. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1916.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2019.

O relator Ministro Marco Aurélio Mello descreveu a tenebrosa crise no sistema carcerário no Brasil⁴³, que enseja inúmeras violações de direitos fundamentais e humanos, e não consegue promover a ressocialização do apenado. O atual tratamento dos detentos afronta os princípios da dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano ou degradante, proibição de sanções cruéis, garantia de respeito à integridade física e moral do preso, direito de acesso à justiça, devido processo legal e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança.⁴⁴

Jorge Miranda indica que a efetivação dos direitos sociais deve ser compatível com o “nível de sustentabilidade existente”⁴⁵, logo, cabe a postura comprometida com um dever de efetivação dos direitos fundamentais, compatível com o contexto e as consequências reais das decisões tomadas. “Se é certo que o encarcerado se encontra em uma posição especial de sujeição, também é igualmente certo que dessa sua peculiar posição irá reclamar do Estado uma fiel observância das regras da execução penal e o respeito aos seus direitos humanos fundamentais.”⁴⁶

“A desigualdade [...] é particularmente profunda, persistente e delicada quando grupos inteiros de pessoas não possuem a capacidade de participar de grandes sistemas sociais, como os sistemas educativo, sanitário, econômico e político – e não estão incluídos nem sequer no sistema legal.”⁴⁷

Pela leitura da ADPF 347, já se percebe que são claros dois bloqueios institucionais, a saber: a sub-representação parlamentar em razão da vedação de presos

⁴³ Nos EUA, também aconteceu a reforma estrutural no sistema carcerário por força do *Holt v. Sarver*, em que todo sistema do Arkansas foi impugnado. Serviu de base para outras demandas similares, deflagradas posteriormente, em 1993, contra quarenta outros estados americanos. VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional do Arkansas*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 400 e 401.

⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 443.

⁴⁶ LEGALE, Siddharta, MARTINS, Alisson Silva. *Parâmetros para o acesso à justiça em um estado de coisas inconstitucional: a dignidade dos encarcerados e ação civil pública Uruguaiana*. IN VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/30857626/PAR%C3%82METROS_PARA_O_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A_EM_UM_ESTADO_DE_COISAS_INCONSTITUCIONAL_A_DIGNIDADE_DOS_ENCARCERADOS_E_A_A%C3%87%C3%83O_CIVIL_P%C3%9ABLICA_DE_URUGUAIANA> Acesso em: 20 fev. 2020.

⁴⁷ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Comune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador*. *Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 6, n. 14, mai./ago., 2019, p. 250. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/888/406>> Acesso em: 05 fev. 2020.

condenados não poderem votar ou serem votados (hipossuficiência organizacional dos presos⁴⁸) e a falta de poder de agenda pela impopularidade dessa massa minoritária vulnerável.⁴⁹

Justificou-se a intervenção mais ativa do STF na hipótese, com base no fato de que os presos são uma minoria estigmatizada, impopular e sem direito de voto, de forma que faltariam incentivos às instâncias representativas para a promoção dos seus direitos, o que autorizaria o Supremo a agir na sua defesa.⁵⁰

“O tema desafia o Estado-judiciário, quando se leva em conta o estado de mais absoluta falência do sistema prisional do país e da condição de invisibilidade social⁵¹ da população encarcerada.”⁵²

*There are other areas where structural remedies remain appropriate. One of those areas is with regard to prison litigation. In general, inmates constitute a despised minority, many of whom have no say in the political process because felons are deprived of their right to vote. Moreover, taxpayers and voters often rebel against spending money on inmates or prisons, and some even feel that punitive prison conditions are justified retribution against criminals. As a result, few politicians are willing to spend money on prisons or inmates, especially in difficult economic times (like now). Absent judicial intervention to ensure prisoners humane conditions, prisoners are likely to be left in intolerable conditions.*⁵³

⁴⁸ “Diante da ausência estatal na garantia dos direitos fundamentais, essa camada da sociedade mais vulnerável e em hipossuficiência organizacional ainda sofre a ingerência dos sistemas penais paralelos.” PAIXÃO, Juliana Patricio da; SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Comentários ao projeto de lei anticrime na mudança da lei 12.850/13, art. 1º, § 1º: o estado de coisas inconstitucional e os novos contornos da organização criminosa*. REVISTA BOLETIM DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, São Paulo: Planmark, edição especial, n. 317

⁴⁹ MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. REVISTA GV, São Paulo: FGV, v. 15, n. 2, jul. 2019, p. 6. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1916.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2019.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 402.

⁵¹ “É difícil chamar “diálogo democrático” a um diálogo cujos participantes se encontram situados em posições desiguais. [...] A combinação dessas diferenças de poder e status tendem a criar dificuldades muito fortes nas instâncias de diálogo.” GARGARELLA, Roberto. *O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos*. IN VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/08/1.03-Roberto-Gargarella-O-novo-constitucionalismo-dial%C3%B3gico.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2020.

⁵² LEGALE, Siddharta, MARTINS, Alisson Silva. *Parâmetros para o acesso à justiça em um estado de coisas inconstitucional: a dignidade dos encarcerados e ação civil pública Uruguaiana*. IN VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/30857626/PAR%C3%82METROS_PARA_O_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A_EM_UM_ESTADO_DE_COISAS_INCONSTITUCIONAL_A_DIGNIDADE_DOS_ENCARCERADOS_E_A_A%C3%87C3%83O_CIVIL_P%C3%9ABLICA_DE_URUGUAIANA> Acesso em: 20 fev. 2020.

⁵³ Tradução livre: Existem 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

A Suprema Corte dos EUA também já reconheceu, em *United States v. Carolene Products Co.*⁵⁴, que poderia ter maior protagonismo do Judiciário, especialmente quando acontecem falhas legislativas, como a “restrição de direito de voto e a discriminação de uma minoria determinada e isolada, um grupo incapaz de formar coalizões e, conseqüentemente, de participar em políticas majoritárias.”⁵⁵ A teoria da falha legislativa fornece a base para uma reforma estrutural, “que visa instituições totais – presídios e hospícios. [...] Essas instituições são destinadas a remover as pessoas do corpo político e a intervenção judicial deve ser vista como um catalisador do majoritarismo do que como um inimigo dele.”⁵⁶

De forma estratégica, o STF declarou o estado de coisas inconstitucional na liminar, esperando que essa desempenhasse uma função pedagógica, à luz do ativismo dialógico, para os demais poderes, a Administração Pública e a sociedade civil. Seria mais uma oportunidade de superar a falha estrutural, incentivando a atuação da Administração Pública e diminuindo sua própria ingerência nos demais poderes políticos na análise de mérito em prazo hábil.

Das oito medidas cautelares requeridas (quase a totalidade dirigida ao Poder Judiciário e seus órgãos), somente três foram deferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Quadro 1 – Medidas cautelares requeridas e Medidas cautelares deferidas na ADFP n. 347 MC/DF⁵⁷

voto. Além disso, contribuintes e eleitores frequentemente se rebelam contra gastar dinheiro em presos ou prisões, e alguns até acham que as condições punitivas da prisão são justificativas de retribuição contra criminosos. Como resultado, poucos políticos são dispostos a gastar dinheiro em prisões ou reclusos, especialmente em situações difíceis tempos econômicos (como agora). Ausente intervenção judicial para garantir prisioneiros condições humanas, é provável que os prisioneiros sejam deixados em condições intoleráveis condições. WEAVER, Russel. *The rise and decline of structural remedies*. San Diego Law Review, ano 4, v. 41, 2004, p. 1631. Disponível em: <<https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2973&context=sdlr>> Acesso em: 08 fev. 2020.

⁵⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=1808251577400430843&q=carolene&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 20 jan. 2020.

⁵⁵ FISS, Owen. *As formas de justiça*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 125.

⁵⁶ FISS, Owen. *As formas de justiça*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 123.

⁵⁷ MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADFP 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. REVISTA GV, São Paulo: FGV, v. 15, n. 2, jul. 2019, pp. 7 e 8. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1916.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2019.

Medidas cautelares requeridas	Medidas cautelares deferidas
A) Aos juízes e tribunais – motivação expressa pela não aplicação de medidas cautelares alternativas à privação de liberdade	B) Aos juízes e tribunais – que realizem, em até 90 dias, audiências de custódia
B) Aos juízes e tribunais – que realizem, em até 90 dias, audiências de custódia	H) À União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen).
C) Que considerem o quadro dramático do sistema penitenciário no momento de medidas cautelares penais, de aplicação da pena e durante a execução penal.	C) Cautelar ex officio – determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.
D) Que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão.	
E) Que abrandem os requisitos temporais para a fruição de benefícios de presos, quando as condições de cumprimento da pena forem severas.	
F) Ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se as condições de cumprimento da pena forem mais severas daquelas inicialmente fixadas	
G) Ao CNJ – que coordene mutirão carcerário	
H) À União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen).	

A única cautelar dirigida ao Poder Executivo tratava do descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen). Durante a tramitação, o Advogado da União informou que esses recursos não estavam mais contingenciados em razão de uma medida provisória. Por essa razão, o Ministro Teori Zavascki reconheceu que o problema não seria essencialmente a falta de recursos, mas a inexistência de um plano de ação para alocá-los e a vontade política dos entes federados para implementá-lo.

Posteriormente, o requerente na ADPF precisou realizar emenda à inicial para incluir a análise da constitucionalidade de artigos da medida provisória citada, porque ela estabelecerá novas finalidades ao Funpen, alheias à função de incremento do sistema carcerário, contornando mais uma vez o enfrentamento à crise.

Além disso, a falta de coordenação na Administração Pública foi observada mais uma vez. Os Estados do Mato Grosso do Sul, Piauí, Alagoas, Goiás, Rio Grande do Sul, São Paulo, Sergipe e Ceará peticionaram nos autos da ADPF para informar que os recursos do Funpen ainda permaneciam contingenciados, mesmo com a medida provisória e a medida liminar de descontingenciamento em ADPF em estado de coisas inconstitucional.

A obrigatoriedade da adoção da audiência de custódia, como avanço na proteção dos direitos dos presos em flagrante, fora garantida na ADIN 5.240/SP⁵⁸, em agosto de 2015, não sendo, então, uma inovação jurisprudencial do STF em decisão estrutural em estado de coisas inconstitucional. Houve uma reiteração da jurisprudência pacificada da Corte e não uma nova medida manipulativa aditiva.

Quanto à medida liminar *ex officio* de oferecimento da documentação oficial do diagnóstico da crise carcerária por todos os Estados e a União, esta não foi atendida nem pela União, nem pelos Estados.

Ademais, não há ainda um diagnóstico técnico preciso da precariedade dos serviços públicos penitenciários oferecidos tanto pela União como pelos Estados. “O acórdão carece, em sua argumentação, do conceito de “litígio estrutural” [...], carece da compreensão de que não é apenas um ativismo judicial que minorará os problemas dessa espiral carcerária, mas sim uma atuação concertada entre os diversos poderes para solucionar o problema.”⁵⁹

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 5.240/SP. Rel Min Luís Fux. Data de publicação no DJE e no DOU: 20/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> Acesso em: 01 ago. 2019.

⁵⁹ LEGALE, Siddharta, MARTINS, Alisson Silva. *Parâmetros para o acesso à justiça em um estado de coisas inconstitucional: a dignidade dos encarcerados e ação civil pública Uruguaiana*. IN VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/30857626/PAR%C3%82METROS_PARA_O_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A_EM_UM_ESTADO_DE_COISAS_INCONSTITUCIONAL_A_DIGNIDADE_DOS_ENCA>

Desde 2015, vários massacres em presídios foram noticiados na mídia, especialmente, em 2017, com 33 presos mortos em rebelião na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Roraima, 26 presos mortos na rebelião da Penitenciária de Alcaçuz, no Rio Grande do Norte e 56 presos mortos em quatro unidades penitenciárias em Manaus. A última tragédia se repetiu, em maio de 2019, com 55 presos mortos durante rebelião que durou dois dias, dentro das mesmas quatro unidades penitenciárias em Manaus. Em setembro de 2019, 57 detentos foram mortos dentro do Centro de Recuperação Regional de Altamira, no Pará.⁶⁰ É notório o agravamento da crise no sistema carcerário.

Exclusivamente pela análise do comportamento dos poderes políticos diante do deferimento da liminar, já se nota uma completa falta de coordenação entre os entes, especialmente em relação ao uso dos recursos, fixação de um plano de ação estadual e nacional e publicação de dados e estatísticas oficiais sobre essa população vulnerável. Assim, “parte da origem de problemas como os mencionados pode ser vinculado ao peso reacionário das velhas estruturas institucionais sobre as novas práticas”⁶¹ do processo estrutural.

1.3 Reação do Poder Legislativo

“O procedimento comum do CPC⁶² pode servir adequadamente como circuito-base para o desenvolvimento do processo estrutural. Isso se dá porque o CPC lançou mão

RCERADOS_E_A_A_C3%87%C3%83O_CIVIL_P%C3%9ABLICA_DE_URUGUAIANA> Acesso em: 20 fev. 2020.

⁶⁰ GLOBO. Massacre em presídio no Pará é um dos maiores desde Carandiru. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/29/massacre-em-presidio-no-para-e-um-dos-maiores-desde-carandiru.ghtml>> Acesso em: 01 ago. 2019.

⁶¹ GARGARELLA, Roberto. *O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos*. IN VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/08/1.03-Roberto-Gargarella-O-novo-constitucionalismo-dial%C3%B3gico.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2020.

⁶² Ainda que a teoria brasileira do estado de coisas inconstitucional sempre cite a ADPF da Lei n. 9.882/99 como principal ação de controle concentrado, também é possível mover reclamação, que está no CPC/15, art. 988 a 993. “É possível o manuseio da reclamação para situações de descumprimento das diretrizes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, em ADPF, para preservar ou garantir a autoridade das decisões da Corte Constitucional perante os demais órgãos, conforme a Constituição Federal de 1988, artigo 102, inciso I, letra “I”, e artigos 156 e seguintes, do Regimento Interno do STF.” PAIXÃO, Juliana Patricio da. *Estado de Coisas Inconstitucional: sob a perspectiva da saúde coletiva e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 105.

de um procedimento padrão bastante flexível.”⁶³ “Melhor fosse, em termos de previsibilidade e segurança jurídica, a aprovação de um projeto de lei específico para regulamentar a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas.”⁶⁴

A necessidade de codificação do direito processual constitucional é bastante discutida pela doutrina e são sopesados os seguintes benefícios e desvantagens:

As vantagens da codificação do processo constitucional seriam a completude, consistência, segurança e sistematização. Completude, porque a codificação pode suprir eventuais lacunas jurídicas. Consistência, porque do processo constitucional podem ser extraídas supostas antinomias entre normas elaboradas em momentos diferentes, a respeito das quais a práxis jurídica haja demonstrado a sua defasagem, anacronismo, inconveniência ou disfuncionalidade. Segurança, porque a codificação pode reunir normas claras e inteligíveis que, ao longo do tempo, não se revelam suscetíveis de variações muito frequentes, e nem, acima de tudo, imprevisíveis. Sistematização, porque ao processo constitucional pode ser dispensado um tratamento metódico, com a utilização de uma linha axiológica e ideológica definida e coerente.

As desvantagens da codificação do processo constitucional perpassariam a imperícia, esclerotização, conflito e regressão. Imperícia, se a codificação prejudicar ou dificultar os procedimentos de defesa da Constituição já existentes. Esclerotização, se o processo constitucional for submetido a um excessivo regulamentarismo. Conflito, se a codificação reavivar disputas então superadas ou introduzir mecanismos discutíveis que provoquem maiores debates e controvérsias na comunidade jurídica. Regressão, se o processo constitucional, ao invés de progredir na tutela dos direitos fundamentais, tornar-se pouco operativo, burocrático ou complexo.⁶⁵

Seria conveniente e oportuna a codificação do direito processual constitucional para revisar os princípios processuais constitucionais e manter, em sua essência, as normas da legislação ordinária em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não apenas mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, que propiciem a efetividade do processo constitucional.

Como os processos estruturais ainda suscitam muitas discussões acerca dos limites da justiciabilidade dos direitos fundamentais em políticas públicas, as atuações legislativas se limitaram, até o presente momento, a buscar delinear os principais

⁶³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 603.

⁶⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Fundamentos do processo estrutural*. IN JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (org.) *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 2. Disponível em: <<http://lucon.adv.br/2016/wp-content/uploads/2018/03/Lucon-Fundamentos-do-processo-estrutural.pdf>> Acesso em: 14 jan. 2020.

⁶⁵ MORAES, Guilherme Peña de. *Código de Processo Constitucional: é necessária a codificação do Direito Processual Constitucional brasileiro?* Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/codigo-de-processo-constitucional-e-necessaria-a-codificacao-do-direito-processual-constitucional-brasileiro/6980>> Acesso em: 20 dez. 2019.

fundamentos dos processos estruturais, bem como as mudanças da transposição de institutos típicos do direito processual individual para o direito processual coletivo estrutural.

Adiante, foi realizado o recorte metodológico para analisar os projetos de lei federais que tratam do estado de coisas inconstitucional como processo estrutural.

1.3.1 A omissão no projeto de lei da Câmara dos Deputados n. 8058/2014

O projeto de lei da Câmara dos Deputados n. 8058/2014 foi fruto do trabalho coletivo empreendido pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), que foi presidido por Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover. Ele incorporou experiências e estudos de processos estruturais de cortes constitucionais dos Estados Unidos da América, Colômbia e Argentina.⁶⁶ Ele propõe regulamentar o processo estrutural com o objetivo de solução de conflitos públicos, especialmente o controle jurisdicional de políticas públicas.⁶⁷

Dessa maneira, o projeto de lei pretende tratar do processo estrutural como gênero. Não especifica o estado de coisas inconstitucional como espécie, nem o delimita. Tampouco há referência do estado de coisas inconstitucional na justificação desse projeto de lei. É importante recordar que, na sua elaboração, ainda não havia sido proferida a decisão do STF, em ADPF 347/DF, que reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

O único artigo que tangencia a prorrogação da jurisdição é o seguinte:

Art. 14 – Determinada a citação da pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade responsável pela política pública, esta continuará vinculada ao processo inclusive para fins do disposto no artigo 20.⁶⁸

⁶⁶BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei n. 8058/2014 Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=Tramita cao-PL+8058/2014](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=Tramita%20cao-PL+8058/2014)> Acesso em: 20 dez. 2018. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 608.

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Projeto de Lei n. 8085/2014 – Considerações Gerais e Proposta de Substitutivo*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 609.

⁶⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei n. 8058/2014 Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=Tramita>

Portanto, a novidade do projeto de lei seria “a permanência da autoridade responsável no processo, inclusive para efeito da aplicação das sanções pessoais”⁶⁹, que seriam as multas diárias aplicadas pessoalmente à autoridade pública. Dessa maneira, as autoridades públicas estariam vinculadas ao processo para buscar a efetividade dos direitos fundamentais. No entanto, ainda continua nebuloso qual seria o papel ou função delas na fase de monitoramento das políticas públicas.

É importante observar que o artigo 14 não trata claramente da prorrogação da jurisdição ou da competência da corte constitucional, que é fundamental para o sucesso das fases de acompanhamento, monitoramento e avaliação da implementação das políticas públicas.

Nota-se que o projeto de lei passou por algumas atualizações, mas permanece a omissão em relação ao estado de coisas inconstitucional. Até mesmo na sugestão de substitutivo elaborado por Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover e Paulo Henrique dos Santos Lucon, publicada em 2017, não há especial referência ou ponderação às características especiais do estado de coisas inconstitucional. Em 2019, quando foi encerrado o prazo para emendas, tampouco foram apresentadas emendas.⁷⁰

Ainda que o projeto de lei fosse aprovado e publicado, não afastaria a aplicação do estado de coisas inconstitucional, por ser esse o único remédio estrutural oferecido pelo bloco de constitucionalidade brasileiro, conforme a CRFB/88, art. 5º, LV.

A configuração de uma inconstitucionalidade envolve, além de um exame de validade, outro de efetividade. Na aferição desta, é a concretização do projeto constitucional por mudanças fáticas e jurídicas que produz a nulidade da norma impugnada, e não o mero cotejo textual dos dispositivos legais e constitucionais. Isso demonstra que a inconstitucionalidade de um ato normativo é influenciada pelos fatos, ou – pondo em outros termos – que efetividade e validade são fenômenos que se entrelaçam no exame da congruência entre um ato e a Constituição.⁷¹

caoPL+8058/2014>Acesso em: 20 dez. 2018. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 618.

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Projeto de Lei n. 8085/2014 – Considerações Gerais e Proposta de Substitutivo*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 618.

⁷⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei n. 8058/2014 Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>> Acesso em: 14 jan. 2020.

⁷¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. REVISTA JURIS POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 152. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 02 set 2019.

Parece fundamental que as futuras legislações tratem do procedimento do estado de coisas inconstitucional para garantir maior segurança jurídica e conscientização da efetividade de direitos fundamentais por processos estruturais.⁷² “O aprofundamento das questões teóricas envolvidas na incorporação do referido instituto se põe como um imperativo para que ele não se transmude num simples exercício retórico, cujo único resultado seja a formalização de um juízo oficial de reprovabilidade das instâncias antes envolvidas na solução do problema.”⁷³

Dessa maneira, é lamentável que o estado de coisas inconstitucional não seja tratado no projeto de lei sobre processos estruturais, mesmo depois do reconhecimento pelo STF da existência desse importante remédio constitucional em controle de constitucionalidade para falhas estruturais a partir do bloco de constitucionalidade.

1.3.2 A omissão no projeto de lei do Senado Federal n. 736/2015

O projeto de Lei do Senado Federal n. 736/2015 pretendeu alterar as Leis n. 9.882/1999, e 13.105/2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo.⁷⁴

Diante da verticalização da jurisdição constitucional⁷⁵, o Senado buscou frear a progressiva concentração de poderes pelo Supremo Tribunal Federal e sua dimensão

⁷² “The spread of rights consciousness is also likely related to the “democratic deficit” of the modern bureaucratic state.” Tradução livre: A disseminação da consciência de direitos também está provavelmente relacionada ao “déficit democrático” do estado burocrático moderno. EPP, Charles. *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. Disponível em: <<http://faculty.washington.edu/swhiting/pols398/Epp%20Rights%20Revolution.pdf>> Acesso em: 29 jan. 2020.

⁷³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Estado de Coisas Inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para a construção da resposta adequada*. Disponível em: <https://www.academia.edu/28292982/ESTADO_DE_COISAS_INCONSTITUCIONAL_E_BLOQUEIOS_INSTITUCIONAIS_DESAFIOS_PARA_A_CONSTRUCAO_DA_RESPOSTA_ADEQUADA> Acesso em: 20 dez. 2018.

⁷⁴ MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. REVISTA GV, São Paulo: FGV, v. 15, n. 2, jul. 2019, p. 15. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1916.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2019.

⁷⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais: Entre Fraquezas e Possibilidades*. REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ, Rio de Janeiro: UERJ, v. 29, n. 29, jun. 2016, p. 131. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/23669/16724>> Acesso em: 02 set 2019.

criativa na empreitada coletiva⁷⁶ de interpretação constitucional na progressiva atenção ao problema da inconstitucionalidade por omissão.⁷⁷ Na sua justificação, fez referência expressa à ADPF 347DF, inclusive citou um trecho do voto do relator ministro Marco Aurélio de Mello, conforme se observa a seguir:

Esse “ativismo judicial” atingiu, aparentemente, seu ápice com a recente decisão do STF no julgamento do RE nº 592.581e da ADPF nº 347, em que foi reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” no funcionamento do sistema prisional brasileiro e esse reconhecimento foi considerado o lastro para uma ação jurisdicional mais efetiva. [...] Numa guinada jurisprudencial de grande impacto que está a suscitar a preocupação de parlamentares, juristas e agentes públicos sobre a necessidade de essa nova linha jurisprudencial ser balizada, com o claro estabelecimento de limites normativos, sob pena de as competências específicas dos demais Poderes – Executivo e Legislativo – serem usurpadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional.

Nessas decisões, ficava evidenciada a heterodoxa posição do STF ao balancear os direitos e princípios constitucionais tutelados [...].

Para exemplificar o alegado, importa conferir o que decidido pelo STF no julgamento, em 08.09.2015, da ADPF nº 347, relator o Ministro Marco Aurélio. [...]

Pensamos ser necessário o esforço para o estabelecimento de parâmetros normativos às decisões do STF no reconhecimento de “estado de coisas inconstitucional”, em sede de julgamento de ADPF ou RE, para impedir a violação essencial aos princípios implícitos da segurança jurídica e da reserva do financeiramente possível nas ações estatais, além da mitigação ao princípio constitucional da separação de Poderes.⁷⁸

Portanto, o projeto de lei pretendeu tratar da espécie estado de coisas inconstitucional, inserida no gênero processo estrutural. Ele também almejou esclarecer algumas características do estado de coisas inconstitucional no seu artigo 2º que buscou alterar a Lei n. 9.882 para incluir o artigo 9º-A.

No entanto, continuou a omissão quanto à prorrogação da jurisdição no estado de coisas inconstitucional. Ele tratou pouco do procedimento do estado de coisas inconstitucional e focou, principalmente, em expressar os limites da atuação dos Poderes em coordenação.

⁷⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Representação democrática do Judiciário*: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. REVISTA JURIS POIESIS, Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, v. 17, n. 17, jan./dez. 2014, p. 346.

⁷⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional*: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. REVISTA JURIS POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 133. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 02 set 2019.

⁷⁸ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 736/2015. Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4232374&ts=1543014208002&disposition=inline>> Acesso em 20 dez. 2018.

Além disso, impôs limites exagerados, como a obrigatoriedade de “previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas que necessitem de concretização” como pressuposto para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Essa restrição limitaria demais o campo de aplicação do estado de coisas inconstitucional como remédio constitucional para falhas estruturais.

Primeiro, limitaria o conceito de preceito fundamental, que deveria estar expressamente previsto na Constituição de 1988 e não no bloco de constitucionalidade. Segundo, pressupôs que algumas normas da Constituição seriam meramente programáticas e não teriam aplicabilidade ou exigibilidade imediata.

Dessa maneira, o projeto de lei foi pouco perspicaz em oferecer novos instrumentos para o desbloqueio de questões estruturais. Foi patente o silêncio eloquente⁷⁹ quanto à prorrogação da jurisdição, que é um mecanismo clássico de processos estruturais aplicado pelas Cortes Constitucionais dos Estados Unidos da América e da Colômbia.

“Na separação de poderes, a interação é inevitável. A interação deliberativa é um ganho; a interação puramente adversarial, se não chega a ser uma perda, desperdiça seu potencial epistêmico.”⁸⁰

Assim, o projeto de Lei do Senado Federal n. 736/2015 foi mais um exemplo “marcado por uma hiperinflação legislativa e pela utilização de termos jurídicos indeterminados para regulamentação das condutas”⁸¹ que pouco contribuiu para a construção plural do conceito e procedimento do estado de coisas inconstitucional pela contribuição de juristas, gestores públicos e a sociedade civil em audiências públicas.

Dessa maneira, faltou reflexão legislativa em relação aos novos instrumentos processuais que, de fato, poderiam garantir a efetividade do processo estrutural do estado

⁷⁹ O silêncio eloquente “corresponde à não previsão de algo pelo legislador de forma intencional e deliberada, com a finalidade de excluir a matéria não contemplada da órbita de incidência da norma”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. REVISTA JURIS POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 135. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 02 set 2019

⁸⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

⁸¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Fundamentos do processo estrutural*. IN JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (org.) *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 6. Disponível em: <<http://lucon.adv.br/2016/wp-content/uploads/2018/03/Lucon-Fundamentos-do-processo-estrutural.pdf>> Acesso em: 14 jan. 2020.

de coisas inconstitucional. Por essas razões, a sua tramitação foi encerrada e o projeto de lei foi arquivado.⁸²

1.4 Reação do Poder Executivo

Ainda que nem todas as manifestações dos entes federados sejam convergentes, o Poder Executivo apresenta algumas tentativas de remediar a crise do sistema carcerário. Assim, o Ministério da Saúde promoveu alguns programas e ações, como o Plano Nacional de Saúde no Sistema Carcerário (PNSSP), de 2003, a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), de 2014; o Ministério da Educação (MEC) estabeleceu as Diretrizes Nacionais para Educação nas Prisões, e as leis frutos de projetos do Executivo, como o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci, Lei n. 11.530/2007).

O Executivo, ademais, apresentou a Medida Provisória n. 678/2015, de 24/06/2015, posteriormente convertida na Lei n. 13.190/2015, estendendo o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) para as licitações e contratos de construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo e nas ações de segurança pública na Lei n. 12.462/11, art. 1º, inciso VI.⁸³

Em fevereiro de 2018, o Presidente Michel Temer decretou a intervenção federal parcial no estado do Rio de Janeiro, reconhecida no decreto n. 9.288/18, para pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública, limitada à área de segurança pública, inclusive a Administração Penitenciária. Não houve conexão por prejudicialidade entre o caso estadual e a ADPF 347, nem mesmo para estabelecer metas ou criar observatórios de dados e estatísticas para acompanhamento e monitoramento. Novamente, o STF não se posicionou como mediador dessa profunda falha estrutural.

Atendendo às ordens da medida cautelar do STF, o Poder Executivo editou as medidas provisórias de números 755 e 781, que tratavam de alterações no Funpen da LC

⁸² BRASIL. Senado. Projeto de Lei n. 736/2015. Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>> Acesso em: 14 jan. 2020.

⁸³ MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. REVISTA GV, São Paulo: FGV, v. 15, n. 2, jul. 2019, p. 16. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1916.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2019.

n. 79/94, cuja finalidade é proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. Em tese, elas propiciaram maior desburocratização no repasse dos valores do fundo aos Estados e a proibição do contingenciamento, aprimoraram antigas e acrescentaram novas aplicações aos recursos.

Em uma visão pragmática, a edição das medidas provisórias não foi efetiva na dinâmica do estado de coisas inconstitucional. Apesar do Advogado da União informar o descontingenciamento em plenário, os Estados precisaram peticionar nos autos do estado de coisas inconstitucional para informar a permanência do contingenciamento e a liberação das verbas. Além disso, as medidas provisórias indicavam possibilidades de novas formas de aplicação dos recursos, que se distanciavam do objetivo de aprimoramento do sistema carcerário. Por isso, o partido requerente da ADPF precisou realizar emenda à inicial para alegar a inconstitucionalidade desses artigos.

Muitas vezes, o Poder Executivo ajuda a consagrar a “legislação-álibi”, que mascara a realidade ao apresentar resposta jurídica fluida e inexigível, desempenhando apenas função “ideológica”. Segundo Marcelo Neves, não se deseja a “constitucionalização simbólica”, como a discrepância entre a função hipertroficadamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais.⁸⁴

1.4.1 Constitucionalismo abusivo

Em um sistema presidencialista robusto, caracterizado como hiperpresidencialismo, o Poder Executivo emprega o constitucionalismo abusivo pela utilização indevida de mecanismos do direito constitucional para atacar e minar as estruturas da democracia constitucional e das bases filosóficas do constitucionalismo. Essa prática promove a interpretação ou a alteração do ordenamento jurídico, de forma a concentrar poderes no Chefe do Executivo e a desabilitar agentes que exercem controle sobre a sua atuação, podendo evidenciar o retrocesso democrático e violação a direitos fundamentais. Ainda que a estrutura da administração pública federal se insira na

⁸⁴ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

competência discricionária do Chefe do Executivo federal, deve exercê-la à luz dos limites na Constituição e das leis.

Este fenômeno “constitucionalismo abusivo”, “legalismo autocrático” ou “democracia iliberal” alude a experiências estrangeiras que têm em comum a atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento jurídico, com o propósito de assegurar a sua permanência no poder e de seu grupo, vulnerando a democracia constitucional e a participação social.⁸⁵

Segundo David Landau⁸⁶, presidentes com legitimidade e apoio parlamentar conseguem implantar reformas constitucionais para ficar no poder com maior facilidade ou de forma permanente e enfraquecer o sistema de controle, especialmente dos Tribunais, mesmo que as Constituições ainda pareçam democráticas à distância, as alterações realizadas pelas *democraturas*⁸⁷ destroem a democracia constitucional.

O ministro do STF Luís Roberto Barroso já reconheceu, na ADPF 622 MC/DF⁸⁸, que modo de atuar de tais líderes abrange: (i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às cortes; (ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público; (iii) o combate a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; (iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e

⁸⁵ JOTA. *Barroso fala em constitucionalismo abusivo ao suspender decreto de Bolsonaro*. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/barroso-fala-em-constitucionalismo-abusivo-ao-suspender-decreto-de-bolsonaro-30122019>> Acesso em: 07 jan. 2020.

⁸⁶ LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. Disponível em: <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf> Acesso em: 07 jan. 2020.

⁸⁷ Scheppele cunhou o termo *democraturas* para descrever líderes e grupos políticos que atuam em situação intermediária entre ditaduras civis e militares tradicionais e o exercício das funções estatais à luz das estruturas do Estado Democrático de Direito. Ainda que por mandatos por meio de eleições, governantes em *democratura* se utilizam do poder, das competências e dos institutos constitucionais para restringir a separação dos poderes, a transparência no trato com a coisa pública e as liberdades constitucionais especialmente de grupos oponentes, de grupos da sociedade civil, de mecanismos de comunicação social e de coletivos. SCHEPPELE, Kim Lane. *Worst Practices and the Transnational Legal Order* (Or How to Build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight). Disponível em: <https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/events/wright-scheppele2016.pdf> Acesso em: 07 jan 2020.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 622 MC/DF. Rel Min Luís Roberto Barroso. Data de publicação no DJE e no DOU: 19/12/2019. Info 798. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/12/efddc66cf24522b5830084f2ee8430ca.pdf>> Acesso em: 07 jan. 2020.

vulneráveis; (v) o ataque à imprensa, sempre que leve ao público informações incômodas para o governo. Por isso, explana os efeitos do constitucionalismo abusivo:

“as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático”.⁸⁹

No Brasil, Luís Roberto Barroso e a doutrina especializada⁹⁰ concordam que não há um constitucionalismo abusivo estrutural, mas existe emprego de alguns mecanismos previstos na Constituição Federal de 1988 distorcendo aspectos do Estado Democrático de Direito com a caracterização de um constitucionalismo abusivo episódico.

Na implementação da ADPF 347/DF, a edição pelo Poder Executivo das medidas provisórias de números 755 e 781, que tratavam de alterações no Funpen da LC n. 79/94, foi abusiva porque estabeleceria novas finalidades ao Funpen, alheias à função de incremento do sistema carcerário, contornando mais uma vez o enfrentamento à crise no sistema carcerário e a autoridade da decisão da Corte Constitucional.

O requerente na ADPF precisou realizar emenda à inicial para incluir a análise da constitucionalidade de artigos da medida provisória⁹¹ citada, tumultuando o andamento processual do processo estrutural e pouco contribuindo para a coordenação entre os Poderes. Dessa maneira, sobrecarrega a Corte Constitucional ao acumular questionamentos sobre a constitucionalidade de políticas públicas excessivamente decididas por medidas provisórias sem os requisitos constitucionais de relevância e urgência da CRFB/88, art. 62, desestabiliza instrumento da Administração Pública como

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 622 MC/DF. Rel Min Luís Roberto Barroso. Data de publicação no DJE e no DOU: 19/12/2019. Info 798. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/12/efddc66cf24522b5830084f2ee8430ca.pdf>> Acesso em: 07 jan. 2020.

⁹⁰ BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Constitucionalismo abusivo: fundamento teóricos e análise da utilização no Brasil contemporâneo*. DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA, Belo Horizonte: Fórum, v. 12, n. 39, jul./dez. 2018, p. 94. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641/907>> Acesso em: 07 jan. 2020.

⁹¹ O próprio manejo da medidas provisórias foi realizado de maneira abusiva especialmente até a promulgação da Emenda Constitucional nº 32 em 2001, a qual vedou a utilização nas questões sobre nacionalidade, cidadania, direitos políticos, direito penal, direito processual, organização do Ministério Público e do Poder Judiciário e direito orçamentário, à luz da CRFB/88 62, §1º. A estratégia da coalização majoritária travava o processo legislativo urgente e célere para obstar uma discussão pública e plural. Essa prática inconstitucional foi adotada por mais de 20 anos e somente foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5127/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5127/DF. Rel Min Edson Fachin. Data de publicação no DJE e no DOU: 01/107/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310347152&ext=.pdf>> Acesso em: 07 jan. 2020.

o Funpen e dificulta a proteção aos direitos fundamentais dos presos, minoria em hipossuficiência organizacional.

“A liderança da cúpula estatal e das instituições de Justiça faz muita diferença para que a lei seja levada a sério”⁹², bem como as ordens estruturais. Dessa maneira, a cooperação entre os Poderes é fundamental para a saudável manutenção do Estado Democrático de Direito, segundo Conrado Hübner Mendes:

O estado de direito também depende de um acordo tácito: é preciso não só que as autoridades respeitem a lei, mas que demonstrem, no que fazem e no que dizem, compromisso com o princípio de que a lei vale igualmente para todos. Tanto o pacto de civildade e de continuidade quanto o compromisso moral e performativo de respeito à lei são postos em xeque pela política do pânico e circo. [...] A perda do respeito pelo STF é uma das marcas de nossos tempos. Esse movimento de insubordinação não se deve a qualquer vocação iconoclasta da cultura jurídica brasileira, mas ao aprofundamento de práticas ruins demais para ignorar.⁹³

No contexto do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário reconhecido em ADPF, a edição das medidas provisórias n. 755 e 781 exemplificam o constitucionalismo abusivo algumas vezes perpetrado pelo Poder Executivo.

Nos trinta e um anos de vigência da Constituição de 1988, a elaboração do orçamento, a arrecadação de receitas e a realização de despesas constituem um grande espaço democrático negligenciado, principalmente pelo Poder Executivo. A competência do Executivo é notória, pois detém os dados e informações que permitem ordenar as estimativas de receitas e despesas. Enviado o projeto orçamentário para o Congresso, o poder de emenda dos parlamentares resta reduzido, em razão da limitação da obrigatoriedade de pertinência temática com a proposta original e a vedação do aumento de despesas da CRFB/88, art. 63, inciso I, conforme ADI 5087 MC/DF, ADI 1333/RS, ADI 3942/DF, ADI 2810/RS e ADI 4433/SC.⁹⁴

Até a emenda constitucional nº 100 de 2019⁹⁵, predominava o entendimento que a execução da programação orçamentária possuía caráter meramente autorizativo, o que não obrigava o Poder Executivo a executar as políticas públicas amplamente debatidas

⁹² MENDES, Conrado Hübner. *A política do pânico e circo*. IN MENDES, Conrado Hübner (org.). *Democracia em risco: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 2019.

⁹³ MENDES, Conrado Hübner. *A política do pânico e circo*. IN MENDES, Conrado Hübner (org.). *Democracia em risco: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 2019.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 400.

⁹⁵ ABRAHAM, Marcus. *Reflexões sobre finanças públicas e direito financeiro*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

entre os representantes parlamentares. De fato, havia um desequilíbrio entre os Poderes na definição de políticas públicas, pois o Poder Executivo simplesmente poderia deixar de priorizar as programações orçamentárias derivadas de emendas parlamentares sem grande ônus de justificação. Com a exceção de repasses obrigatórios de fundamento constitucional, como os do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público, as demais destinações são implementadas se e quando o Presidente desejar, a despeito da aprovação e vigência da lei orçamentária.

Dessa maneira, a edição das medidas provisórias n. 755 e 781 evidenciam mais um exemplo de falta de articulação programática com outros empreendimentos governamentais de interesse público por interferência de uma autoridade pública, por seu interesse político subjetivo, por mecanismos de direitos financeiro notoriamente considerados estruturalmente não democráticos.

1.5 Reação do Poder Judiciário

Após a “macrosentença” ou declaração do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, o STF deveria reter a jurisdição para passar à fase concreta do controle de constitucionalidade do estado de coisas inconstitucional. A partir desse momento, não há a previsão legal de um procedimento específico para o monitoramento ou casos complexos associados ao estado de coisas inconstitucional. Por essa razão, é urgente o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial de um claro sistema processual adaptado ao estado de coisas inconstitucional, especialmente na agregação de casos complexos associados ao litígio estrutural e as premissas e diretrizes do monitoramento do estado de coisas inconstitucional no Brasil.

Nesse sentido, Owen Fiss assevera que “o foco da reforma estrutural não é direcionado para transações ou incidentes particulares, mas para as condições da vida social e para o papel que as organizações de grande porte desempenham na determinação dessas condições.”⁹⁶ Assim, os esforços da Corte devem convergir para a implementação de plano estrutural por ordens flexíveis e não somente por decisões judiciais de caráter coletivo.

⁹⁶ FISS, Owen. *As formas de justiça*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 136.

Ainda que se tenha a vigência do processo estrutural do estado de coisas inconstitucional, o Poder Judiciário brasileiro somente consegue oferecer respostas individuais ou coletivas, mas nunca estruturais. “O equívoco desse tratamento não estrutural do litígio é que ele acarreta apenas uma ilusão de solução, mas não produz resultados sociais significativos, eis que as causas do problema permanecem.”⁹⁷

Um exemplo, é mutirão carcerário realizado, desde 2008, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁹⁸, órgão do Poder Judiciário na CRFB/88, art. 102, inciso I-A. Ele possui linha de atuação baseada em dois eixos: no direito individual com a garantia do devido processo legal com a revisão das prisões de presos definitivos e provisórios e a proteção dos direitos coletivos do preso pela inspeção nos estabelecimentos prisionais do Estado.

Nesse sentido, o STF precisa ter clareza do seu papel de mediador de políticas públicas em estado de coisas inconstitucional, autorizado a promover diálogos dirigidos à solução dos problemas estruturais e a corrente violação de direitos humanos, exigindo o envolvimento dos três poderes do Estado no âmbito federal e estadual.⁹⁹

Em 2017, o Ministro Dias Toffoli negou seguimento à Reclamação 26.111/DF, em que a Defensoria Pública da União propôs em face do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM) que buscava remediar a péssima infraestrutura carcerária e as consequências de massacres de rebeliões nos presídios em Manaus ocorridos nos dois anos anteriores. O Ministro adotou uma postura excessivamente formalista para rejeitar a conexão da reclamação à ADPF 347/DF, justificando que a reclamante não havia logrado êxito em demonstrar o descumprimento objetivo das autoridades públicas estaduais do Amazonas.

Ora, se a realidade inconstitucional já havia sido demonstrada, inclusive por assassinatos em massa em rebeliões, não cabe a alegação de cunho processual formal.

⁹⁷ VITORELLI, Edilson. *Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças*. 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> Acesso em: 08 fev. 2020.

⁹⁸ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/at-mutirao-carcerario/>> Acesso em: 07 jan. 2020.

⁹⁹ PAIXÃO, Juliana Patrício da. *Estado de Coisas Inconstitucional: sob a perspectiva da saúde coletiva e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 56.

Como fenômeno endoprocessual, o estado de coisas inconstitucional é uma questão prejudicial do processo coletivo.

Não deve ser descartada, de toda forma, a possibilidade de recebimento de outras ações de controle concentrado em cenários nos quais a Corte julgue haver um estado de coisas inconstitucional ou inconstitucionalidade sistêmica. [...] Não se exclui, também, a hipótese de invocação dessa tese em processos subjetivos coletivos, tendo em vista os contornos amplos, ou difusos que essas formas de inconstitucionalidade tendem a assumir. Neste caso, processualmente, deverá ser seguido o entendimento geral sobre o controle incidental de constitucionalidade em ações coletivas, que é a de que a arguição de inconstitucionalidade não configure o objeto da demanda, mas sim questão prejudicial.¹⁰⁰

A omissão inconstitucional das autoridades públicas dos três Poderes e nos âmbitos federal e estadual já tinham sido verificadas no litígio estrutural da ADPF 347/DF. Como fenômeno extraprocessual, o estado de coisas inconstitucional é o processo principal que acarreta a conexão de processos-satélite. O caso da Reclamação 26.111/DF deveria seguir por conexão por prejudicialidade à ADPF 347/DF, em igualdade de realidade inconstitucional por arrastamento.

1.5.1 Falta de centralidade do estado de coisas inconstitucional na repercussão geral

Em 2015, o Plenário do STF, na RE 592.581/RS¹⁰¹, reconheceu e fixou tese, em repercussão geral, de que é lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da CF/88, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Portanto, restou sedimentado que cabe ao Judiciário intervir para que as garantias constitucionais dos presos sejam asseguradas, tendo em vista que os direitos fundamentais

¹⁰⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. REVISTA JURIS POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 155. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 02 set 2019

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 592581/RS. Relator: Ricardo Lewandowski. Data de publicação no DJE e no DOU: 13/8/2015. Info 794. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> Acesso em: 01 ago. 2019.

em discussão não são normas meramente programáticas. Pelo contrário, possuem plena aplicabilidade e exequibilidade para imediata observância. Nesse sentido, segue trecho do voto do ministro relator:

“A centralidade do valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem. [...] Uma das garantias basilares para a efetivação dos direitos fundamentais é o princípio da inafastabilidade da jurisdição, abrigado no art. 5º, XXXV. [...]

É que lhe incumbe [ao Judiciário], em casos como este sob análise, exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana.”¹⁰²

Além das normas constitucionais e infraconstitucionais internas, há a violação de normas internacionais que a República Federativa do Brasil se comprometeu a respeitar, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em razão da complementariedade do sistema normativo de proteção aos direitos humanos da CRFB/88, art. 5º, § 2º.¹⁰³ Já existe grande repercussão internacional pela denúncia de mortes e maus-tratos de detentos no Presídio José Mário Alves da Silva, que ficou conhecido como caso “Urso Branco”, de Porto Velho/RO, que já recebeu resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁰⁴

No caso em que o Brasil foi condenado por violações de direitos humanos, envolvendo a Casa de Detenção José Mario Alves, conhecida como Cárcere Urso Branco, localizada em Porto Velho, Rondônia, a omissão persistente do Estado fica evidente quando se percebe que diversas medidas provisórias ou provisionais tiveram que ser deferidas pela Corte IDH entre 2002 e 2011 em favor dos internos. As medidas provisionais só são cabíveis em casos graves,

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 592581/RS. Relator: Ricardo Lewandowski. Data de publicação no DJE e no DOU: 13/8/2015. Info 794. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> Acesso em: 01 ago. 2019.

¹⁰³ A Corte Interamericana e a Comissão interamericana de Direitos Humanos desempenham um papel relevante [...] consubstanciam uma ferramenta ou uma fase pós-deliberativa capaz de cobrar um plano de ação pelo Estado e monitorar o seu cumprimento das decisões. Estimular esse diálogo interinstitucional para além do plano interno pode aumentar potencial e gradativamente a efetividade dos direitos humanos fundamentais previstos da Constituição de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos. LEGALE, Siddharta, ARAÚJO, David Pereira de. *O estado de coisas inconvenional e o “supercaso” brasileiro em matéria penitenciária*. Disponível em: <<https://nidh.com.br/o-estado-de-coisas-inconvenional-e-o-supercaso-brasileiro-em-materia-penitenciaria/>> Acesso em: 20 fev. 2020.

¹⁰⁴CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de julho de 2004 a respeito da República Federativa do Brasil. Caso da Penitenciária Urso Branco. Data de publicação: 07/07/2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf> Acesso em: 01 ago. 2019.

urgentes e de risco de danos irreparáveis. A urgência e a gravidade se arrastaram por quase 10 anos evidenciando a situação dramática.¹⁰⁵

O magistrado não deve substituir o gestor público, mas pode compeli-lo (obrigá-lo) a cumprir o programa constitucional vinculante, especialmente quando se trata de preservar a dignidade da pessoa humana. “A capacidade da corte de ser obedecida precisa ser conquistada e administrada, pairar acima das divisões políticas e inspirar respeito. Essa conquista se dá, entre outras coisas, pela obediência aos rituais de imparcialidade, pela prudência institucional e pela coragem política.”¹⁰⁶

A judicialização não substitui a política, mas há exceções, como no caso, em que se trata de proteger os direitos de uma minoria sem direitos políticos, sem capacidade de vocalizar as próprias pretensões.

No RE 641.320/RS¹⁰⁷, sob repercussão geral (Tema 423), o STF foi chamado a decidir a viabilidade de alteração do regime de cumprimento da pena enquanto não existisse estabelecimento adequado, à luz da LEP, compatível com o regime inicialmente fixado.¹⁰⁸ Novamente, não houve reconhecimento da conexão à ADPF 347.

Segundo o relator Gilmar Mendes, em sentença manipulativa de efeitos aditivos seria possível “fazer um esforço para resolver a questão de forma estruturante, além do simples estabelecimento de teses jurídicas. Podemos avançar, determinando a observação de ferramentas que serão essenciais na implementação dos direitos dos sentenciados e no atendimento ao programa legal quanto à execução penal” em um movimento de abstrativização do controle difuso.

Por isso, sugeriu que os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público devessem desenvolver e fiscalizar as propostas debatidas em RE, especialmente o CNJ e

¹⁰⁵ LEGALE, Siddharta, ARAÚJO, David Pereira de. *O estado de coisas inconvencional e o “supercaso” brasileiro em matéria penitenciária*. Disponível em: <<https://nidh.com.br/o-estado-de-coisas-inconvencional-e-o-supercaso-brasileiro-em-materia-penitenciaria/>> Acesso em: 20 fev. 2020.

¹⁰⁶ MENDES, Conrado Hübner. *A política do pânico e circo*. IN MENDES, Conrado Hübner (org.). *Democracia em risco: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 2019.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 641.320/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 11/5/2016.

¹⁰⁸ O STF fixou o seguinte entendimento em repercussão geral, no informativo 825: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 641320/RS, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 11/5/2016. Posteriormente, foi consolidada a súmula vinculante n. 56: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Aprovação em: 29/06/2016.

o CNMP. Com o apoio dos conselhos, o tribunal poderia adotar medidas concretas de ordem administrativa e de política judiciária a serem fiscalizadas pelo STF, sem a necessidade de reformas administrativas, efetivando o *complex enforcement*.¹⁰⁹

O então presidente do STF e do CNJ, o Ministro Ricardo Lewandowski, se opôs ao voto do relator quanto às pautas a serem impostas ao CNJ, tendo em vista as atribuições constitucionais conferidas pela CRFB/88, art. 103-B, parágrafo quarto. O CNJ possui sua agenda definida pelos seus conselheiros e congressos nacionais de magistratura. Lewandowski pontuou que, caso fossem meras sugestões, estaria de acordo, mas as eventuais determinações do relator estariam de encontro às políticas em curso ou a serem implantadas no CNJ.

Em resposta, o relator insistiu não serem recomendações, mas determinações judiciais obrigatórias. Os outros ministros que participaram do debate, Teori Zavascki, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello, não foram assertivos quanto ao ponto. A ementa do acórdão, redigida exclusivamente pelo relator do caso, contrariando as expectativas do decidido coletivamente, contém um tópico específico que trata do caráter aditivo da decisão e detalha as determinações impostas ao CNJ.

Portanto, se observa que ainda há discordância entre os ministros do papel do STF na indicação das ordens manipulativas aditivas em litígios estruturais. Ainda não realizam a conexão por prejudicialidade entre o caso em RE e a ADPF 347, nem conseguem pacificar a natureza das ordens flexíveis.

É importante observar que a deliberação pública dos ministros exarada no julgamento é também uma singularidade brasileira. Como consequência desse modelo de votação pública, o sistema processual brasileiro segue o padrão agregativo e não deliberativo, isto é, a decisão é produto da soma de votos individuais e não da construção argumentativa de pronunciamentos consensuais ou intermediários.¹¹⁰

¹⁰⁹ MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. REVISTA GV, São Paulo: FGV, v. 15, n. 2, jul. 2019, p. 13. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1916.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2019.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 458.

No RE 580252/MS com repercussão geral (Info 854)¹¹¹, que trata da responsabilidade civil do Estado a pagar indenização por danos morais a presos submetidos a tratamentos sub-humanos, degradantes, insalubres ou de superlotação carcerária¹¹², o plenário do STF fez referência a argumentos pragmáticos pela prevalência de medidas coletivas sobre direitos fundamentais.¹¹³ O Ministro Relator Teori Zavascki pontuou que, ainda que o Poder Executivo afirme não conseguir arcar com o pagamento das indenizações pelo princípio da reserva do possível, o pedido autoral deve ser julgado procedente para garantir o mínimo existencial e estimular a adoção de políticas públicas pelos outros Poderes. Não se pode admitir a invocação da cláusula da reserva do possível como argumento meramente retórico, de modo a permitir que o poder público se exima de seus deveres legais especialmente da CRFB/88, art. 37, parágrafo 6º, inclusive de reparação dos danos por ele causados.

O Ministro Luís Roberto Barroso concordou com a responsabilidade objetiva do Estado pela omissão na infraestrutura carcerária, mas propôs que a reparação fosse em remição de dias de pena, ao invés da indenização pecuniária. O argumento pragmático oferecido seria a multiplicação de demandas idênticas e de condenações dos Estados, o que agravaria o congestionamento no Poder Judiciário. Também afirmou que “além de não eliminar ou minorar as violações à dignidade humana dos presos, tende a agravá-las e perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser utilizados na melhoria

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 580252/MS. Relator originário: Ministro Teori Zavascki. Relator para redação do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 16/2/2017 (repercussão geral) (Info 854). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>> Acesso em: 02 set. 2019.

¹¹²“Os detentos do presídio de Corumbá/MS, cumprem pena privativa de liberdade em condições não só juridicamente ilegítimas (porque não atendem às mínimas condições de exigências impostas pelo sistema normativo), mas também humanamente ultrajantes, porque desrespeitosas a um padrão mínimo de dignidade. Também não se discute que, nessas condições, o encarceramento impõe ao detendo um dano moral, cuja configuração é, nessas circunstâncias, até mesmo presumida, sendo incontroversos os fatos da causa e a ocorrência do dano.” Trecho do voto do Ministro Teori Zavascki, p. 11. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 580252/MS. Relator originário: Ministro Teori Zavascki. Relator para redação do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 16/2/2017 (repercussão geral) (Info 854). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>> Acesso em: 02 set. 2019.

¹¹³PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais*. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA, Belo Horizonte: Fórum, v. 10, n. 35, jul./dez. 2016, p. 366. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/105/31>> Acesso em: 02 set. 2019

do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais”¹¹⁴, utilizando o pragmatismo para a limitação de direitos fundamentais.

Jane Reis Gonçalves Pereira assevera que o uso de argumentos pragmáticos e consequentialistas pode ser um artifício retórico perigoso para a proteção de direitos fundamentais de grupos marginalizados. A afirmação genérica de que direitos fundamentais de terceiros em jogo poderiam lastrear restrições amplas e não especificadas seria um sucedâneo argumentativo artificial da antiga ideia de interesse público ou de bem comum.¹¹⁵ “O uso abusivo de argumentos relacionados às consequências sociais e à promoção do bem comum pode resultar na prevalência de metas coletivas genéricas sobre garantias constitucionais claramente enunciadas, numa inversão da lógica que embasa sua proteção constitucional.”¹¹⁶

Ainda que o Supremo Tribunal Federal se apresente com a função de “representação argumentativa da sociedade”¹¹⁷, não deve violar o princípio da legalidade e a máxima efetividade das normas constitucionais. Na democracia deliberativa, o Judiciário conquista legitimidade pela formulação de argumentos racionais e pela persuasão. A representação democrática judicial¹¹⁸, como “alargamento do conceito tradicional de representação popular de forma a abarcar, além do Executivo e do Legislativo, o Poder Judiciário”, serve como parâmetro de controle de sua funcionalidade democrática, com atribuição de novos ônus e limites à atuação da Corte.¹¹⁹ Nesse sentido,

¹¹⁴ Trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 45. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 580252/MS. Relator originário: Ministro Teori Zavascki. Relator para redação do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 16/2/2017 (repercussão geral) (Info 854). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>> Acesso em: 02 set. 2019.

¹¹⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais*. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA, Belo Horizonte: Fórum, v. 10, n. 35, jul./dez. 2016, p. 367. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/105/31>> Acesso em: 02 set. 2019

¹¹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais*. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA, Belo Horizonte: Fórum, v. 10, n. 35, jul./dez. 2016, p. 359. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/105/31>> Acesso em: 02 set. 2019

¹¹⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão*. REVISTA JURIS POIESIS, Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, v. 17, n. 17, jan./dez. 2014, p. 345.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. IN VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. *A razão sem voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 54.

¹¹⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão*. REVISTA JURIS POIESIS, Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, v. 17, n. 17, jan./dez. 2014, p. 346.

a Corte deve ser processualmente porosa, institucionalmente transparente e ter abertura para analisar os desacordos morais da sociedade em estado de coisas inconstitucional.¹²⁰

Por isso, nova forma de compensação por danos morais, proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso, foi rejeitada pelos outros ministros no plenário do STF por falta de previsão legal, ou seja, violação do princípio da legalidade.

Relativização da coisa julgada, em razão de injustiça, possui um perfil teratológico, portanto admite a abertura para o estado de exceção no Brasil. Essa abertura ocorre, na medida em que se cria um vazio de direito em virtude da negação do próprio Estado Democrático de Direito, posto que a própria Constituição que elenca a coisa julgada como garantia constitucional passa a poder ter sua normatividade suspensa por qualquer juiz que considere injusta qualquer decisão judicial transitada em julgada.¹²¹

Ademais, seria uma sentença manipulativa aditiva para fragilizar a proteção constitucional do cidadão na responsabilidade civil do Estado. O voto do Ministro Luís Roberto Barroso retiraria da responsabilidade civil do Estado uma consequência não civil, uma consequência penal.

A condenação ao pagamento de indenização por danos morais foi arbitrada pelo plenário do STF em R\$2.000,00 (dois mil reais) para o autor detento. O próprio Ministro Luís Roberto Barroso reconhece que “não estabelece nenhum tipo de critério, quer dizer, R\$ 2.000,00 (dois mil reais) mil por quanto tempo? E, se depois de receber a indenização, o indivíduo continuar dentro do sistema, ele tem direito a uma nova compensação?”¹²² O Ministro Teori Zavascki, afirma “acho e concordo com Sua Excelência que a solução do caso concreto de estabelecer R\$ 2.000,00 (dois mil reais), realmente, não é uma solução adequada.”¹²³ Isso já aponta a fragilidade dos efeitos práticos da justificação discursiva do plenário do STF, que não convence nem os próprios ministros. A solução prática oferecida não consegue efetivar a supremacia axiológica da Constituição.

¹²⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Representação democrática do Judiciário*: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. REVISTA JURIS POIESIS, Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, v. 17, n. 17, jan./dez. 2014, p. 356.

¹²¹ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

¹²² Trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 36. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 580252/MS. Relator originário: Ministro Teori Zavascki. Relator para redação do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 16/2/2017 (repercussão geral) (Info 854). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>> Acesso em: 02 set. 2019.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 580252/MS. Relator originário: Ministro Teori Zavascki. Relator para redação do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 16/2/2017 (repercussão geral) (Info 854). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>> Acesso em: 02 set. 2019.

Além disso, não foi vinculada a omissão inconstitucional do RE em repercussão geral e suas consequências ao agravamento do estado de coisas inconstitucional. Não foi aventada a possibilidade de aumentar o valor da indenização por danos morais, por ano, em progressão aritmética, após a declaração do estado de coisas inconstitucional, de acordo com o número de anos de agravamento da situação carcerária em omissão inconstitucional reiterada.

Ainda no RE 580252/MS com repercussão geral, foi lembrado no julgamento que esse recurso extraordinário integra a chamada “agenda do sistema penitenciário”, em que se sustentou que vem sendo paulatinamente conduzida pelo Supremo Tribunal Federal, apenas citando tangencialmente a ADPF 347/DF no estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário.

A discricionariedade da presidência do Supremo Tribunal Federal pautar os casos e definir a agenda fragiliza a tutela dos direitos humanos pelo controle concentrado de constitucionalidade, pois frequentemente é atravessado por casos urgentes da política brasileira.

Há uma série de desvantagens na escolha do STF como via prioritária de tutela dos direitos humanos. A mais importante é o tempo do julgamento. A absurda concentração de competências do STF tem duas consequências negativas sobre a proteção dos direitos fundamentais. A primeira é que o julgamento dessas ações depende de um compromisso do presidente da corte e dos ministros com essas causas, considerando a enorme discricionariedade de que dispõem para definir sua agenda. A segunda é que, mesmo que os ministros optem por julgar questões de direitos humanos, as urgências impostas pela pauta penal e política muitas vezes sequestram o tempo da corte e subvertem a ordem de prioridade, como aconteceu, por exemplo, no curso da crise política e do processo de impeachment de 2016.¹²⁴

“Um STF mais atento à Constituição e à preservação de sua combatida autoridade, com tudo que isso significa nos seus ritos e costumes, na condução de sua agenda e na apresentação de argumentos jurídicos estáveis, seria sua melhor estratégia para participar do delicado jogo que terá pela frente.”¹²⁵

Percebe-se que, ao tratar de problemas estruturais, o Supremo Tribunal Federal não garantiu a centralidade da ADPF 347/DF no sistema jurídico brasileiro na superação

¹²⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais: Entre Fraquezas e Possibilidades*. REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ, Rio de Janeiro: UERJ, v. 29, n. 29, jun. 2016, p. 142. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/23669/16724>> Acesso em: 02 set 2019.

¹²⁵ MENDES, Conrado Hübner. *A política do pânico e circo*. IN MENDES, Conrado Hübner (org.). *Democracia em risco: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 2019.

da falha no sistema carcerário. Até mesmo a RE 580252/MS não tramitou em conexão por prejudicialidade com a ADPF 347/DF. Dessa maneira, falta clareza ao Supremo Tribunal Federal para conformar o sistema de pensamento jurídico de superação de falhas estruturais em torno do estado de coisas inconstitucional.

O STF deve ter em conta que o estado de coisas inconstitucional é um exemplo de *pragmatic state-building* (construção pragmática do Estado) por meio de experimentações institucionais adaptativas às exigências de sua realidade política, econômica e social. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso reflete sobre o papel criativo dos tribunais nas medidas estruturantes:

Uma Corte suprema tem o dever de fazer valer a Constituição no máximo de suas potencialidades. Por outro lado, não deve presumir demais de si mesma, desconsiderando a deferência devida aos outros Poderes. Há um equilíbrio dinâmico entre esses dois vetores, que varia em função da conjuntura institucional e da realidade fática. O papel criativo dos tribunais, como quase tudo na vida, deve combinar prudências e ousadias, fazendo o rio da história avançar, mas sem deixá-lo transbordar de suas margens.¹²⁶

É um Estado-administrativo politicamente responsivo, procedimentalmente legítimo e deferente aos direitos sociais e econômicos.¹²⁷

De fato, para engendrar os requisitos condicionais ao funcionamento normal da democracia ou promover-lhes a expansão, o Estado não tem alternativa senão a de se constituir em um decidido agente transformador, o que supõe, diversamente do que hoje pode ocorrer nos países que já ultrapassaram esta fase, um desempenho muito mais participante, notadamente no suprimento dos recursos sociais básicos e no desenvolvimento de uma política promotora das camadas mais desfavorecidas.¹²⁸

Por isso, o *pragmatic state-building* exige que os ministros do STF sejam mais alinhados ao apresentar a visão do STF como mediador em ativismo dialógico de implementação de políticas públicas de direitos sociais.

2. Justaposição das experiências constitucionais de ativismo dialógico

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2020/01/Papel-criativo-dos-tribunais.pdf>> Acesso em: 07 fev. 2020.

¹²⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 106.

¹²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/353/r137-24.pdf?sequence=4&isAllowed=y>> Acesso em: 20 fev. 2020.

2.1 Decisões da Suprema Corte americana no *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), *Brown II* (1955), *Cooper v. Aaron* (1958) nos EUA: uma análise qualitativa

2.1.1 Uma bola de neve: o impasse norte-sul sobre a situação dos afrodescendentes norte-americanos

*A Democracia na América*¹²⁹, obra de Alexis de Tocqueville (1805-1859), tratou do funcionamento do radical experimento democrático nos Estados Unidos da América, ainda que apresentasse variados riscos e paradoxos à organização daquela sociedade. Naquele momento histórico, parecia haver a inevitabilidade do avanço da democracia como resultado da equalização das condições sociais decorrente do fim do domínio colonial inglês e do absolutismo europeu.

Além dos riscos, o autor salientou que a democracia oferece oportunidades de progresso da humanidade, não ignorando que a emergência do regime democrático acontece num contexto de triunfo do capitalismo resultante da ascensão da burguesia, tendente a criar novas desigualdades.¹³⁰ O ideal de igualdade dos *Founding Fathers* não acobertou todas as pessoas nascidas em solo americano. “As estruturas políticas estabelecidas pela Constituição dos Estados Unidos respondiam, em parte, aos interesses econômicos da facção que prevaleceu no processo de criação da Constituição. Em outros termos, que a Constituição dos Estados Unidos não era apenas um documento jurídico.”¹³¹

Isso acontece porque a Constituição norte-americana é sintética e o valores presentes nela, como liberdade, igualdade, devido processo legal, direito à propriedade, proibição de formas cruéis e iníquas de punição, são ambíguos e permitem interpretações diferentes, até mesmo conflitantes. “Há, portanto, uma necessidade constitucional: dar-lhes um significado específico, definindo seus respectivos conteúdos

¹²⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: Leis e Costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹³⁰ CASAGRANDE, Cássio Luís. *Americanização do direito constitucional no Brasil em perspectiva histórica*. REVISTA INTERESSE PÚBLICO, v. 100, p. 1984-4387, 2016.

¹³¹ COUSO, Javier. *As “Constituições econômicas” da América Latina: a tensão permanente entre livre mercado e direitos socioeconômicos*. Culturas Jurídicas, Niterói, v. 6, n. 14, mai./ago., 2019, p. 230. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/887/405>> Acesso em: 05 fev. 2020.

operacionais, a fim de possibilitar a definição das prioridades a serem consideradas em caso de conflito.”¹³² A *adjudication* (adjucação) é esse processo social em que os juízes oferecem um significado aos valores constitucionais.

Os negros sulistas não eram tratados como cidadãos. O famoso caso *Dred Scott v. Sandford* (1856/1857)¹³³ ficou conhecido como uma das piores decisões da Suprema Corte por não reconhecer a condição de cidadão ao Dred Scott por ser negro e, reflexamente, não teria nem mesmo o direito de ajuizar ação na Justiça americana.

A questão da escravidão não foi resolvida na promulgação da Constituição norte-americana em razão da oposição de interesses entre as elites do Norte e do Sul. O fim da revolução americana ensejou a consolidação e fundação da liberdade pela promulgação da Constituição, que garantiu a estabilidade na salvaguarda das liberdades civis pelas garantias constitucionais de acordo com as vontades das elites políticas daquele momento histórico.¹³⁴

No entanto, “a história também borbulha de baixo para cima, movida por pessoas de quem ninguém ouviu falar, fazendo coisas que os poderosos jamais ousariam”¹³⁵. Nesse contexto, surgiram movimentos sociais pelas campanhas abolicionistas pregando o ideal da igualdade no Norte, em que leis estaduais aboliram a escravidão. No Sul, havia grande resistência em razão do *boom* do ciclo do algodão e seu sistema fabril.

Diante desse enorme conflito, houve a ruptura constitucional pela guerra civil norte-americana, que levou à abolição da escravidão em todo o país, em 1865, proclamada

¹³² FISS, Owen. *As formas de justiça*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 119

¹³³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Dred Scott v. Sandford*. 60 U.S. 393 (1857). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=3231372247892780026&q=dred+scott&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹³⁴ “O objetivo dessas constituições era deter a onda da revolução; se também serviam para limitar o poder, era não só o poder do governo mas também o poder revolucionário do povo cuja a manifestação precedera sua instauração” ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2011, p. 192.

¹³⁵ DAVIDSON, James West. *Uma breve história dos Estados Unidos*. 2 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 271.

por Abraham Lincoln.¹³⁶ Segundo João Carlos Souto¹³⁷, a solução oferecida pelo caso *Dred Scott v. Sandford* (1856/1857) foi “uma das causas remotas da deflagração da Guerra Civil.”¹³⁸

Como consequência, veio a aprovação da décima terceira emenda de 6 de dezembro de 1865 em reação legislativa.¹³⁹ O problema estrutural da inserção do negro na sociedade americana era tão profundo que ocasionou a guerra mais sangrenta da história americana. A Guerra de Secessão foi tão violenta que mais americanos morreram nessa guerra que na Revolução, na Guerra de 1812, Guerra México-Estado Unidos, na Guerra Hispano-americana, na Guerra da Coreia e na Primeira e Segunda Guerras Mundiais combinadas.¹⁴⁰

Mesmo a vitória do Norte, não foi capaz de apaziguar as elites para promover a inclusão social dos afrodescendentes. Após a guerra de secessão, houve um breve período, conhecido como a “primeira reconstrução” (até 1877), de gozo dos direitos civis pelos negros, como direito de propriedade e a liberdade de contratar.¹⁴¹

Mas a verdade é que, conquistada a emancipação pela abolição da escravidão, a sociedade continuou ainda dividida pela política de segregação racial. Nos Estados do Sul, antigos redutos escravistas, foram impostas diversas práticas sociais para restringir bastante as liberdades dos negros libertos, principalmente pela exploração econômica de negros analfabetos, trabalhadores de plantações de algodão e trabalhadores pobres nos subúrbios das cidades.

¹³⁶ “Cuida-se, na espécie, de mais um *backlash* que se levantou contra uma decisão conservadora do *status quo* escravocrata, que também escapa ao senso comum de que o fenômeno social é sempre proveniente de conservadores contra algum tipo de progresso. [...] O importante é desvencilhar-se do senso comum histórico de correlacionar, umbilicalmente, *backlash* como fenômeno social conservador, o que é um erro palmar. Teoricamente, não há uma relação necessária entre *backlash* conservador e decisões progressistas, ainda que isso seja frequente.” FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 29.

¹³⁷ SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais decisões*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 71.

¹³⁸ “De fato, não é exatamente um exagero compreender a decisão aludida como a causa remota da eclosão da Guerra de Secessão, mas também não é correto dizer que a guerra tinha como desiderato combater a decisão judicial.” FONTENELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p.101.

¹³⁹ ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

¹⁴⁰ DAVIDSON, James West. *Uma breve história dos Estados Unidos*. 2 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 271.

¹⁴¹ PUGA, Mariela. *La litis estructural em el caso Brown v. Board of Education*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

Nesse sentido, Michael J. Klarman observa que a guerra se mostrou instrumental na progressiva mudança sobre a questão racial nos EUA com o consequente impacto econômico para empoderar a população negra do Norte dos EUA.

*The Civil War emancipated slaves and inspired postwar constitutional amendments that protected the civil and political rights of blacks. Though these amendments were notoriously unenforced in the South for decades, they did enfranchise northern blacks, which had important long-term consequences.*¹⁴²

Por leis locais e estaduais, surgiu a grande maioria de restrições às liberdades para segregar os negros em áreas residenciais e todos os espaços públicos, como escolas, hospitais e bebedouros.¹⁴³ Era uma verdadeira demarcação legal para os espaços de exercícios de direitos separados para negros e brancos, sob o postulado “*separate, but equal*”. Conhecidas como leis *Jim Crow*, essas normas não se opunham frontalmente nem explicitamente aos ditames constitucionais que consagravam a igualdade de direitos aos negros. Essas regras segregacionistas se aplicavam às instituições públicas e permitiam a implementação de políticas públicas diferenciadas pela origem étnica. Na prática, programas de governos estaduais os privavam de direitos civis, políticos e econômicos. Paralelo a esse marco jurídico estadual, havia uma crescente violência privada contra afrodescendentes por linchamentos, incêndios de casas, ameaças e humilhações públicas, marcada por impunidade, reafirmando o *status quo* de profunda desigualdade social.

Vale destacar que a política segregacionista foi acobertada pelos três Poderes. Além dos Poderes Legislativo e Executivo descritos, o Poder Judiciário, representado pelas Cortes de Justiça estaduais, conseguiu construir a racionalidade jurídica para legitimar as leis *Jim Crow*.¹⁴⁴ Logrou êxito ao acomodar sistematicamente essas regras às

¹⁴² Tradução livre: A Guerra Civil emancipou os escravos e inspirou emendas constitucionais do pós-guerra que protegiam os direitos civis e políticos dos negros. Embora essas emendas tenham sido notoriamente não aplicadas no Sul por décadas, elas envolveram os negros do Norte, o que teve importantes consequências a longo prazo. KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and The Struggle for Racial Equality*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 444.

¹⁴³ Essa dicotomia Norte-Sul pode ser observada até mesmo na comparação dos mapas do Compromisso do Missouri ou Compromisso de 1820 (compromisso que consagrou a divisão Norte-Sul, proibindo a escravidão acima do Paralelo 36°30' Norte) com o mapa da segregação racial em escolas após a Segunda Guerra Mundial. A linha divisória continuou a mesma por mais de cem anos, em que, na prática, delimitada os Estados que respeitavam a igualdade material da população negra no Norte e os que violavam no Sul.

¹⁴⁴ “Em 1883, Ida Wells, uma jovem professora de Memphis, Tennessee, processou a companhia ferroviária C&O Railroad depois de ter sido expulsa de um “vagão para damas” da primeira classe por ser negra. Wells se tornou jornalista e veio a fazer campanhas tão ruidosas contra o linchamento que teve que fugir de Memphis para sempre.” DAVIDSON, James West. *Uma breve história dos Estados Unidos*. 2 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 271.

emendas décima terceira (proibição da escravidão), décima quarta (cidadania e igualdade perante a lei) e décima quinta (direito ao voto sem distinção de raça).¹⁴⁵

No caso *Plessy v. Ferguson*¹⁴⁶, que trata sobre a segregação racial em trens, a Suprema Corte apenas afirmou a igualdade formal, sob as restrições do postulado “*separate, but equal*”. Dessa forma, a “igualdade perante a lei” (décima quarta emenda) não invalidaria a lei segregacionista do estado da Louisiana, que indicava vagões separados para negros e brancos.

A Suprema Corte fundamentou o acórdão pela distinção entre desigualdade *de facto* (desigualdades sociais) e *de iure* (desigualdades impostas por regulação ou por ação deliberada de autoridades públicas). Ela assinalou que, se existisse uma inferioridade suportada pela população negra, não seria consequência de uma lei e sim da própria sociedade e, por isso, nenhuma decisão judicial poderia impedir esse acontecimento.¹⁴⁷

Era a composição do pragmatismo judicial de impossibilidade de transformação social para consolidar juridicamente a limitação da intervenção judicial de tendências sociais dominantes. Dessa maneira, a consciente postura de autocontenção da Suprema Corte e o seu reconhecimento de impotência para intervir em direitos sociais gerou uma racionalidade judicial que foi repetida por todas as instâncias.

Javier Couso analisa esse panorama histórico e relaciona o ativismo da Suprema Corte ao modelo econômico elitista adotado:

Diferentemente da experiência do constitucionalismo social da Europa e da América Latina, nos Estados Unidos a longa tradição do *Judicial Review* permitiu à Suprema Corte criar jurisprudencialmente uma constituição econômica do *laissez-faire* na chamada Era do “Tribunal de Lochner” (1905-1937). O que foi importante nessa experiência é que a consolidação desse modelo econômico não foi o resultado inevitável das cláusulas economicamente significativas da Constituição de 1787, mas uma consequência do ativismo da Suprema Corte. Em outros termos, o fator determinante foi a vontade da maioria dos juízes da Corte de ler na Constituição - e depois fazer valer ativamente - uma forma particularmente radical de economia de mercado. [...]

Como as experiências do constitucionalismo social e do “Tribunal de Lochner”, radicalmente diferentes, sugerem, a existência de uma constituição econômica depende criticamente de um recurso ativista à jurisdição

¹⁴⁵Disponível em:

<<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>> Acesso em: 17 jan. 2020.

¹⁴⁶ 163 U.S. 537 (1896)

¹⁴⁷ PUGA, Mariela. *La litis estructural em el caso Brown v. Board of Education*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 91.

constitucional pelos tribunais e não apenas de um conjunto sólido de cláusulas constitucionais de caráter econômico. Em suma, a experiência da relação entre direito constitucional e economia no século XX sugere que não importa quão explícita seja a regulação econômica, se não houver um ativo controle de constitucionalidade sobre a legislação pelos tribunais, a inclusão de uma constituição econômica será sem efeito, reduzindo-se a uma série de declarações de natureza econômica compatíveis com um conjunto bastante vasto de modelos econômicos.¹⁴⁸

Dessa maneira, o ativismo da Suprema Corte contribuiu para acomodar as desigualdades *de facto* (desigualdades sociais) e reafirmar as desigualdades *de iure* pela interpretação de uma “Constituição econômica” a partir da Constituição política de 1787.

2.1.2 Contexto inquietante

Ainda que as forças conservadoras fossem presentes em todos os Poderes, a discriminação racial dominante no *status quo* criou fortes tensões que impediam a paz social. Em 1910, norte-americanos brancos e negros fundaram a Associação Nacional para o Progresso das Pessoas de Cor (NAACP, na sigla em inglês) para defender a substantiva “igualdade perante a lei”, fortalecendo o associativismo pela conscientização e agregação de novos membros ativistas (conhecido como *The Call*). Além disso, conseguiu reunir excelente equipe de advogados, especialmente Thurgood Marshall, que se aproximava da população negra, principalmente no Sul, para garantir o acesso ao Judiciário.¹⁴⁹

Desde a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), houve grande resistência na aplicação das regras *Jim Crow* pela população negra desfavorecida. Os soldados negros que regressavam da guerra eram recebidos como heróis pela comunidade negra, mas ainda sentiam a subcidadania com várias restrições aos direitos civis, políticos e econômicos.¹⁵⁰ A era dos linchamentos ainda perdurava, tendo seu ápice entre 1890 e

¹⁴⁸ COUSO, Javier. *As “Constituições econômicas” da América Latina: a tensão permanente entre livre mercado e direitos socioeconômicos*. Culturas Jurídicas, Niterói, v. 6, n. 14, mai./ago., 2019, p. 230. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/887/405>> Acesso em: 05 fev. 2020.

¹⁴⁹ DAVIDSON, James West. *Uma breve história dos Estados Unidos*. 2 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 271.

¹⁵⁰ Em 1918, Henry Johnson combateu em uma unidade formada apenas por soldados negros sob ordens francesas, em Marne, França. Repeliu um ataque contra uma dúzia de soldados alemães e evitou que um de seus companheiros ferido fosse feito prisioneiro. A França condecorou Johnson com a Cruz de Guerra, mas seu próprio país não fez nenhum reconhecimento. Após a guerra, incapacitado devido aos seus ferimentos,

1930, como atos de violência racial, no centro de uma campanha sistemática de terror, que perpetuava e respaldava uma ordem social injusta.¹⁵¹

Nesse período, também começou uma migração de afrodescendentes para o Norte, pois encontrariam melhores oportunidades e inserção no mercado de trabalho formal. Fortalecidos, tiveram no Norte acesso a uma melhor educação e possibilidade de se organizar para a defesa dos seus direitos.

*Most southern cities had NAACP branches, which shared information about racial conditions elsewhere, offered legal expertise for challenging rights violations, and spread the risks and the costs of racial protest. The relatively open access to voting enjoyed by urban blacks created a modicum of political influence, which helped foster the physical security that was necessary for social protest to occur. No civil rights movement was possible at a time when most blacks picked cotton on southern plantations.*¹⁵²

A democracia nos Estados Unidos passou a ser observada por todo mundo. Os conflitos raciais eram vistos como uma repugnante marca que deveria desaparecer. Era necessário se diferenciar das doutrinas fascistas e nazistas quanto à discriminação.¹⁵³ O *Chief Justice* Earl Warren resumiu essa tensão no seguinte trecho:

*The reversal of race relation policies in the United States "was fostered primarily by the presence of [World War II] itself. First, the primary enemy of the Allies, Nazi Germany, was perhaps the most conspicuously and brutally racist nation in the history of the world... The segregation and extermination of non-Aryans in Hitler's Germany were shocking for Americans, but they also served as a troublesome analogy. While proclaiming themselves inexorably opposed to Hitler's practices, many Americans were tolerating the segregation and humiliation of nonwhites within their own borders. The contradiction between the egalitarian rhetoric employed against the Nazis and the presence of racial segregation in America was a painful one.*¹⁵⁴

não pôde encontrar trabalho, seu casamento se rompeu e ele morreu com apenas 30 anos. Somente no governo de Barack Obama, ele foi reconhecido e condecorado como herói de guerra.

¹⁵¹ TOLNAY, Stewart; BECK, E. M. *A festival of violence: na analysis of Southern lynchings, 1882-1930*. Illinois: University of Illinois Press, 1995, p. 19. Disponível em: <<https://www.press.uillinois.edu/books/catalog/45ewq3gp9780252064135.html>> Acesso em: 17 jan. 2020.

¹⁵² Tradução livre: A maioria das cidades do sul tinha filiais da NAACP, que compartilhavam informações sobre condições raciais em outros lugares, ofereciam conhecimento jurídico para contestar violações de direitos e espalhavam os riscos e os custos dos protestos raciais. O acesso relativamente aberto à votação dos negros urbanos criou um pouco de influência política, o que ajudou a promover a segurança física necessária para a ocorrência de protestos sociais. Nenhum movimento pelos direitos civis era possível quando a maioria dos negros colhia algodão nas plantações do Sul. KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and The Struggle for Racial Equality*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p.

¹⁵³ ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 161.

¹⁵⁴ Tradução livre: A revisão das políticas de relações raciais nos Estados Unidos "foi promovida principalmente pela presença da [Segunda Guerra Mundial]. Primeiro, o inimigo primário dos Aliados, a Alemanha nazista, foi talvez a nação mais conspícua e brutalmente racista da história do mundo... A segregação e o extermínio de não-arianos na Alemanha de Hitler foram chocantes para os americanos, mas

Em 1947, o *President Truman's Committee On Civil Rights* (PCCR) apontou a razão internacional para a atenção sobre os direitos civis, na medida em que “*the United States is not so strong, the final triumph of the democratic ideal is not so inevitable that we can ignore what the world thinks of us or our record.*”¹⁵⁵

Após a Segunda Guerra Mundial, o mundo da política e das nações estava destruído. Diante da tragédia humana, as antigas grandes potências enfrentavam economias falidas e futuros incertos. Os Estados Unidos da América, que antes da guerra estavam em uma depressão, saíram dela com um crescimento significativo na economia. Os Estados Unidos da América saíram como a superpotência “no topo do mundo”, nas palavras de Winston Churchill. A bomba atômica reforçava essa vantagem estratégica.

Os veteranos de guerra negros integraram a vanguarda no movimento de direitos civis, aderindo às organizações negras do Norte mais consolidadas com forte influência econômica e política.

*Returning black veterans became the vanguard of the modern civil rights movement. The ideological ramifications of the war against fascism, combined with the ensuing Cold War imperative for racial change, profoundly influenced the racial views of millions of white Americans. As huge numbers of blacks migrated to the North to take advantage of novel economic opportunities, northern blacks began to exert considerable influence over national racial policy.*¹⁵⁶

Começou a Guerra Fria, em que as superpotências, Estados Unidos e União Soviética, lideravam os blocos capitalista e comunista. “*Time and time again the U.S. government, political leaders, and commentators argued that segregation hampered*

também serviram como uma analogia problemática: enquanto se proclamavam inexoravelmente opostos às práticas de Hitler, muitos americanos toleravam a segregação e a humilhação de não-brancos. A contradição entre a retórica igualitária empregada contra os nazistas e a presença de segregação racial na América foi dolorosa. GARBUS, Julia. *Perspectives on Modern World History: The Brown v. Board of Education Trial*. São Francisco: Greenhaven Press, 2015.

¹⁵⁵ Tradução livre: os Estados Unidos não são tão fortes, o triunfo final do ideal democrático não é tão inevitável que possamos ignorar o que o mundo pensa de nós ou de nosso histórico. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeech/sp_02-07a-06> Acesso em: 17 jan. 2020.

¹⁵⁶ Tradução livre: Os veteranos negros que retornaram se tornaram a vanguarda dos movimentos dos direitos civis modernos. As ramificações ideológicas da guerra contra o fascismo, combinado com o imperativo da Guerra Fria à mudança racial influenciou profundamente as visões raciais de milhões de americanos brancos. Como um grande número de negros migrou para o Norte para aproveitar novas oportunidades econômicas, os negros do Norte começaram a exercer considerável influência sobre a política racial nacional. KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and The Struggle for Racial Equality*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 445.

foreign relations and provided ammunition for Communist propaganda. Blacks clearly benefited from the rhetoric of the Cold War."¹⁵⁷

Em junho de 1946, por exemplo, o *National Negro Congress* (Congresso Nacional Negro) apresentou uma petição na ONU buscando "alívio da opressão". Quase um ano e meio depois, a NAACP fez o mesmo, com o documento "Declaração sobre Negação de Direitos Humanos a Minorias no caso dos cidadãos de descendência negra nos Estados Unidos da América e Apelação de reparação às Nações Unidas".¹⁵⁸ A denúncia da política pública oficial discriminatória dos EUA era considerada "não apenas indefensável, mas bárbara", nas palavras de W.E.B. Du Bois. Afirmava que o racismo ameaçava mais os EUA do que o comunismo o fazia, pois "não é a Rússia que ameaça tanto os Estados Unidos quanto o Mississippi". Assim, desafiou a hipocrisia dos Estados Unidos como uma nação que afirmava ser a guardiã da liberdade e da igualdade no exterior quando esses ideais foram descaradamente evitados em seu território nacional.

Nesse entrave por domínios na Guerra Fria, os Estados Unidos se anteciparam e ofereceram Plano Marshall, um programa bilionário de auxílio internacional para a reconstrução da Europa. Mas, nas turbulências do McCarthismo, insucesso da invasão da Baía dos Porcos em Cuba e crise dos mísseis, se sentia um grande desgaste do governo e da população americana pela falta de paz social.

2.1.3 A avalanche: campanhas, pressão política e boicotes

Seria natural pensar no movimento pelos direitos civis como uma bola de neve que rola montanha abaixo, ganhando tamanho e velocidade à medida da adesão das pessoas. Mas a história não é assim.¹⁵⁹ A confluência de diversas circunstâncias e o clima político podem catalisar grandes transformações sociais, econômicas e políticas.

¹⁵⁷ Tradução livre: Por repetidas vezes, o governo dos EUA, líderes políticos e comentaristas argumentaram que a segregação prejudicava as relações externas e fornecia munição para a propaganda comunista. Os negros claramente se beneficiaram da retórica da Guerra Fria. ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 162.

¹⁵⁸ NAACP, DU BOIS, W.E.Burghardt. *An Appeal to the World: A Statement of Denial of Human Rights to Minorities in the Case of citizens of Negro Descent in the United States of America and an Appeal to the United Nations for Redress.* Disponível em: <<https://www.aclu.org/appeal-world>> Acesso em 29 jan. 2020.

¹⁵⁹ DAVIDSON, James West. *Uma breve história dos Estados Unidos.* 2 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 278.

Em 1952, a sociedade era bastante diferente da que corroborou o postulado do “*separate but equal*” no final do século XIX. O contexto social e jurídico foi radicalmente alterado pela comunidade negra já empoderada. Uma emergente classe de cor já demonstrava poder econômico¹⁶⁰ suficiente para articular variadas e efetivas formas de protestos e boicotes. A opinião pública majoritária também fazia pressão e já revelava uma mudança de comportamento em relação ao preconceito.

Se, por um lado, juízes de primeira instância já se mostravam mais receptivos às causas de pessoas negras por direitos patrimoniais em relações trabalhistas. Por outro lado, emergiram grupos extremistas, com discursos de ódio, para promover atos radicais raciais. Essas perspectivas eram amplamente anunciadas por meios de comunicação massivos, especialmente o rádio e a televisão.

Essa forte tensão social demandava que a Suprema Corte se manifestasse claramente sobre a política racial praticada nos Estados Unidos da América. Na *Common Law*, era fundamental que a Suprema Corte oferecesse uma interpretação adequada, justa e eficaz, mesmo que houvesse a criação do direito, em um *stare decisis* ou precedente paradigmático. Portanto, era necessário juridicizar a discriminação da população negra para promover a cidadania dela.

“A conquista e a ampliação da cidadania podem ser interpretadas como um processo de juridificação, [...] é possível conceber a autonomia do sistema jurídico como condição de sua realizabilidade. *A contrario sensu*, a desjuridificação, enquanto condição negativa da cidadania, implica falta de autonomia do sistema jurídico. Ou seja, enquanto não se constrói a identidade da(s) esfera(s) de juridicidade, a partir de uma concretização constitucional generalizante, não há espaço para a cidadania”¹⁶¹

Os outros Poderes também se mostravam sensíveis para a causa dos direitos civis da comunidade negra americana. Com arrimo na décima quarta emenda, a Suprema Corte reconheceu alguns direitos, como o direito de os negros não serem excluídos de partidos políticos quando essa condição se figura indispensável para a participação nas eleições

¹⁶⁰ “One result of this pressure was to markedly improve the financial condition of blacks. While in 1939 the median wage and salary income of nonwhite primary families and individuals was 37 percent of what their white counterparts earned, by 1952 that ratio had increased to 57 percent. In subsequent years, the ratio fluctuated between 51 percent and 56 percent.” Tradução livre: Um resultado dessa pressão foi a melhora significativa da condição financeira de negros. Enquanto em 1939, a diferença entre o salário médio de famílias não-brancas e brancas era de 37%, em 1952 essa proporção havia aumentado para 57%. Nos anos subsequentes, o índice oscilou entre 51% e 56%. ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 158.

¹⁶¹ NEVES, Marcelo. *Entre Subintegração e Sobreintegração: a Cidadania Inexistente*. DADOS, Rio de Janeiro: v. 37, n. 2, 1994, p. 264.

primárias¹⁶², o direito de comprar imóveis sem cláusulas restritivas¹⁶³, o direito de servirem como jurados¹⁶⁴.¹⁶⁵

Em 1953, o secretário do Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar (HEW) afirmou que a divisão racial custaria aos Estados Unidos Estados entre 15 e 30 bilhões de dólares anualmente. Portanto, o governo federal estava bastante ciente dos custos econômicos da segregação racial. “*Thus, the needs of an expanding economy and the realization that blacks had money to spend, pressured segregation attitudes.*”¹⁶⁶

No Poder Executivo, o Departamento de Estado foi atuante em relação aos direitos econômicos e trabalhistas. Além disso, incluiu ativistas negros nas delegações de negociação dos tratados internacionais da Organização das Nações Unidas (CDH-ONU). Mas ainda não possuía políticas públicas que se opusesse abertas às políticas raciais extremas do Sul. As aspirações eleitorais exigiam alianças do Executivo e do Legislativo com os líderes estaduais e locais, razão pela qual existia sempre obstrução do Poder Legislativo e uma ambivalência das autoridades públicas federais.

2.1.4 Campanha estratégica de *Brown vs. Board of Education of Topeka*

As organizações dos movimentos sociais de luta pelos direitos civis dos afroamericanos travaram campanhas estratégicas e elegeram prioridades para levar para a agenda política nacional. A Associação Nacional para o Progresso das Pessoas de Cor¹⁶⁷

¹⁶² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Smith v. Allwright*. 321 U.S. 649 (1944). Disponível em: <[https://scholar.google.com/scholar_case?case=17077042024381294936&q=321+U.S.+649+\(1944\)&hl=en&as_sdt=2006](https://scholar.google.com/scholar_case?case=17077042024381294936&q=321+U.S.+649+(1944)&hl=en&as_sdt=2006)> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁶³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Shelley v. Kraemer*. Suprema Corte. 334 U.S. 1 (1948). Disponível em: <[https://scholar.google.com/scholar_case?case=12732018998507979172&q=334+U.S.+1+\(1948\).&hl=en&as_sdt=2006](https://scholar.google.com/scholar_case?case=12732018998507979172&q=334+U.S.+1+(1948).&hl=en&as_sdt=2006)> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁶⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Cassell v. Texas*. Suprema Corte. 339 U.S. 282 (1950). Disponível em: <[https://scholar.google.com/scholar_case?case=16609651964179705604&q=339+U.S.+282+\(1950\).&hl=en&as_sdt=2006](https://scholar.google.com/scholar_case?case=16609651964179705604&q=339+U.S.+282+(1950).&hl=en&as_sdt=2006)> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁶⁵ FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p.140.

¹⁶⁶ Tradução livre: Portanto, as necessidades de expansão da economia e a percepção de que os negros tinham dinheiro para gastar pressionaram atitudes de dessegregação. ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991, pp. 158 e 159.

¹⁶⁷ National Association for the Advance of Colored People (NAACP)

(NAACP, na sigla em inglês) foi fundamental nessa mobilização, que movimentava casos para litigância judicial estratégica e articulava pressões econômicas e políticas.

No entanto, até mesmo na NAACP, havia uma dissidência estratégica entre os principais líderes negros. Walter White e Roy Wilkins possuíam forte alinhamento com as políticas democratas do *New Deal* e estavam comprometidos com o discurso norte-americano da Guerra Fria. Por isso, tinham muito cuidado, até mesmo com a linguagem empregada, para distinguir as suas reivindicações do conteúdo comunista. Não desejavam enfraquecer a imagem norte-americana perante a comunidade internacional por uma questão interna. Portanto, as demandas eram vocalizadas sempre como direitos civis constitucionais, omitindo os termos de direitos humanos admitidos pelo sistema ONU.

Já W.E. B Du Bois da NAACP, Philip Randolph do *National Negro Congress* (NNC) e membros da *Civil Right Congress* (CRC) adotavam abertamente a linguagem e o vocabulário de direitos humanos. Eles promoviam uma intensa ofensiva de denúncias contra a Administração Federal dos Estados Unidos diante da recém-criada Comissão de Direitos Humanos (CDH) da Organização das Nações Unidas.

Essas divergências do *modus operandi* do enfrentamento do problema estrutural também era frequente sobre o uso das vias institucionais. Majoritariamente, a NAACP privilegiava a litigância judicial estratégica para fazer pressão política, social e institucional nos órgãos públicos. Já a *Congress for Racial Equality* (CORE) e a *Southern Leadership Christian Conference* (SLCC), presidida por Martin Luther King, concentravam esforços na mobilização direta e nos boicotes econômicos. Todos esses atos articulados geravam uma grande instabilidade e convulsão social.

2.1.5 O precedente *Brown vs. Board of Education of Topeka*

O precedente *Brown vs. Board of Education of Topeka* é um marco analítico-jurídico de identificação de um caso estrutural. É uma causa extremamente ambiciosa tanto pela litigância estratégica¹⁶⁸ da NAACP, quanto pela eleição da Suprema Corte por

¹⁶⁸ “Processo estratégico é aquele em que o verdadeiro objetivo dos seus articuladores não é obter uma vitória para a parte, no caso concreto, mas para a tese jurídica por ela sustentada, que terá reflexos mais profundos e duradouros sobre o sistema jurídico e a sociedade como um todo. O qualificativo “estratégico” decorre de uma calculada antecipação e planejamento das etapas do processo e do modo como ele deve ser conduzido em juízo, para permitir a vitória da tese” VITORELLI, Edilson. *Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças*. Disponível em:

ser a representativa dessa questão estrutural. Outros três casos, de Delaware, Virgínia¹⁶⁹ e Carolina do Sul¹⁷⁰, estavam sob o manto do precedente Brown¹⁷¹, mas tinham sido construídos apenas tratar da condição “but equal” e não para questionar a segregação (“separate”).

O caso foi bastante controverso e levou vários anos para ser decidido. Inicialmente, foi apresentado à Corte em 1952 e novamente debatido em 1953.¹⁷² Os novos documentos recentemente publicados demonstram a tensão dos bastidores da formação do convencimento dos *justices*:

“O caso foi ouvido na Suprema Corte inicialmente sob a liderança do Chief Justice Fred Vinson que defendia a manutenção do regime segregado. Segundo memorando confidencial do Juiz William Douglas, a Corte, por maioria de cinco votos contra quatro, inclinava-se então a favor da segregação. A decisão foi, entretanto, adiada para o ano seguinte. Nesse intervalo, o Chefe Vinson faleceu, sendo substituído por Warren, que logrou obter a unanimidade entre os juízes para a condenação da segregação, reputando-a incompatível com o princípio da igualdade.”¹⁷³

A liderança do Earl Warren foi essencial para moldar a revolução dos direitos pela litigância estratégica em processo estrutural.

Em 1953, Earl Warren assumiu a liderança de uma Suprema Corte que continha apenas alguns defensores consistentes das liberdades civis e dos direitos civis, e dentro de alguns anos, outros defensores desses direitos se juntaram à Corte para formar uma sólida maioria liberal. As decisões dessa maioria expandiram muito o escopo dos direitos constitucionais e contribuíram significativamente para a revolução dos direitos dos EUA.¹⁷⁴

<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: 08 fev. 2020.

¹⁶⁹ *Davis v. Country School Board*

¹⁷⁰ *Briggs v. Elliot*

¹⁷¹ ROSENBERG, Gerald N., *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 42.

¹⁷² ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 42.

¹⁷³ MORO, Sergio Fernando. *A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: n. 0, v. 36, 2001, p. 341,342.

¹⁷⁴ “In 1953 Earl Warren assumed leadership of a Supreme Court that contained only a few consistent supporters of civil liberties and civil rights, and within a few years enough other supporters of those rights joined the Court to form a solid liberal majority. The decisions of that majority greatly expanded the scope of constitutional rights and significantly contributed to the US rights revolution.” EPP, Charles. *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. Disponível em: <<http://faculty.washington.edu/swhiting/pols398/Epp%20Rights%20Revolution.pdf>> Acesso em: 29 jan. 2020.

Na Era da Corte Warren, a sociedade confiava bastante na jurisdição constitucional, concebida como um fórum de princípios¹⁷⁵, para realizar profundas transformações sociais e solucionar desacordos morais por ser detentora de imparcialidade.

No *leading case*, foi necessário diferenciar alguns pontos do caso Brown da doutrina do caso Plessy. O caso Plessy tratou apenas da segregação racial em serviços de transporte por trens. Já o caso Brown se refere à segregação racial em escolas públicas primárias e secundárias. Até o caso Brown, as instâncias inferiores judiciais utilizavam a fundamentação do caso Plessy em *obiter dictum*¹⁷⁶ para julgar casos de segregação escolar.

Segundo a doutrina majoritária, houve total *overruling* e a Suprema Corte se pronunciou afirmando que a questão da educação escolar da década de cinquenta do século XX era muito diferente da praticada no final do século XIX, razão pela qual merecia uma interpretação constitucional cuidadosa. Era uma questão de grande repercussão na vida democrática norte-americana.

Diante da importante mudança circunstancial histórica, a Suprema Corte passou a arquitetar a construção do caso e definir os fatos relevantes do caso. Como arquiteto, passou a projetar as bases de suporte do caso e moldar a avaliação dos fatos para fundamentar elementos de juízo relevantes.

Em *cross-examination*, os *justices* perguntaram “como influi a segregação em crianças negras sobre a imagem que tem delas mesmas, sobre a sua autoestima, sobre a sua disposição para aprender?”, já modulando uma racionalidade jurídica que os *justices* pretendiam desenvolver. A decisão de Brown afirmou que a segregação racial escolar gerava danos à autoestima em relação ao seu *status* social, gerando um sentimento de

¹⁷⁵ “Oferece uma teoria normativa da decisão judicial que enfatiza a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política e defende a tese de que as decisões judiciais baseadas em argumentos de princípio são compatíveis com os princípios democráticos.” DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF, 2010, p. XVI. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/cc64e9df9924896de343268776fa5249.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁷⁶ O *obiter dictum* refere-se àquela parte da decisão considerada dispensável, que o julgador disse por força da retórica e que não importa em vinculação para os casos subsequentes. Referem-se aos argumentos expendidos para completar o raciocínio, mas que não desempenham papel fundamental na formação do julgado. São verdadeiros argumentos acessórios que acompanham o principal – *ratio decidendi* (razão de decidir).

inferioridade, a ponto de afetar “seus corações e suas mentes de uma maneira difícil de desmontar”^{177, 178}.

Assim, os justices elegeram o dano psicológico como efeito juridicamente relevante da norma “*separate but equal*” em uma relação de causalidade eficiente. Logo, haveria o liame entre a regra segregacionista e o dano declarado, mesmo sem a Suprema Corte indicar evidências científicas. Juristas criticaram a debilidade do argumento levantado pela Suprema Corte nesse caso paradigmático. Existiam muitos outros fundamentos para a decisão, mas que não foram abordados pelos *justices* por uma estratégia judicial.

Já a corrente doutrinária minoritária¹⁷⁹ afirma que houve superação parcial do precedente anterior, pois Suprema Corte desenvolveu uma racionalidade judicial intrincada para não enfrentar a desigualdade latente da comunidade negra nos Estados Unidos. Ao tratar dos efeitos das normas *Jim Crow*, relacionou com o dano à autoestima (questão subjetiva) e não à situação social de inferioridade da população afrodescendente (questão objetiva). Nesse sentido, o caso *Brown* enfrentou somente a prática institucional segregacionista. Não desafiou a regra implícita criada no caso *Plessy*, se afastando novamente do julgamento de práticas *de facto*. Isso significa que a Suprema Corte construiu estrategicamente o caso para evitar o julgamento da constitucionalidade de violações *de facto*, mas sim tratar das violações *de iure*. “*Plessy v. Ferguson* asserted that such laws did not “mean” black inferiority; *Brown v. Board of Education* tried to respond to this assertion with empirical work suggesting the contrary.”¹⁸⁰

¹⁷⁷ “To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education of Topeka*. 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=12120372216939101759&q=brown+v+board+of+education&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, p. 481.

¹⁷⁹ “*The Brown decision considered how children in segregated environments formed notions of racial identity but did not investigate the range of heterogeneity related to family, neighborhood, or school differences in the reactions of black children.*” Tradução livre: A decisão de *Brown* considerou como as crianças em ambientes segregados podem formar noções de identidade racial, mas não investigou a faixa de heterogeneidade relacionada às diferenças de família, vizinhança ou escola nas reações de crianças negras. HANUSHEK, Eric A., KAIN, John F., RIVKIN, Steven G. *New evidence about Brown v. Board of Education: the complex effects of school racial composition on achievement*. *Journal of Labor Economics*, Cambridge, n. 3, v. 27, 2002, p. 16. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w8741>> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁸⁰ SUNSTEIN, Cass R., *How change happens*. Cambridge: The MIT Press, 2019, p. 40.

Paradoxalmente, a decisão de conteúdo progressista da Suprema Corte fez uma concessão conservadora ao construir o caso de modo a manter uma racionalidade judicial típica da era *Jim Crow*.

*Esta función de composición performativa está fuera del espectro clásico de análisis de la decisión judicial, porque ella no transcurre como un proceso epistémico o de descubrimiento, sino como un proceso de lucha estratégica y de negociación hermenéutica que atraviesa a todo el proceso judicial, teniendo en la determinación de la litis a uno de sus momentos claves de instauración.*¹⁸¹

Ademais, em casos estruturais, é muito difícil estabelecer uma atribuição causal direta, pois a gravidade da violação de direitos fundamentais está associada a condições remotas e múltiplas. Por ser um litígio complexo e policêntrico, a lógica da argumentação não segue tom adversarial. Ela constrói o caso para conscientizar e promover a paz social. Dessa maneira, a Suprema Corte decidiu que todo o sistema educacional dual era inconstitucional, sendo reconhecido o dever de reforma para o surgimento do sistema universal, único e integrado.

De qualquer forma, a Suprema Corte avançou na justiciabilidade de políticas públicas.¹⁸² Owen Fiss afirma que a decisão judicial é um processo social pelo qual os juízes oferecem um significado aos valores públicos, ou seja, arquitetam a projeção dos direitos para catalisar os valores sociais.¹⁸³ Assume o Judiciário um papel de motor de reformas das instituições públicas. “Esse modelo de litigância foi aplicado para se buscar injetar valores constitucionais em estruturas, ou funções governamentais, de modo a reverter práticas, costumes ou estados já sedimentados incompatíveis com a Constituição.”¹⁸⁴

¹⁸¹ Tradução livre: Esta função de composição performativa está fora do espectro clássico de análise da decisão judicial, porque ela não transcorre como um processo epistêmico ou de descobrimento, senão como um processo de luta estratégica e de negociação hermenéutica que atravessa a todo o processo judicial, tendo na determinação do litígio um dos seus momentos chave de instauração. PUGA, Mariela. *La litis estructural em el caso Brown v. Board of Education*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

¹⁸² “Esta composición es similar a la labor de un arquitecto, quien, organizando la disposición de los ladrillos, avanza la obra sobre nuevos espacios.” Tradução livre: esta composição é similar ao trabalho de um arquiteto, que organizando a disposição dos ladrilhos, avança a obra sobre novos espaços. PUGA, Mariela. *La litis estructural em el caso Brown v. Board of Education*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 109.

¹⁸³ FISS, Owen. *Fazendo da Constituição uma verdade viva*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

¹⁸⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. REVISTA JURIS

Com caráter maximalista, a Corte Warren debateu e promoveu a teoria da *equal protection of laws* que repercutiu significativamente para outros casos de discriminação.¹⁸⁵ Um importante legado do movimento dos direitos civis e da Corte Warren foi destacar a saliência política do tema de forma a induzir explicitamente a sua incorporação à agenda política do Congresso Nacional. Demonstrou-se, então, que o maior critério na definição da agenda aumenta consideravelmente a influência das atitudes judiciais no ambiente político.¹⁸⁶

Ainda assim, permaneceu a tensão, pois restaram dúvidas em relação a diversas demandas. O texto da Constituição não fornece respostas para a maioria das questões debatidas judicialmente. Os conceitos jurídicos indeterminados empregados e a falta de clareza nas ordens dos justices contribuíram para o conflito nos primeiros anos após o caso Brown.

*“Equal protection” does not plainly forbid separate but equal, and “state action” under the Fourteenth and Fifteenth amendments is hardly self-defining. Precedent could supply greater clarity, yet the justices feel free to overrule past decisions, and they lack any clear legal standard that prescribes when to do so. The justices seem to overrule decisions that strike them as really wrong, which is obviously more of a political criterion than a legal one.*¹⁸⁷

De toda forma, o caso Brown teve um efeito dramático na agenda dos direitos civis dos negros do sul dos EUA.

Meanwhile, the visibility that attaches to court proceedings and decisions will mean that courts can also play an important role in helping rights claimants not otherwise represented in the legislature make their voices heard, individually and collectively, thus helping to counter blind spots of perspective. Similarly, it suggests that the combination of various coercive remedial powers (such as powers of invalidation, reading down, “reading-in” or injunctive relief) and the publicity and authority that attach to court decisions, will give courts the capacity to counter legislative inertia, both directly and indirectly,

POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 149. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 06 set 2019

¹⁸⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 173.

¹⁸⁶ “Greater discretion at the agenda-setting stage enhances the influence of judicial attitudes more generally.” EPP, Charles. *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. Disponível em: <<http://faculty.washington.edu/swhiting/pols398/Epp%20Rights%20Revolution.pdf>> Acesso em: 29 jan. 2020.

¹⁸⁷ Tradução livre: A “*equal protection*” não proíbe claramente a “*separate but equal*”, e a “*state action*”, sob as décima quarta e décima quinta emendas, dificilmente a define. O precedente poderia fornecer maior clareza, ainda que os juízes se sintam livres para anular as decisões passadas, eles não possuíam nenhum padrão legal claro de prescrição do que fazer. Os juízes parecem anular as decisões que os consideram realmente erradas, o que obviamente é mais um critério político do que legal. KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and The Struggle for Racial Equality*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 448.

*so long as they are willing to engage in sufficiently “ deep ” or normatively appealing forms of reasoning about individual rights and constitutionalism.*¹⁸⁸

Antes desse caso paradigmático, a mobilização social se concentrava em outras questões mais pontuais, como equalização dos recursos para escolas, garantia de direitos de voto e redução da brutalidade policial.

*This shift in agenda mattered a great deal because southern whites were much more resistant to grade school desegregation than these other reforms. Southern whites by 1954 probably could have lived with equalization of school funding, black policemen, black voting. Indeed, evidence is they were learning to live with those things before Brown. But not school desegregation.*¹⁸⁹

Logo, a proteção dos direitos da comunidade passou a ser vista por todos como objetivo comum aos poderes constituídos e não mais como uma opção política pontual dos governantes do momento.¹⁹⁰ “Esse esforço exigiu das cortes uma transformação radical do *status quo*, na verdade, uma reconstrução da realidade social.”¹⁹¹

2.1.6 O *backlash* e a Brown II

Na tensão perene entre o constitucionalismo e a democracia, a Corte Constitucional possui poder contramajoritário para que a maioria não oprima a minoria. Quando juízes ignoram o sentimento social para atuar unicamente pelo Direito, se tem o

¹⁸⁸ Tradução livre: Enquanto isso, a visibilidade atribuída aos processos e decisões dos tribunais significará que os tribunais também podem desempenhar um papel importante em ajudar os requerentes de direitos, não representados de outra forma na legislatura, a fazer suas vozes serem ouvidas, individual e coletivamente, ajudando assim a combater pontos cegos de perspectiva. Da mesma forma, sugere que a combinação de vários poderes corretivos coercitivos (como poderes de invalidação, reading down, “Reading-in” ou medida cautelar) e a publicidade e autoridade associadas às decisões dos tribunais darão aos tribunais a capacidade de contrariar a legislação. inércia, direta e indiretamente, desde que estejam dispostos a se envolver em formas de raciocínio suficientemente “profundas” ou normativamente atraentes sobre os direitos individuais e o constitucionalismo. DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536716> Acesso em: 20 fev. 2020.

¹⁸⁹ Tradução livre: Essa mudança de agenda foi de grande importância porque os brancos do sul eram muito mais resistentes à desagregação da escola primária do que essas outras reformas. Brancos do sul em 1954 provavelmente poderiam ter convivido com a equalização do financiamento escolar, policiais negros e direito ao voto do negro. De fato, a evidência é que eles estavam aprendendo a conviver com essas coisas antes de Brown. Mas não a desagregação escolar. KLARMAN, Michael. *Courts, Social Change and Political Backlash*. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartlecture>> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁹⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 200.

¹⁹¹ FISS, Owen. *As formas de justiça*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 121.

Estado de Direito que ameaça o regime democrático. Por outro lado, quando os magistrados julgam guiados pela opinião pública, se obtém um maior coeficiente democrático, mas se enfraquece o Estado de Direito e se perde a segurança jurídica. O *backlash* nasce desse conflito, na medida em que se manifesta quando o povo disputa a interpretação constitucional a ser adotada pelos juízes e Cortes.¹⁹²

A Suprema Corte não especificou o método ou o prazo para a dessegregação. “*The decision, however, did not include any announcement as to the appropriate relief for the plaintiffs. This was postponed for reargument due to the "considerable complexity" (Brown 1954, 495) of the matter.*”¹⁹³ Muitos políticos e juristas norte-americanos resistiram¹⁹⁴ à implementação dos efeitos concretos do caso Brown.

Ilustrativamente, o senador norte-americano James Eastland qualificou *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), que proibiu a segregação racial nas escolas, como uma “tirania judicial”, sugerindo a resistência e rejeição ao julgado, sob a justificativa de que “a opinião pública é lei e nenhuma lei pode vigorar se não tiver atrás dela a força da opinião pública.” Em 1958, foi criada a John Birch Society, que iniciou uma campanha nacional contra a decisão estrutural paradigmática do *Brown vs. Board of Education of Topeka* por meio de uma petição de *impeachment* do Presidente da Suprema Corte Earl Warren.¹⁹⁵

Esse contramovimento de resistência¹⁹⁶ é conhecido como *backlash*¹⁹⁷ que significa “*intense and sustained public disapproval of a judicial ruling, accompanied by aggressive steps to resist that ruling and to remove its legal force.*”¹⁹⁸ Mais do que uma

¹⁹² FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 55.

¹⁹³ Tradução livre: A decisão, no entanto, não incluiu nenhum anúncio sobre o alívio adequado para os queixosos. Isso foi adiado para rediscussão devido à "complexidade considerável" (Brown 1954, 495) da questão. ROSENBERG, Gerald N., *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 43.

¹⁹⁴ “[...] Graves custos da provável demora e dos meios pelos quais tal demora poderia ser garantida; [...] imporiam à população dos estados, que relutariam em obedecer ao mandado da Corte.” ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 44.

¹⁹⁵ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 99.

¹⁹⁶ FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019.

¹⁹⁷ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 71.

¹⁹⁸ Tradução livre sobre *backlash*: a desaprovação intensa e sustentada de uma decisão judicial, acompanhada por medidas agressivas para resistir àquela decisão e para remover sua força normativa. SUNSTEIN, Cass R., *Backlash's Travels. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n. 157, 2007. Disponível em:

opinião pública desfavorável, o *backlash* é uma opinião pública qualificada pela revolta social.¹⁹⁹

Robert Post e Reva Siegel afirmam que o efeito *backlash*, em um sentido político-social, consiste em um afastamento de mudanças que ameaçam o *status quo*. No constitucionalismo democrático, o backlash é compreendido como uma tentativa de se fazer ouvir, no que concerne ao processo de formação do significado constitucional.²⁰⁰

*Backlash came to designate counterforces unleashed by threatening changes in the status quo. Social scientists began to refer to what Seymour Martin Lipset and Earl Raab labeled "backlash politics," which "may be defined as the reaction by groups which are declining in a felt sense of importance, influence, and power, as a result of secular endemic change in the society."*²⁰¹

Para Robert Post e Reva Siegel, há um dilema constitucional. Se, por um lado, a sociedade deseja ter voz e a vez na definição do conteúdo da Constituição. Por outro lado, a sociedade também deseja manter as bases do Estado de Direito e a própria autoridade das Cortes.²⁰²

Já Samuel Sales Fontenele oferece um conceito *lato sensu* e outro *stricto sensu* de *backlash*:

Em um sentido amplo, backlash pode ser compreendido como toda reação social vocacionada a hostilizar atos do Poder Público (v.g leis, atos administrativos, atos políticos, decisões judiciais, decisões administrativas etc.) ou de quem lhes faça as vezes, o que inclui até mesmo fenômenos como a Inconfidência Mineira, Conjuração Baiana, Revolta da Vacina e outros movimentos sociais. Em um sentido estrito, o backlash designa reações sociais

<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=public_law_and_legal_theory> Acesso em: 20 mar. 2019.

¹⁹⁹ FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 43.

²⁰⁰ "Democratic constitutionalism suggests that backlash can be understood as one of many practices of norm contestation through which the public seeks to influence the content of constitutional law." POST, Robert C., SIEGEL, Reva B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_papers> Acesso em: 28 jan. 2020.

²⁰¹ Tradução livre: Backlash veio a designar forças contrárias desencadeadas por mudanças ameaçadoras do status quo. Cientistas sociais começaram a se referir àquilo que Seymour Martin Lipset e Earl Raab rotularam de 'política do retrocesso', que pode ser definida como a reação de grupos que estão em declínio em termos de importância, influência e poder, como resultado de uma mudança endêmica e secular na sociedade. POST, Robert C., SIEGEL, Reva B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_papers> Acesso em: 28 jan. 2020.

²⁰² "Those who wish to change the content of constitutional law thus face a dilemma: they must sway courts to their own constitutional values and yet they must also preserve the authority of courts to speak for the Constitution in the name of an independent rule of law." POST, Robert C., SIEGEL, Reva B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_papers> Acesso em: 28 jan. 2020.

(backlash nacional) ou estatais (backlash internacional), lícitas ou ilícitas, que hostilizam atos ou decisões, ainda que não jurisdicionais, do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Tribunais administrativos ou Órgãos Internacionais (v.g Cortes de Direitos Humanos), usualmente conservadoras do *status quo*.²⁰³

Assim, foi necessária uma segunda deliberação em 1955, conhecida como a *Brown II*, com o acompanhamento da realidade para ordenar que a dessegregação em locais públicos fosse feita de forma mais efetiva.

*The development of structural remedies is generally attributed to the United States Supreme Court's holding in Brown v. Board of Education (Brown I). In that litigation, although the Court held that the Topeka, Kansas school district was illegally segregated, the Court was unwilling to order immediate desegregation. Instead, the Court adopted a slow moving approach and deferred a remedy until its decision in Brown II.*²⁰⁴

Ainda assim, a Suprema Corte foi cuidadosa em relação ao risco de não obediência à autoridade da sua decisão.

*Brown II was plainly shaped by the justices' awareness that their power is limited. They did not wish to issue an unenforceable ruling, and they were dubious, with good reason, as to whether Congress and the president would enforce orders for immediate desegregation. The justices were also consciously appealing to southern moderates for support. Such strategic considerations not only shaped Brown II, but they almost certainly influenced the justices' decision to vacate the school desegregation field for nearly a decade thereafter.*²⁰⁵

Por isso, na *Brown II*, a Suprema Corte optou por delegar aos conselhos educacionais locais a formulação das políticas públicas. Já o monitoramento restaria com as cortes distritais. Após uma década²⁰⁶, a Suprema Corte percebeu o contexto de

²⁰³ FONTENELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 41.

²⁰⁴ Tradução livre: O desenvolvimento de remédios estruturais é geralmente atribuído à participação da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Brown v. Board of Education (Brown I)*. Nesse litígio, embora a Corte tenha declarado que o distrito escolar de Topeka, Kansas, estava ilegalmente segregado, a Corte não estava disposta a ordenar a imediata desagregação. Em vez disso, o Tribunal adotou uma abordagem lenta e diferiu um remédio até sua decisão em *Brown II*. WEAVER, Russel. *The rise and decline of structural remedies*. San Diego Law Review, ano 4, v. 41, 2004, p. 1619. Disponível em: <<https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2973&context=sdlr>> Acesso em: 08 fev. 2020.

²⁰⁵ Tradução livre: A *Brown II* foi claramente moldada pela consciência dos juízes de que seu poder é limitado. Eles não desejavam emitir uma decisão inexecutável, e eles eram duvidosos, por um bom motivo, se o Congresso e o presidente executariam ordens para desagregação imediata. Os juízes também estavam conscientemente apelando para políticos moderados do Sul por apoio. Tais considerações estratégicas não apenas moldaram *Brown II*, mas quase certamente influenciaram a decisão dos juízes se de desocupar da desagregação escolar por quase uma década. KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and The Struggle for Racial Equality*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p.

²⁰⁶ "Accordingly, in *Brown II*, the Court played for time and did nothing to enforce *Brown II*'s "all deliberate speed" mandates for many years. Even as late as the mid-1960s, many black children were still attending segregated schools." Tradução livre: Assim, em *Brown II*, o Tribunal jogou por um tempo e não fez nada para impor "toda velocidade deliberada" de *Brown II* por muitos anos. Mesmo em meados da década de 1960, muitas crianças negras ainda frequentavam escolas segregadas. WEAVER, Russel. *The rise and decline of structural remedies*. San Diego Law Review, ano 4, v. 41, 2004, p. 1620. Disponível

necessidade de combate ao preconceito e nomeou *masters* que passaram a auxiliar as cortes para formular medidas práticas, “sendo mais precisas sobre os passos a serem tomados na reforma estrutural”²⁰⁷ em razão da reação às lutas pelos direitos civis, que ficou conhecida como “*white backlash*”²⁰⁸.

Em Brown II, [...] a Corte reconheceu prioridade aos conselhos educacionais locais para formular e concretizar planos e programas necessários às transformações ordenadas, direcionando às cortes distritais o papel de monitorar a “boa-fé” desses conselhos em realizar tais tarefas. Consta no voto de Earl Warren que as cortes deveriam agir segundo “princípios de equidade” e com “flexibilidade prática”, e que a integração deveria ocorrer *with all deliberate speed*, o que significou, na prática, tão rápido quanto fosse desejável aos estados.²⁰⁹

Os princípios da *equity* (da equidade) devem nortear os juízes e ajudar a delinear a forma com que ocorrem a execução das *structural injunctions*. A *equity* se caracteriza pela flexibilidade oferecida ao Judiciário para que formate as medidas a serem utilizadas para o atendimento do direito de acordo com o caso concreto e pela facilidade com que conciliam e ajustam necessidades públicas e privadas em prol da solução estrutural.²¹⁰

Assim, a função das *structural injunctions* não é criar uma tensão intervencionista entre os Poderes do Estado, mas permitir o cumprimento de princípios constitucionais por uma relação dialógica e contínua de concretização da Constituição.²¹¹ As *structural injunctions* são as formas executivas destinadas a efetuar a reorganização ou reforma de determinada instituição (social).²¹²

em: <<https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2973&context=sdlr>> Acesso em: 08 fev. 2020.

²⁰⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 193.

²⁰⁸ FONTENELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 25.

²⁰⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. IN BARROSO, Luis Roberto, MELLO, Patricia Perrone Campos (coord). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 359 e 360.

²¹⁰ BAUERMANN, Desirê. *Structural injunctions no direito norte-americano*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 287.

²¹¹ RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. *As structural injunctions e o direito processual brasileiro: apontamentos acerca do alcance coletivo, da participação e da executividade das medidas estruturantes no âmbito da litigância de interesse público*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017

²¹² GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público & medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 240.

Segundo Owen Fiss²¹³, a *structural injunction* é singular e original ao demonstrar que a inconstitucionalidade está nas próprias instituições públicas.

“O erro constitucional é a própria estrutura estatal, de modo que, sem a reorganização das instituições envolvidas, não é possível impedir a perpetuação de violações de direitos. De acordo com o autor, adequação da tutela estrutural pressupõe “julgamento de o arranjo institucional ser ilegal, ser um erro atual, e que continuará a ser, salvo se corrigido”. A reorganização é designada a levar a estrutura [governamental] para dentro dos limites constitucionais.”²¹⁴

Ainda assim, a partir da *Brown II*, a resistência da sociedade civil ainda permaneceu significativa. Houve a reativação da Ku-Klux-Klan no Sul dos Estados Unidos. Como reação legislativa, cinco estados emendaram as suas Constituições para tornar sem efeito a decisão judicial da Suprema Corte.²¹⁵

Entre 1955 e o Civil Rights Act de 1964, a Suprema Corte apenas emitiu três *full opinions* sobre segregação de escolas de nível fundamental e médio. Não houve conexão de outros casos pontuais de instâncias inferiores.²¹⁶ Essa passividade só foi alterada pelo posicionamento incisivo de *Cooper v. Aaron (1958)* em razão do surgimento de nova crise estrutural.

Segundo Owen Fiss, o litígio estrutural revela a natureza multidimensional da autoridade do juiz. Não apenas decide os direitos do autor, mas também deve articular para que o direito se torne uma realidade prática.²¹⁷ Já Keith E. Whittington explica que: “*constitutional maintenance, in this view, requires an independent judiciary with the authority to articulate the meaning of the Constitution and have all other political actors defer to those judicial interpretations.*”²¹⁸

²¹³ FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=harris>> Acesso em: 24 fev. 2020.

²¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. IN BARROSO, Luis Roberto, MELLO, Patricia Perrone Campos (coord). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 358 e 359.

²¹⁵ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 91.

²¹⁶ “It routinely refused to hear cases or curtly affirmed or reversed lower-court decisions (for a discussion of these cases, see Wasby et al. 1977, 166-73, 192-98).” Tradução livre: [A Suprema Corte] se recusava rotineiramente a ouvir casos ou afirmava bruscamente ou revertia as decisões dos tribunais inferiores (para uma discussão desses casos, ver Wasby et al. 1977, 166-73, 192-98). ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

²¹⁷ FISS, Owen. *Fazendo da Constituição uma verdade viva*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 39.

²¹⁸ Tradução livre: a manutenção constitucional, nessa visão, requer um judiciário independente com autoridade para articular o significado da Constituição e que todos os outros atores políticos tenham

Logo, não deve prevalecer uma concepção apriorística dos remédios adequados para violação dos direitos fundamentais. A seleção deve ser realizada a partir da apreciação das vantagens técnicas de cada remédio e de um julgamento, à luz da postulação de direitos subjacentes e dos obstáculos em cada caso concreto. Portanto, os direitos e a gravidade do conflito devem influir no estabelecimento dos limites dessa alocação de poder.

2.1.7 *Cooper v. Aaron* (1958)

O caso *Cooper v. Aaron* (1958)²¹⁹ é um reflexo da *Brown II*. O Conselho de Educação de Little Rock, no Arkansas, impôs vários obstáculos à implantação da *Brown II* (1957) na Central High School in Little Rock, Arkansas. O próprio Governador do Arkansas Orval E. Faubus obrigou a guarda a impedir a entrada de estudantes negros por “perigo de distúrbios da ordem pública” cercada por protestos, mas ainda afirmando a segregação racial em oposição às ordens federais.

O Poder Legislativo estadual aprovou frequência facultativa em escolas integradas, também afastando a convivência de crianças brancas e negras. Posteriormente, o Governador recuou, mas a multidão impediu a entrada deles na escola.

No dia 4 de setembro de 1957, Elisabeth Eckford, uma das estudantes negras, quase foi linchada pela multidão. Os soldados presenciaram o incidente sem intervir. O Conselho de Educação pediu judicialmente o adiamento do plano de integração racial “de boa-fé” para evitar distúrbios sociais. Assim, “induzir o pânico é forma de resistir a processos de mudança social e cultural.”²²⁰

“Percebe-se que a insubordinação de agentes pode facilmente se fazer acompanhar de uma desobediência civil, razão pela qual é tida como uma exteriorização de *backlash*

deferência a essas interpretações judiciais. WHITTINGTON, Keith E. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 3

²¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Cooper v. Aaron*. 358 U.S. 1 (1958). Disponível em:

<https://scholar.google.com/scholar_case?case=8453213781987973736&q=cooper&hl=en&as_sdt=200>
Acesso em: 29 jan. 2020

²²⁰ MENDES, Conrado Hübner. *A política do pânico e circo*. IN MENDES, Conrado Hübner (org.). *Democracia em risco: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 2019.

ainda mais hostil.”²²¹ Dependendo da posição política ocupada pelo agente estatal, pode mover a máquina pública para sabotar a decisão judicial, como o uso de força policial por Faubus.

“Um padrão desviante começa a virar *mainstream*, e o *mainstream* reage.”²²² Diante de manifestações violentas aos alunos negros²²³, a Suprema Corte precisou reafirmar a imperatividade²²⁴ de sua decisão na *Brown II*²²⁵ em que os “direitos constitucionais dos requerentes [estudantes negros] não deveriam ser sacrificado ou cedido à violência e desordem”²²⁶ e que “nenhum membro do Executivo, Legislativo, Judiciário poderia descumprir a decisão da Suprema Corte, pois isso seria desobedecer a própria Constituição.” A Suprema Corte também ressaltou a unanimidade e a sua própria legitimidade ao tratar da justiciabilidade de políticas públicas.

It reminded the parties that Article VI of the Constitution makes the Constitution the "supreme law of the land" (1958, 18). Further, the Court unearthed Marbury v. Madison (1803) and Chief Justice Marshall's words that "[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is" (1803, 177, quoted at 1958, 18). The opinion also pointed out that the decision in "Brown was unanimously reached by this Court only after the case had been briefed and twice argued and the issues had been given the most serious consideration." Not stopping here, the justices stressed that twelve justices had considered and approved the Brown doctrine (the nine who

²²¹ FONTENELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 95 e 96.

²²² MENDES, Conrado Hübner. *A política do pânico e circo*. IN MENDES, Conrado Hübner (org.). *Democracia em risco: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 2019.

²²³ “After reviewing the history of attempts to desegregate the public schools in Little Rock, the Court faced the question of whether violence, or threat of violence, in response to desegregation and resulting in turmoil in the school disruptive of the educational process justified the suspension of desegregation efforts for two and one-half years.” Tradução livre: Depois de rever a história das tentativas de desagregar as escolas públicas de Little Rock, o Tribunal enfrentou a questão de saber se a violência, ou ameaça de violência, resposta à desagregação e resultando em turbulência na escola, perturbando o processo educacional justificaria a suspensão dos esforços de desagregação por dois anos e meio. ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 44.

²²⁴ “Judicial deference is built into the system of judicial review. Courts often make decisions about whether to trump government action with a thumb on the side of the scale that represents the will of the ostensibly majoritarian branches.” Tradução livre: A deferência judicial é construída no controle de constitucionalidade. Os tribunais geralmente tomam decisões sobre se devem ou não vencer as ações do governo com um polegar no lado da balança que representa a vontade de os ramos ostensivamente majoritários. FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and judicial review*. Michigan Law Review, v. 91, n. 4, p. 591. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2398&context=mlr>> Acesso em: 29 jan. 2020

²²⁵ “The precedent set forth in *Brown v. Board of Education* is the supreme law of the land and is therefore binding on all the states, regardless of any state laws contradicting it. The Court therefore rejected the contention that the Arkansas legislature and Governor were not bound by the *Brown* decision.”

²²⁶ “constitutional rights of respondents [black students] are not to be sacrificed or yielded to the violence and disorder” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Cooper v. Aaron*. Suprema Corte. 358 U.S. 1 (1958). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=8453213781987973736&q=cooper&hl=en&as_sdt=200> Acesso em: 29 jan. 2020

*originally agreed to it and the three who had joined the Court since then) (1958, 19). Finally, in an unprecedented move, all nine justices individually signed the opinion.*²²⁷

Tropas federais precisaram ser enviadas pelo Presidente Eisenhower controlar a situação e para proteger os nove estudantes negros de Little Rock. Em pronunciamento televisivo nacional, o presidente Dwight Eisenhower se dirigiu ao povo americano com discurso extremamente formal para afastar a desobediência da sociedade civil do estado do Arkansas:

"Como se sabe, a Corte Suprema dos Estados Unidos decidiu que são inconstitucionais as leis sobre a segregação racial nas escolas. Nossa opinião pessoal quanto à decisão não desempenha qualquer papel na imposição do cumprimento da lei. A base dos nossos direitos e liberdades individuais é assentada na garantia de que o presidente e o poder Executivo apoiam e impõem as decisões da Corte Suprema. Se necessário, com todos os recursos à disposição do presidente".²²⁸

Ainda assim, se manteve a resistência do *backlash*. O Governador propôs um referendo para a votação de um plano de fechamento das escolas públicas e privatizá-las. Como o fechamento das escolas primárias e secundárias foi aprovada e a privatização não, todos os alunos perderam o ano letivo de 1958/1959. Quando as aulas retornaram em 1959 e os nove de Little Rock foram readmitidos, sob brutal assédio.²²⁹

A *opinion* seguinte no campo do ensino fundamental e médio veio em *Goss v. Board of Education of Knoxville* (1963)²³⁰. Tratava-se de um plano de desagregação que incluía a permissão de os alunos serem transferidos de uma escola onde sua raça era minoria para uma outra onde predominava. Esta disposição foi contestada pelo fato de

²²⁷ Tradução livre: Lembrou às partes que o Artigo VI da Constituição faz da Constituição a "lei suprema da terra" (1958, 18). Além disso, a Corte desenterrou *Marbury v. Madison* (1803) e as palavras do juiz Marshall de que "enfaticamente é a competência e o dever da instância judicial dizer o que é a lei" (1803, 177, citado em 1958, p. 18). A *opinion* também apontou que a decisão em "Brown foi tomada por unanimidade por este Tribunal somente após o caso ter sido informado e discutido duas vezes e as questões terem sido levadas em consideração mais seriamente". Não parando aqui, os juízes enfatizaram que doze juízes haviam considerado e aprovado a doutrina de Brown (os nove que originalmente concordaram com ela e os três que ingressaram na Corte desde então) (1958, 19). Finalmente, em uma ação sem precedentes, todos os nove juízes assinaram individualmente a *opinion*. ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 44.

²²⁸ O pronunciamento televisivo foi realizado em 23 de setembro de 1957. DW. 1957: Os nove de Little Rock. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/1957-escolares-negros-escoltados-nos-eua/a-263358>> Acesso em: 29 jan. 2020.

²²⁹ FREYER, Tony A. *Little Rock on Trial: Cooper v. Aaron and school desegregation*. Lawrence: University Press of Kansas, 2007.

²³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Goss v. Board of Education of Knoxville*. Suprema Corte. 373 U.S. 683 (1963). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=8315715543211720117&q=Goss+v.+Board+of+Education+of+Knoxville&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 29 jan. 2020

que, como a raça era o único critério do plano, perpetuaria, em vez de aliviar, a segregação racial. O tribunal concordou, por unanimidade, que o plano de transferência unidirecional viola o Décima quarta emenda e seria contrário a *Brown*.

Já a terceira decisão, *Griffin v. Prince Edward County*²³¹ foi proferida em 1964. O caso envolveu a constitucionalidade do fechamento das escolas públicas Prince Edward County para evitar a desagregação e o uso de bolsas de estudos estaduais e créditos tributários para apoiar a educação segregada particular para crianças brancas. O Tribunal por unanimidade considerou ambos os atos inconstitucionais, sendo essencialmente manobras para evitar o mandado constitucional de desagregação ao negar aos demandantes a “*equal protection of the law*”.²³²

Finalmente, em *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* (1971)²³³, a Suprema Corte manteve o poder dos juízes distritais de incluir ônibus como parte de um *remedial decree*.²³⁴ Diante da unanimidade, o *Chief Justice* Burger afirmou que “*once a right and a violation have been shown, the scope of a district court's equitable powers to remedy past wrongs is broad*”²³⁵. Burger observou que o transporte escolar deveria estar

²³¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Griffin v. Prince Edward County*. Suprema Corte. 377 U.S. 218 (1964). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=1995949797101046003&q=cooper+Griffin+v.+Prince+Edward+County&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 29 jan. 2020

²³² ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991, pp. 44 e 45.

²³³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*. Suprema Corte. 300 F.Supp. U.S. 1358 (1969). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=10822062160175305192&q=Swann+v.+Charlotte-Mecklenburg+Board+of+Education&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 29 jan. 2020

²³⁴ *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education signaled an end to the Court's go slow approach. In Swann, although the trial court allowed school officials to submit three separate and distinct desegregation plans, the trial court rejected all three plans as constitutionally inadequate. In frustration, the trial court decided to desegregate the school system itself, based on the advice of an outside consultant.* Tradução livre: Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education sinalizou o fim da lenta abordagem da Corte. Em Swann, embora o tribunal de primeira instância admitisse que os funcionários da escola submetessem três desagregações separadas e distintos planos, o tribunal julgou os três planos como constitucionalmente inadequados. Frustrado, o tribunal decidiu desagregar o sistema escolar por si mesmo, com base no conselho de um consultor externo. WEAVER, Russel. The rise and decline of structural remedies. San Diego Law Review, ano 4, v. 41, 2004, p. 1620. Disponível em: <<https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2973&context=sdlr>> Acesso em: 08 fev. 2020

²³⁵ Tradução livre: uma vez demonstrado o direito e a violação, o escopo do tribunal distrital é equalizar amplamente para remediar erros do passado. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*. Suprema Corte. 300 F.Supp. U.S. 1358 (1969). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=10822062160175305192&q=Swann+v.+Charlotte-Mecklenburg+Board+of+Education&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 29 jan. 2020

envolvido nos planos de desagregação, pois estes não deveriam estar limitados ao espaço físico da escola.²³⁶

In Swann, which was decided sixteen years after Brown II, the Court still found significant resistance to desegregation. The trial judge gave the Charlotte-Mecklenburg school district three different opportunities to submit desegregation plans, but it never submitted an acceptable plan.

In frustration, the trial court appointed an outside expert to create the plan. Ultimately, the United States Supreme Court upheld this approach, noting that “[i]f school authorities fail in their affirmative obligations [to desegregate,] judicial authority may be invoked.”²³⁷

Em relação à educação superior, a dessegregação também se revelou desafiadora nas universidades. Nestes casos, os estados foram ordenados a admitir candidatos negros em universidades estaduais onde a prática do estado fora oferecer bolsas de estudos fora do estado, em *Missouri ex. rel. Gaines vs. Canadá* (1938)²³⁸. Além disso, as universidades foram proibidas de tratar estudantes negros de maneira diferente (*McLaurin v. Oklahoma State Regents for Higher Education* (1950)²³⁹.

Também aconteceram tentativas de criação de instituições negras baseadas na doutrina "separate but equal", mas foram impedidas por *Sweatt v. Painter* (1950)²⁴⁰. Nesse caso, Sweatt, candidato negro, teve negada a sua admissão na Faculdade de Direito da Universidade do Texas por causa de sua cor. Os tribunais estaduais confirmaram a rejeição dele, mas ordenaram que o Texas construísse uma escola estadual de Direito para negros. Por unanimidade, o Supremo Tribunal ordenou a admissão de Sweatt à Faculdade

²³⁶ ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 46.

²³⁷ Tradução livre: Em *Swann*, que foi decidida dezesseis anos após *Brown II*, o Tribunal ainda encontrou resistência significativa à desagregação. O juiz concedeu ao distrito escolar de *Charlotte-Mecklenburg* três oportunidades diferentes para enviar planos de desagregação, mas nunca apresentou um plano aceitável. Frustrado, o tribunal indicou um especialista externo para criar o plano. Por fim, a Suprema Corte dos Estados Unidos sustentou essa abordagem, observando que “[se] as autoridades escolares falham em suas obrigações afirmativas [de desagregar], a autoridade judicial pode ser invocada. WEAVER, Russel. *The rise and decline of structural remedies*. San Diego Law Review, ano 4, v. 41, 2004, p. 1630. Disponível em: <<https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2973&context=sdlr>> Acesso em: 08 fev. 2020.

²³⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*. Suprema Corte. 305 U.S. 337 (1938). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=1639666730430343536&q=Missouri+ex.+rel.+Gaines+v.s.+Canad%C3%A1+&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 29 jan. 2020

²³⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *McLaurin v. Oklahoma State Regents for Higher Education*. Suprema Corte. 87 F. Supp. U.S. 526 (1948). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=7156322857622790085&q=McLaurin+v.+Oklahoma+Bo+ard+of+Regents&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 29 jan. 2020

²⁴⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sweatt v. Painter*. 339 U.S. 629 (1950). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=8240107906648855246&q=Sweatt+v.+Painter&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 29 jan. 2020

de Direito da Universidade do Texas, mantendo, a imperatividade da essência de *Brown v. Board of Education of Topeka*.²⁴¹

Diante da violência era desenfreada, o Presidente Kennedy enviou tropas federais para a Universidade do Mississippi em 1963. No entanto, pouco contribuiu para a causa, exceto em situações pontuais de distúrbio da ordem. O Presidente Eisenhower havia feito ainda menos em relação à dessegregação em universidades.²⁴²

O grande legado do caso judicial de *Little Rock* em *Cooper v. Aaron* é a articulação com a política e o simbolismo da Constituição transformados em compromisso institucional. Keith E. Whittington analisa esse impasse:

*Their very assertion of the principle of judicial supremacy in Cooper came in response to southern politician denying that the Court had the authority to bind the states to its own controversial constitutional interpretations. American history is littered with debates over judicial authority and constitutional meaning. Although powerful federal officials have usually acceded to the Court's claims, judicial authority has often been contested by important segments of the populace, from abolitionists to labor unions to segregationists to pro-life advocates.*²⁴³

Ainda que a integração de fato ocorresse gradualmente, todos os esforços da Suprema Corte contribuíram para a desobstrução dessa falha estrutural, confirmando o conteúdo de *Cooper v. Aaron* enfaticamente em *Goss v. Board of Education of Knoxville* (1963) e *Griffin v. Prince Edward County* (1964) e oferecendo remédio em *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*. (1971). “Embora seja associada, invariavelmente, com o ativismo judicial, examinada em perspectiva histórica a Corte Warren se destaca, verdadeiramente, pela construção de uma democracia inclusiva, por uma visão humanista dos problemas sociais e pelo avanço dos direitos civis e individuais, inclusive os não enumerados na Constituição.”²⁴⁴

²⁴¹ ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 54.

²⁴² ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 55.

²⁴³ Tradução livre: Sua própria afirmação do princípio da supremacia judicial em *Cooper* veio em resposta ao político do sul, negando que a Corte tivesse autoridade para vincular os Estados a suas próprias interpretações constitucionais controversas. A história americana está repleta de debates sobre autoridade judicial e significado constitucional. Embora autoridades federais poderosas tenham geralmente aderido às reivindicações da Corte, a autoridade judicial tem sido frequentemente contestada por segmentos importantes da população, de abolicionistas a sindicatos, segregacionistas a defensores da vida. WHITTINGTON, Keith E. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 4.

²⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e*

2.2 Reações do Poder Executivo e do Poder Legislativo

Durante uma década (entre 1954 e 1964), é possível observar a interação e a influência dos tribunais em relação ao Congresso e ao Poder Executivo em relação à desagregação de escolas públicas.

Em 1957, o Congresso emitiu o primeiro *Civil Rights Act* desde 1875, com proposta do Presidente Eisenhower, destinado a fornecer proteção federal ao direito de voto aos afro-americanos. No entanto, pouco tratou do acesso igualitário à educação.

Por dez anos, a Suprema Corte afirmou vigorosamente os direitos civis em “*equal protection of the law*” para os negros enquanto os outros Poderes permaneceram majoritariamente inertes. A Corte Warren se envolveu bastante nessa conjuntura crítica a inconstitucionalidade da realidade fática. “Os juízes da Suprema Corte enfatizaram seu comprometimento contínuo com Brown e reconheceram a abrangência da reforma exigida: o sistema dual de escolas teria de ser erradicado da “raiz aos ganhos”²⁴⁵.”²⁴⁶

Já o Poder Executivo era bastante ambíguo nessa controvérsia estrutural. O poder e o prestígio da presidência não foram empregados em amplo apoio aos direitos civis até meados da década de 1960. Visava apenas impedir a interferência violenta da sociedade civil na desagregação escolar com o envio de militares para a guarda de escolas públicas que foram fechadas pela Administração Pública local para evitar desagregação.

Pouco foi feito pelo Presidente Eisenhower na década de 1950 e apenas lentamente os presidentes Kennedy e Johnson trouxeram para suas administrações as questões mais palpitantes da luta pela implementação dos direitos civis.

Foi feita uma tentativa de dar ao *Department of Justice* a autoridade para ajuizar ações em benefício de indivíduos ou grupos que alegam segregação na educação, mas

jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-americanizacao-do-direito-constitucional-e-seus-paradoxos.pdf>> Acesso em: 09 fev. 2020.

²⁴⁵ A pesquisadora desenvolveu a metáfora da árvore para explicar o estado de coisas inconstitucional como técnica decisão em controle de constitucionalidade de omissão inconstitucional. PAIXÃO, Juliana Patrício da. *Estado de Coisas Inconstitucional: sob a perspectiva da saúde coletiva e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 91 a 113.

²⁴⁶ FISS, Owen. *As formas de justiça*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 122.

não obteve êxito. A administração Eisenhower se opôs à litigância estratégica de direitos coletivos porque "poderia fazer mais mal do que bem" nas palavras do procurador-geral William P. Rogers.²⁴⁷ No Civil Rights Act de 1960, o *Department of Justice* ainda não tinha a atribuição nem legitimidade para ajuizar ações coletivas de desagregação nem o governo federal tinha o poder de cortar fundos para distritos escolares que se recusam a se desagregar.

Somente em 1964, vieram contribuições mais enérgicas. Foi lançado o *Civil Rights Act* de 1964, que garantiu a legitimidade ativa do procurador-geral de ajuizar ações coletivas em substituição processual de grupos negros segregados, bem como a atribuição do governo federal de cortar fundos de distritos escolares que praticassem a discriminação racial, bem como a previsão de investimentos de um bilhão de dólares em escolas distritais sem segregação racial.²⁴⁸

Entidades da sociedade civil Southern Education Reporting Service e U.S. Commission Civil Rights (USCCR) realizaram o monitoramento da dessegregação com coleta de dados e publicação de dados estatísticos.

2.3 Lições do caso *Brown* e *Little Rock* sobre processos estruturais

“A combinação de *judicial review* e democracia direta estabelece uma nova fronteira de tensão entre autodeterminação popular e constitucionalismo de direitos, e representa uma dimensão singular da mecânica dos freios e contrapesos.”²⁴⁹

Em uma análise crítica sobre esse processo duradouro de alteração de comportamento de toda a sociedade e de revisão de políticas públicas para assegurar o

²⁴⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senado. *Hearing of Civil Rights Act de 1959*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=SmVFAQAAMAAJ&pg=PA487&lpg=PA487&dq=%22might+do+more+harm+than+good%22+Department+of+Justice++rogers&source=bl&ots=bOKir0HdZ8&sig=A CfU3U1h8vwbdQ0_88Vnoiaqwd5_SSbSjA&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwip6LH_rannAhVNHbkGHX CpAsQQ6AEwAHoECACQAQ#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 29 jan. 2020

²⁴⁸ EPP, Charles. *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998, p. 63. Disponível em: <<http://faculty.washington.edu/swhiting/pols398/Epp%20Rights%20Revolution.pdf>> Acesso em: 29 jan. 2020.

²⁴⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças*. Direito da Cidade, Rio de Janeiro: ABEC, v. 8, 2016, p. 1746. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26257/19158>> Acesso em: 02 set. 2019

tratamento igualitário, o autor processualista José Carlos Barbosa Moreira observou as dificuldades enfrentadas no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*:

Atinge o mais alto grau de complexidade e efetivação de decisão que implica ampla reforma administrativa [...], sobretudo quando isso exige providências de vultoso custeio, ou depende de medidas concretas suscetíveis de provocar reações negativas em consideráveis setores da população, [...] a relutância dos próprios agentes públicos necessariamente convocados a participar de semelhante atividade, às vezes na condição de protagonistas. [...]

Resta, contudo, o problema da adaptação de organismos e estruturas preexistentes, com tudo que ela implica de interferência na vida de numerosas pessoas, de realização de despesas públicas e assim por diante. [...] Exemplo didático [...] é o da reorganização das escolas públicas, para atender à decisão da Corte que proibiu a segregação racial [...]²⁵⁰

Assim, os casos Brown e Little Rock ensinam que meios processuais devem estar disponíveis para as diversas necessidades jurídicas para garantir a efetividade²⁵¹ e a supremacia da Constituição nos seus direitos fundamentais.²⁵² É fundamental que as regras infraconstitucionais instrumentalizem o processo estrutural, segundo Michael J. Klarman.

*The efficacy of rights also depends on the subconstitutional rules that are applicable to their enforcement: burdens of proof, including the willingness of courts to infer purposeful discrimination from disparate impact; rules of access to federal court.*²⁵³

²⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O poder da suprema Corte e suas limitações*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422123532.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

²⁵¹ “Just as American courts are concerned about securing compliance with their decisions, so courts in new democracies face the same fundamental political problem: how to convince the losing party to abide with their decisions.” Tradução livre: Assim como as cortes estão preocupadas em assegurar o cumprimento de suas decisões, também enfrentam, nas novas democracias, o mesmo problema político fundamental: como convencer o grupo derrotado a acatar as suas decisões. GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Disponível em: <<http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam033/2002041004.pdf>> Acesso em: 20 mar. 2019.

²⁵² “Confiou-se a execução do julgado aos tribunais de distrito que deveriam guiar-se por princípios de equidade, tradicionalmente caracterizados “pela flexibilidade prática na determinação de remédios e pela facilidade de ajustar e conciliar as necessidades públicas e privadas”. Todavia, esses tribunais deveriam exigir das autoridades escolares “um pronto e razoável” início da execução.” Trecho do voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347 MC/DF. Rel Min Marco Aurélio. Data de publicação no DJE e no DOU: 14/09/2015. Info 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 20 mar. 2019.

²⁵³ Tradução livre: A eficácia dos direitos também depende das regras infraconstitucionais aplicáveis ao *enforcement*: ônus da prova, incluindo a disposição dos tribunais de inferir a discriminação intencional de outros impactos; regras de legitimidade ativa [das ações de controle concentrado] KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and The Struggle for Racial Equality*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 457.

Surgiu, então, a *public law litigation* com ordens estruturais²⁵⁴ com “flexibilidade prática”²⁵⁵ que buscava transformar progressivamente as realidades violadoras de direitos de larga escala e que pudesse modificar as instituições vigentes, desempenhando muitas vezes um papel progressista.

Nesse sentido, a teoria dos diálogos institucionais demonstra que o “sentido futuro da Constituição é resultado de uma complexa dinâmica de interação entre os Poderes Públicos, e entre eles e a sociedade civil. Esta resposta apresenta a vantagem de reconhecer a falibilidade de todas as instituições políticas, ao contrário das doutrinas da supremacia judicial e parlamentar.”²⁵⁶

Para Robert Post e Reva Siegel, a jurisdição constitucional e as políticas democráticas se influenciam mutuamente, porque o constitucionalismo democrático empresta valor às históricas lutas sociais para que determinados pontos de vista acerca do significado constitucional sejam, de fato, incorporados nas decisões estruturais das Cortes Constitucionais.²⁵⁷

O paradigmático caso Brown é tão emblemático porque revela que as sentenças estruturais promovem uma adequação empírica ao problema da implementação das decisões judiciais.²⁵⁸ Isso porque a efetividade das decisões judiciais geralmente exige atos comissivos e omissivos dos Poderes Legislativo e Executivo e da própria sociedade

²⁵⁴ As ordens estruturais ou *structural injunctions* “são decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina. CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. *As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/11920/9333>> Acesso em: 20 mar. 2019.

²⁵⁵ “Embora deixando margens de escolhas técnicas aos conselhos locais, as cortes modularam suas *structural injunctions* de forma a não mais permitir a pura e simples desobediência.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 193.

²⁵⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 261.

²⁵⁷ “*Citizens who oppose court decisions are politically active. They enact their commitment to the importance of constitutional meaning. They seek to persuade other Americans to embrace their constitutional understandings. These forms of engagement lead citizens to identify with the Constitution and with one another.*” Robert C., SIEGEL, Reva B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_papers> Acesso em: 28 jan. 2020.

²⁵⁸ GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público & medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 241.

civil. Mas até então, as teorias normativas jurídicas não enfrentavam os desafios da realidade inóspita da implementação seguinte ao momento da prolação.

Além disso, o Poder Judiciário tende a ser o menos perigoso ou efetivo²⁵⁹, pois não teria a “chave do cofre” (poder orçamentário, como o Poder Legislativo) nem a espada (poder de polícia, como o Poder Executivo).²⁶⁰

Por isso, a prolação de sentenças estruturais seguida de uma fase de acompanhamento seria uma solução empírica à implementação das decisões judiciais que envolvem políticas públicas. Assim, a sentença estrutural também se caracterizaria como um documento programático para o desenvolvimento de políticas públicas, da justiça social e o desenvolvimento e progresso do país.

No entanto, a aplicação de medidas estruturantes recebe críticas nos Estados Unidos da América. Mark Tushnet pontua a falta de habilidade e capacidade dos juízes em lidar com as situações complexas envolvendo organizações burocráticas e execuções complexas, bem como o alto custo das medidas de fiscalização e implementação das medidas.²⁶¹

Já Owen Fiss pondera as limitações da jurisdição constitucional formalista e os dilemas do instrumentalismo das reformas estruturais:

A década de 60 foi um período extraordinário na história do Judiciário dos Estados Unidos da América e, entre as várias lições aprendidas, tal período sugere a possibilidade de outra alternativa: viver com o dilema. O juiz seria considerado em dois mundos, o mundo ideal e o mundo da prática, o mundo do valor público e o mundo da preferência subjetiva, o mundo Constituição e o mundo das políticas. Ele extrai a sua legitimidade apenas de um, mas se encontra no outro. Entre todos os órgãos do governo, o juiz encontra-se na melhor posição para descobrir o verdadeiro significado dos valores constitucionais, mas ao mesmo tempo, é profundamente restringido, às vezes,

²⁵⁹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Nº 78. *Independent Journal* Saturday, June 14, 1788. Disponível em: <<http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2019. “ *Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them.* ” Tradução livre: Quem atentamente considerar as diferentes funções do poder precisa perceber que, em um governo em que estão separados entre si, o Judiciário, em razão da natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso aos direitos políticos da Constituição, porque tem a menor capacidade de incomodar ou ameaçá-los.

²⁶⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 237 e 239.

²⁶¹ TUSHNET, Mark. *Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century*. Disponível em: <<https://nujlawreview.org/wp-content/uploads/2016/12/mark-tushnet.pdf>> Acesso em: 07 fev. 2020.

até mesmo impedido, pelo seu desejo – seu admirável desejo – de transformar tal significado em realidade.²⁶²

Ainda que por vezes problemática, a atuação expansiva dos juízes no enfrentamento de crises estruturais sociais pode ser equitativa aos Poderes se desenvolvida por ativismo dialógico com participação conjunta e coordenada entre os *players* do processo estrutural.

3. Da teoria do ECI ao sistema de pensamento do ECI

Na teoria do processo como relação jurídica, Oskar von Bülow estruturou a autonomia do estudo do direito processual pelo delineamento de uma relação jurídico-processual lastreada primordialmente na figura do juiz em que as partes apresentam como meros colaboradores na formação dos provimentos decisórios. Com enfoque privatístico do direito, manteve a subordinação entre as partes do processo diante da angularização da relação processual.

Dessa maneira, a dialeticidade do processo e a influência das partes na formação do livre convencimento motivado do juiz (agente público julgador) permanece atrelada ao dever de fazer justiça a partir de experiências pessoais, conhecimentos especializados, bom senso e prudente arbítrio na solução dos conflitos. Isso significa que o juiz permanecia como verdadeiro protagonista do processo individual concebido como instrumento da jurisdição a serviço da paz social. Esse “processo civil liberal” é marcado pela “i) prevalência rigorosa da legislação escrita, procurando colocá-la como limite intransponível da atividade do julgador; e ii) a polarização subjetiva das posições jurídicas, culminando em litígios que contrapunham órbitas individuais claramente definidas.”²⁶³

Bülow defendia o protagonismo judicial não apenas na aplicação de uma norma já existente da Era da Codificações, mas também na própria criação do direito no caso concreto, a partir das manifestações das partes em contraditório. Ainda que Bülow tenha

²⁶² FISS, Owen. *As formas de justiça*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 173.

²⁶³ OSNA, Gustavo. *Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 178.

sido precursor da autonomia da ciência processual e sua estruturação técnica ainda seja bastante aplicada, o fenômeno processual é muito influenciado pela sociedade em que é interpretado e aplicado.²⁶⁴ Por isso, o processo, como instrumento técnico, adequado, efetivo e justo, pode sofrer adaptações, ao longo das décadas, no combate às crises do direito material. Assim, Cândido Rangel Dinamarco confirma que o “escopo do processo” pode ser jurídico, social ou político de acordo com o bem da vida tutelado. Como exemplos, cita a paz social e a educação do povo como escopo social, a afirmação da autoridade do Estado como escopo político e a busca da vontade concreta do direito como escopo jurídico.²⁶⁵

A complexidade da sociedade contemporânea impulsionou uma participação mais ativa do Poder Judiciário no processo de produção jurídica, “tornando anacrônica a hermenêutica tradicional, a qual concebia a interpretação das leis como mera revelação da vontade legislativa.”²⁶⁶

À luz do processualismo constitucional democrático²⁶⁷ na Constituição de 1988, o direito processual é instrumento funcional voltado para a preservação de direitos e da própria Constituição. Assim, o impacto do Estado Social resultou na emergência e um novo modelo processual, caracterizado como processo civil de interesse público²⁶⁸ ou conflitos de interesse público²⁶⁹. Portanto, é o processo no qual se pretende a

²⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. *A colaboração no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

²⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 177 a 193. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1924442/mod_resource/content/0/Dinamarco%20%20Escopos%20e%20a%20Instrumentalidade%20do%20Processo%20parte%201.pdf> Acesso em: 06 fev. 2020.

²⁶⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 419.

²⁶⁷ “Entender o processualismo constitucional democrático como uma concepção teórica que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudo-socialização processual (neoliberalismo processual) e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, ao partir do necessário aspecto participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões.” NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos*. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/118/114>> Acesso em: 06 fev. 2020.

²⁶⁸ CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 32 a 67.

²⁶⁹ “Venían generados a partir de los esfuerzos para aplicar los principios de la rule of law a las instituciones del moderno Estado de bienestar. Tales litigios involucran a grupos o clases de integrantes dispersos y a menudo indeterminados o indeterminables, cuyos reclamos implican poner en debate el funcionamiento de grandes instituciones o servicios públicos – sistemas escolares, establecimientos carcelarios, instituciones de salud mental, de seguridad o asistencia públicos, etc. –, que requerían

transformação da esfera público-governamental, para obter o reconhecimento de um direito ou a adoção de uma conduta estatal, em favor não apenas das partes, mas de toda a sociedade.²⁷⁰

“Sem embargo, nos países que ainda não alcançaram o estágio político cultural requerido para uma prática real da democracia, o Estado tem de ser muito mais que um árbitro de conflitos de interesses individuais.”²⁷¹

Nesse sentido, Dierle Nunes aponta um viés mais panorâmico da aplicação do direito, de modo a suplantar a mera análise das legislações processuais para atentar à “compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do processo e da jurisdição, mas, também, do Estado democrático, das litigiosidades e da leitura dos direitos fundamentais”²⁷²:

Os desafios do direito processual, no entanto, não permitem mais uma análise meramente legislativa, no campo das reformas, mas exige um olhar panorâmico de nossa sociedade e uma postura também panorâmica do sistema processual, que abarque as leis processuais, mas também a infra-estrutura do Poder Judiciário e seu gerenciamento, a utilização de uma litigância de interesse público para viabilizar a obtenção de direitos fundamentais pelos cidadãos, um processo democrático forjado no modelo constitucional, entre outras preocupações.²⁷³

remedios que debían arbitrarse generalmente a largo plazo.” Tradução livre: Foi gerado a partir de esforços para aplicar os princípios do *rule of law* às instituições do moderno Estado de Bem-estar Social. Esse litígio envolve grupos ou classes de membros dispersos e muitas vezes indeterminados ou indeterminados, cujas reivindicações envolvem debater o funcionamento de grandes instituições ou serviços públicos - sistemas escolares, prisões, saúde mental, segurança ou instituições de assistência pública, etc. -, que exigia remédios que geralmente deveriam ser arbitrados a longo prazo. BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 266.

²⁷⁰ VITORELLI, Edilson. *Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças*. 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> Acesso em: 08 fev. 2020.

²⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/353/r137-24.pdf?sequence=4&isAllowed=y>> Acesso em: 20 fev. 2020.

²⁷² NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos*. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/118/114> > Acesso em: 06 fev. 2020.

²⁷³ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos*. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/118/114> > Acesso em: 06 fev. 2020.

Nesse sentido, Owen Fiss confirma que a crise de efetividade e legitimidade do Poder Judiciário está profundamente relacionada à incompatibilidade das formas de adjudicação oferecidas pelo ordenamento jurídico aos problemas da contemporaneidade.

O que deveria, de fato, provocar uma genuína crise de legitimidade é a insistência em formas processuais criadas para um cenário social diferente, a qual se baseia na suposição de que as formas de adjudicação criadas séculos atrás podem ser compatíveis com a atualidade.²⁷⁴

“Desde que o Estado, por força da mudança de concepções políticas, deixou de encarar a realidade social e econômica como um dado, para considerá-la como um objeto de transformação, sua ação intervencionista operada por via da Administração [...], provocaria [...] uma insuficiência das técnicas de proteção das liberdades e de controle jurídico, as quais havia sido desenvolvidas sob o signo do Estado liberal.”²⁷⁵

Dessa maneira, “o esquema nulidade/anulabilidade é insuficiente para explicar e embasar os diversos provimentos possíveis atualmente no controle de constitucionalidade.”²⁷⁶ A própria realidade passa a ser analisada em controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional.

Nesse contexto, surgiu o processo judicial de caráter estrutural em que o “juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes.”²⁷⁷ Como recorte metodológico, a presente pesquisa pretende tratar apenas do processo estrutural em estado de coisas inconstitucional.

3.1 A construção conceitual da teoria do estado de coisas inconstitucional como processo estrutural

²⁷⁴ FISS, Owen. *As formas de justiça*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 153.

²⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/353/r137-24.pdf?sequence=4&isAllowed=y>> Acesso em: 20 fev. 2020.

²⁷⁶ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 400.

²⁷⁷ FISS, Owen. *As formas de justiça*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 120.

Ainda que tentasse reproduzir os princípios republicanos, o início do constitucionalismo latino-americano foi profundamente marcado por um acordo liberal-conservador desejado pela elite local. Ao sobrepor modelos de democracia, não foi fiel à unidade do projeto constitucional. Vieram, então, as Constituições de Mescla²⁷⁸, que reúnem amplo rol de direitos, mas mantém intactas velhas estruturas de poder.

Essa sobreposição de modelos de democracia na América Latina impõe aspirações econômicas, políticas e compromissos legais, muitas vezes, antagônicos. Essas “Constituições de Mescla”, que ainda mantém o protagonismo do Poder Executivo, perpetuam as disfuncionalidades da falta de coesão do *establishment*.

“Dado o cenário do tipo de “coabitação” entre economia neoliberal e Constituição de Direitos Sociais, o que é possível enxergar para os próximos anos é uma constante tensão entre as demandas da ideologia dos direitos socioeconômicos e a ideologia da economia neoclássica.”²⁷⁹

Diante da Constituição de Mescla, são observados problemas estruturais, que se revestem, via de regra, como deficiência dos ciclos de formação e execução de políticas públicas de implementação de direitos fundamentais causadas pelas tensões do pacto liberal-conservador.²⁸⁰

O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente

²⁷⁸ Nesse sentido, a história do constitucionalismo latino-americano se diferenciou bastante do norte-americano. Após as guerras de independência, a elite local latina conseguiu elevar ao nível constitucional o acordo liberal-conservador vinculado à organização do poder. Na tripartição de poderes, houve o protagonismo do Poder Executivo, que demandava a concentração da autoridade pela investidura de extraordinárias faculdades militares e políticas para escolher sucessores. Diante da forte crise econômica, desordem política e injustiça social, sempre foi adiado o enfrentamento à “questão social”. [...] Essa integração de modelos criou as “Constituições de Mescla”, que ainda mantém o protagonismo do Poder Executivo e pouco espaço para a democracia participativa de toda a população. Ainda que fossem positivados um rol de direitos sociais, não foram operadas mudanças estruturais que os implementassem. Revelou-se o paradoxo ao impor a organização dos poderes de acordo com o século XIX, bem como a incorporação de declarações de direitos do século. PAIXÃO, Juliana Patrício da. *Os direitos humanos nas Constituições de Mescla e o Estado de Coisas Inconstitucional*. XX. SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, IV, 2018, Universidade Federal Fluminense. Anais do Grupo de Trabalho III do IV SIDHF. Rio de Janeiro: Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1h2_r3tth1ESz5siGebcwX92nWCrTMsZn> Acesso em: 02 ago. 2019.

²⁷⁹ COUSO, Javier. *As “Constituições econômicas” da América Latina: a tensão permanente entre livre mercado e direitos socioeconômicos*. Culturas Jurídicas, Niterói, v. 6, n. 14, mai./ago., 2019, p. 230. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/887/405>> Acesso em: 05 fev. 2020.

²⁸⁰ Significa a ideia de a “omissão inconstitucional decorrer da falha de coordenação entre o Legislativo e o Executivo, a implicar deficiências na consecução de políticas públicas.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 57.

ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal.²⁸¹

Nesse sentido, a falta de unidade no projeto constitucional gera a sua disfuncionalidade que se concretiza na falha estrutural, conceituada a seguir:

A falha estrutural configura-se, normalmente, como ausência ou deficiência de políticas públicas.²⁸² Graves e sistemáticas violações de direitos são originadas e agravadas por falhas estruturais nos procedimentos de desenho, implementação, avaliação e financiamento de políticas públicas. Essas falhas têm raízes²⁸³ em prolongadas omissões dos agentes e autoridades públicos, em limitações das políticas públicas correspondentes, na falta de medidas administrativas, legislativas ou orçamentárias voltadas na superação dos problemas de direitos.²⁸⁴

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional foi desenvolvida pela jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia para solucionar casos estruturais de prolongado fracasso de políticas públicas e suas conseqüentes violações de direitos fundamentais. Dessa forma, notava-se a incompatibilidade entre a as estruturas de poder da parte orgânica da Constituição na omissão²⁸⁵ em políticas públicas oficiais ao longo dos anos e os parâmetros da parte dogmática da Constituição na promoção da inclusão social, igualdade material e proteção da dignidade da pessoa humana.

Portanto, havia um claro bloqueio do processo político ou institucional na Colômbia que impedia que o litígio estrutural, que afetava um amplo número de pessoas sofredoras de violações de direitos humanos, fosse resolvido por ausência de vontade política e ineficiência da estrutura administrativa.

Por isso, diferentes autores conceituam Estado de Coisas Inconstitucional de modo a relacionar três causas e duas conseqüências da a existência desse fenômeno:

²⁸¹ Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 105.

²⁸¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 574.

²⁸² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. IN BARROSO, Luis Roberto, MELLO, Patricia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 355.

²⁸³ A metáfora da árvore explica o fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional e indica as causas da falha estrutural (raízes do problema estrutural), bem como as fases *del diseño* (ou fase da poda), *implementación, de seguimiento y la evaluación* (ou fase de monitoramento). PAIXÃO, Juliana Patricio da. *Estado de Coisas Inconstitucional: sob a perspectiva da saúde coletiva e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 92.

²⁸⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 93.

²⁸⁵“Na realidade, o ECI acaba sendo um estado avançado de violação ou proteção deficiente de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais iniciadas em omissões normativas inconstitucionais.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. IN BARROSO, Luis Roberto, MELLO, Patricia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 354.

Verifica-se que o chamado Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando há cumulação de um contexto fático de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais agravado pelo fracasso absoluto das políticas públicas e causado pelo bloqueio de todos os processos institucionais, políticos, deliberativos previstos pela Constituição para a solução da questão. Logo, deve haver a inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em transformar a realidade de modo a solução só possa ser encontrada através da atuação conjunta e coordenada de diversos setores da Administração Pública²⁸⁶ e a prorrogação da jurisdição pela Corte Constitucional.²⁸⁷

Como o estado de coisas inconstitucional influencia na dinâmica de atuação dos outros Poderes, “as cortes devem ser não apenas cautelosas, mas rígidas quanto à configuração e identificação desses pressupostos”²⁸⁸. Por isso, segue no mesmo sentido, a doutrina contemporânea latino-americana sobre a omissão estatal:

*Definimos los casos estructurales como aquellos que 1. Afectan a un gran número de personas que por sí mismas o mediante organizaciones [...] alegan violaciones de sus derechos; 2. Involucran a varios órganos públicos, responsables de las fallas persistentes de la política pública que contribuyen a esas violaciones de derechos, y que 3. Implican requerimientos judiciales de carácter estructural, es decir, ordenes de cumplimiento obligatorio por las cuales los tribunales instruyen a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada a fin de proteger toda la población afectada y no solo a los demandantes específicos del caso.*²⁸⁹

Segundo o autor brasileiro Carlos Alexandre de Azevedo Campos²⁹⁰, o estado de coisas inconstitucional poderia ser reconhecido pela Corte Constitucional como litígio estrutural quando estivessem presentes os seguintes pressupostos: a) vulneração massiva

²⁸⁶ “Com isso, a análise da atuação de todos os agentes públicos é alçada à condição de objeto de controle de constitucionalidade em processos objetivos.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. REVISTA JURIS POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 145. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 02 set 2019

²⁸⁷ PAIXÃO, Juliana Patrício da. *Estado de Coisas Inconstitucional: sob a perspectiva da saúde coletiva e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 46.

²⁸⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. IN BARROSO, Luis Roberto, MELLO, Patricia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 353.

²⁸⁹ Tradução livre: Definimos os casos estruturais como aqueles que 1. Afetam um grande número de pessoas individualmente ou por organizações alegam violações de direitos 2. Envolvem vários órgãos públicos responsáveis pelas falhas persistentes nas políticas públicas que contribuem para essas violações de direitos; 3. implicam requerimentos judiciais de caráter estrutural, isto é, ordens de cumprimento obrigatório pelos quais os tribunais instruem a esses organismos públicos que atuem de forma coordenada a fim de proteger toda população afetada (coletivamente) e não só os demandantes específicos do caso. GARAVITO, César Rodríguez. FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 25.

²⁹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-camposestado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 31 jul. 2019.

e generalizada de direitos fundamentais²⁹¹ de um número significativo de pessoas²⁹²; b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados ocorrerem individualmente ao Poder Judiciário.²⁹³

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso indicou no RE 580.252/MS, em repercussão geral, o conceito de estado de coisas inconstitucional

Na mesma linha das experiências da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Judiciário norte-americano, a Corte Constitucional da Colômbia produziu um mecanismo de intervenção jurisdicional para lidar com falhas estruturais de políticas públicas que impliquem violações massivas e contínuas de direitos e que decorram de omissões prolongadas das autoridades estatais. Trata-se da categoria do “estado de coisas inconstitucional”. Quando a Corte colombiana reconhece e declara a existência de um estado de coisas contrário à Constituição, ela passa a atuar diretamente na formulação de políticas públicas, definindo metas e linhas de ação a serem implementadas por diferentes instâncias de poder. Nesses casos, em geral, a Corte designa uma autoridade para fiscalizar a execução da decisão, de modo que a atuação judicial não se encerra com a prolação da decisão, mas se protraí até que as diversas autoridades levem a cabo as determinações da Corte.²⁹⁴

²⁹¹ “Para que seja racional a identificação desse primeiro fator, é necessário que três aspectos estejam presentes: violação massiva, e contínua de direitos; variedade de direitos fundamentais violados; e o número amplo e expressivo de pessoas e grupos afetados.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. IN BARROSO, Luís Roberto, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 354.

²⁹² “Grave problema não apenas jurídico, mas social. [...] A Corte deve conectar-se com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e não apenas com os aspectos subjetivos ou vinculados a tipos específicos de enunciados constitucionais.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-camposestado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 31 jul. 2019.

²⁹³ “Preocupada com a sua funcionalidade, [...] buscou resolver a situação de uma única vez, alcançando o maior número de afetados possível. Tratar a questão como litígio estrutural e tomar medidas que alcançam ampla população de afetados não possui apenas a vantagem de favorecer a isonomia na solução tomada, mas também de servir como estratégia para prevenir problemas de congestionamento judicial. A corte acaba atuando, também, em favor de si mesma, o que não deixa de retornar à sociedade na forma de melhores serviços jurisdicionais.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. IN BARROSO, Luís Roberto, MELLO, Patricia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 356.

²⁹⁴ Trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 60. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 580252/MS. Relator originário: Ministro Teori Zavascki. Relator para redação do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 16/2/2017 (repercussão geral) (Info 854). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>> Acesso em: 02 set. 2019.

Jane Reis Gonçalves Pereira identificou alguns aspectos que se repetem com maior frequência no estado de coisas inconstitucional:

i) a multiplicidade de pessoas atingidas pelas violações, que tornaria impossível ou indesejável a tutela individual; ii) a persistência das violações; iii) a circunstância de não haver uma única autoridade imputável, capaz de sanar as violações; iv) o fato de as violações decorrerem de causas estruturais; e v) a gravidade das violações.²⁹⁵

A inconstitucionalidade sistêmica, por seu turno, “é a violação de normas constitucionais em múltiplas dimensões, envolvendo um conjunto de ações institucionais, omissões e violações abrangentes e enraizadas. [...] Pode ser entendida como o reconhecimento da existência de espaços vazios de constitucionalismo.”²⁹⁶

Em razão das tensões do acordo liberal-conservador, nota-se um conflito na coordenação das forças políticas, que se tornaram incapazes de fazer valer os direitos fundamentais positivados em sua Constituição democrática. Assim, a Corte Constitucional é convocada para dirimir essa omissão diante de conflito negativo de responsabilidades em que entes se atribuem reciprocamente a competência para a prática de um ato.

Deve-se ter atenção maior a critérios de ordem material, porque os direitos fundamentais, para deixarem de ser “direitos de papel”, necessitam de proteção e promoção estatal, principalmente a legislativa, independentemente de como foram configurados os enunciados constitucionais correspondentes, inclusive se, semanticamente, foram classificados como normas autoaplicáveis.²⁹⁷

O estado de coisas inconstitucional é fruto da teoria brasileira da efetividade, que é o movimento jurídico-acadêmico que busca elaborar categorias dogmáticas da normatividade constitucional, bem como superar algumas das crônicas disfunções da formação nacional.

Algumas das crônicas disfunções da formação nacional [...] se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade

²⁹⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. REVISTA JURIS POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 148. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 02 set 2019

²⁹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. REVISTA JURIS POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 155. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 02 set 2019

²⁹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 56.

normativa. [...] Sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio de ação e da jurisdição -, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais.²⁹⁸

Esse deslocamento de atividade evidencia a construção de um sistema jurídico que deixa de ser monocêntrico²⁹⁹ para se consolidar como policêntrico³⁰⁰, pois seus problemas policêntricos justificam e legitimam o engajamento de cortes e juízes na produção de “remédios estruturais”.³⁰¹ À tona de mudanças e reformas estruturais, os remédios estruturais conseguem dosar e ajustar os objetivos constitucionais aos fins transformativos do estado de coisas inconstitucional.³⁰²

Então, constata-se o fenômeno da descentralização das fontes de produção normativa³⁰³ em que a criação normativa deixa de estar exclusivamente alocada na legislatura eleita. “O voto, embora imprescindível, não é fonte exclusiva da democracia e, em certos casos, pode não ser suficiente para concretizá-la.”³⁰⁴ Assim, o estado de coisas inconstitucional se consolida como uma crítica antiformalista ao direito, sob o seu viés metodológico.³⁰⁵

²⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 408.

²⁹⁹ O conceito legiscêntrico de inconstitucionalidade é predominante no sistema jurídico monocêntrico. “O conceito legiscêntrico de inconstitucionalidade é produto do seu processo de construção histórica. Inicialmente, a categoria se insere em um contexto de afirmação da Constituição diante da lei.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. REVISTA JURIS POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 133. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 02 set 2019.

³⁰⁰ “É preciso ter do processo uma visão participativa, policêntrica, por força da qual o juiz e partes constroem, juntos, seu resultado final. [...] O que existe é um procedimento em contraditório destinado à construção dos provimentos estatais, em que todos os sujeitos interessados participam em igualdade de condições, na produção do resultado. Este procedimento participativo, policêntrico, que se desenvolve em contraditório, é precisamente, o processo.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 27.

³⁰¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. IN BARROSO, Luis Roberto, MELLO, Patricia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 356.

³⁰² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. IN BARROSO, Luis Roberto, MELLO, Patricia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 358.

³⁰³ MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 165.

³⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, p. 474.

³⁰⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. IN BARROSO, Luis Roberto, MELLO, Patricia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 352.

No sistema jurídico brasileiro, os arranjos políticos cada vez mais se organizam para possibilitar um maior espaço para diálogos constitucionais³⁰⁶ em que há a participação mais intensa dos poderes de Estado na concretização dos valores constitucionais³⁰⁷, especialmente do catálogo constitucional de direitos fundamentais.

Nota-se que os problemas policêntricos estão relacionados com uma intrincada rede de falhas e violações interdependentes, conectados entre si, que se influenciam e se condicionam reciprocamente.³⁰⁸ Essas questões complexas possuem um número de centros de problemas subsidiários, cada um relacionado com o outro, de modo que a solução de cada ponto depende da solução dos outros³⁰⁹, segundo a metáfora da teia de aranha do William Fletcher.

*Polycentricity is the property of a complex problem with a number of subsidiary problem "centers," each of which is related to the others, such that the solution to each depends on the solution to all the others. A classic metaphor for a polycentric problem is a spider web, in which the tension of the various strands is determined by the relationship among all the parts of the web, so that if one pulls on a single strand, the tension of the entire web is redistributed in a new and complex pattern.*³¹⁰

³⁰⁶ “[...] fenômeno conhecido na doutrina como diálogo constitucional ou diálogo institucional. Embora a corte constitucional ou corte suprema seja o intérprete final da Constituição em cada caso, três situações dignas de nota podem subverter ou atenuar esta circunstância, a saber: a) a interpretação da Corte pode ser Superada por ato do Parlamento ou do Congresso, normalmente mediante emenda constitucional; b) a Corte pode devolver a matéria ao Legislativo, fixando um prazo para a deliberação ou c) a Corte pode conchamar o Legislativo a atuar, o chamado ‘apelo ao legislador’.” BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 45. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180/pdf>> Acesso em: 16 jul. 2019.

³⁰⁷ MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo Multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 20 e 21.

³⁰⁸ Existe crítica doutrinária contrária ao policentrismo no ativismo judicial. Lon Fuller afirmou que as Cortes não poderiam executar tarefas policêntricas em ensaio escrito antes do auge da reforma estrutural do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (final dos anos 50) e somente publicado mais de vinte anos depois, após a morte dele em 1978. FULLER, Lon. *The forms and limits of Adjudication*. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/bridge/LegalProcess/fuller2.htm>> Acesso em: 08 fev. 2020.

³⁰⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 182.

³¹⁰ Tradução livre: Policentrismo é a propriedade de um problema complexo com vários "centros" secundários de problemas, cada um relacionado a outros, de modo que a solução para cada um depende da solução para todos os outros. Uma metáfora clássica para um problema policêntrico é uma teia de aranha, na qual a tensão dos vários fios é determinada pelo relacionamento entre todas as partes da rede, de modo que se alguém puxa um único fio, a tensão de toda a banda é redistribuída em um padrão novo e complexo. FLETCHER, William. *The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy*. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, 1982, p. 645. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/4de8/7772060c8d017ba0dc089596deb1d5567dcd.pdf>> Acesso em: 08 fev. 2020.

Complexo é o processo em que se discute um problema que admite diversas soluções. O número de soluções possíveis é a medida da complexidade do processo.”³¹¹

Assim, as sentenças estruturais promovem uma adequação empírica ao problema da implementação das decisões judiciais³¹². Isso porque a efetividade das decisões judiciais geralmente exige atos comissivos e omissivos dos Poderes Legislativo e Executivo e da própria sociedade civil. “Essa assunção de novas tarefas impõe uma revisão do conceito de inconstitucionalidade, reconhecendo-se que essa categoria nem sempre se resume ao exame de validade de atos estatais e da eficácia jurídica das normas constitucionais, passando a abarcar a noção de efetividade da Constituição.”³¹³

No entanto, “as teorias normativas não vislumbram a distinção entre os momentos da ‘prolação’ e da ‘implementação’ da decisão judicial”³¹⁴, ou seja, não enfrentam os desafios da realidade inóspita da implementação seguinte ao momento da prolação.

“O direito constitucional não conhecia terapia jurídica para esse tipo de patologia constitucional”³¹⁵. Por não haver como retificar as omissões inconstitucionais usando o instrumental já estabelecido em relação às inconstitucionalidades por ações normativas, a idealização das ferramentas de correção das omissões inconstitucionais deu-se, inicialmente, de forma paralela e apartada das daquelas. Dessa forma, a evolução do conceito de omissão inconstitucional não promoveu, de plano, a atualização da teoria da inconstitucionalidade globalmente considerada. A evolução do conceito de omissão, todavia, foi decisiva para a redefinição de todo o arcabouço teórico da jurisdição constitucional.³¹⁶

Por isso, há a prolação de sentenças estruturais com a prorrogação da jurisdição para se promover a fase de acompanhamento, que seria uma solução empírica à implementação das decisões judiciais que envolvem políticas públicas.

³¹¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 583.

³¹² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 259.

³¹³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. REVISTA JURIS POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 133. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 02 set 2019.

³¹⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 237.

³¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 51.

³¹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. REVISTA JURIS POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 134. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 02 set 2019.

Em última análise, é o rompimento da concepção organicista de Estado na dogmática sobre a ideia central de que o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadãos.³¹⁷ Se a inconstitucionalidade é um fenômeno polifacetado, “sua definição deve abarcar suas múltiplas dimensões, permitindo um tratamento processual e judicial que avalie globalmente o conjunto de comportamentos que produzem resultados incompatíveis com o sistema constitucional.”³¹⁸ Assim, a omissão inconstitucional deve ser combatida, abarcando a não realização de quaisquer funções do Estado (omissões normativas e não normativas), mesmo que envolva funções administrativa, de governo, jurisdicional e legislativa, segundo Jorge Miranda.³¹⁹

Dessa forma, o estado de coisas inconstitucional é uma técnica constitucional atenta à pluralidade de interesses da sociedade policêntrica. “Nesse sentido, as teorias dialógicas acerca do papel do Judiciário destacam [...] a necessidade de encarar o processo de construção dos significados constitucionais de forma participativa e deliberativa, envolvendo todos os agentes públicos e sociais.”³²⁰ “*From a dialogic perspective, in particular, such intervention will be aimed at introducing new ideas, perspectives, or even equilibriums into the political process, all with a view to encouraging the legislature and the broader constitutional culture to reconsider its allegiance to the previous status quo.*”³²¹

Para Barry Friedman, o controle de constitucionalidade é, de modo significativo, muito mais interativo e interdependente (das outras esferas do poder) que o que

³¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Forum, 2016, pp. 23 e 24.

³¹⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional*: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. REVISTA JURIS POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 134. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 02 set 2019.

³¹⁹ MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. *A fiscalização da inconstitucionalidade por Omissão*. REVISTA DIREITO E LIBERDADE, Maceió: ESMARN, v. 14, n. 1, jan./jun. 2012, p. 11. Disponível em: <<file:///C:/Users/User/Downloads/497-1616-4-PB.pdf>> Acesso em: 06 set 2019.

³²⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional*: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. REVISTA JURIS POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 156. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 02 set 2019.

³²¹ Tradução livre: De uma perspectiva dialógica, em particular, essa intervenção terá como objetivo introduzir novas ideias, perspectivas ou mesmo equilíbrios no processo político, tudo com o objetivo de incentivar o legislador e uma cultura constitucional mais ampla a reconsiderar o seu comprometimento com o *status quo* anterior. DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights*: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536716> Acesso em: 20 fev. 2020.

habitualmente se considera. Assim, a Constituição não é interpretada pelos juízes que impõem sua vontade ao povo. Pelo contrário, a interpretação constitucional é uma discussão elaborada entre os juízes e o corpo político.³²² A “Suprema Corte não só é uma voz importante no diálogo coletivo, se não uma que molda decisivamente os pontos de vista dos demais.”³²³

*In a dialogue model, this possibility [of judicial intervention] will not be particularly troubling from the standpoint of democracy, because judicial rulings can always be narrowed or limited in effect by subsequent legislative action. However, if court decisions are treated as having broad and final effect (or pure strong-form status), the relationship between judicial review and democracy will tend to become far less certain.*³²⁴

À luz da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, de Peter Häberle, o estado de coisas inconstitucional impulsiona a hermenêutica constitucional a agregar novos intérpretes. Além dos intérpretes “corporativos”, ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado, o estado de coisas inconstitucional propõe novos diálogos constitucionais para fortalecer o próprio conteúdo democrático da Constituição. Isso porque a questão da legitimação da Constituição perpassa pela teoria da democracia, e esta percebe³²⁵ “o povo não apenas como um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição, mas “também [como] um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional.”³²⁶

³²² “Judicial review is significantly more interdependent and interactive than generally described. The Constitution is not interpreted by aloof judges imposing their will on the people. Rather, constitutional interpretation is an elaborate discussion between judges and the body politic.” FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and judicial review*. Michigan Law Review, v. 91, n. 4, 1993, p. 653. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2398&context=mlr>> Acesso em: 20 fev. 2020.

³²³ GARGARELLA, Roberto. *O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos*. IN VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/08/1.03-Roberto-Gargarella-O-novo-constitucionalismo-dial%C3%B3gico.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2020.

³²⁴ Tradução livre: Em um modelo dialógico, essa possibilidade de intervenção judicial não será particularmente preocupante do ponto de vista da democracia, porque as decisões judiciais sempre podem ser reduzidas ou limitadas em efeito por ações legislativas subsequentes. No entanto, se as decisões judiciais forem tratadas como tendo efeito amplo e final (ou puro strong-form status), a relação entre revisão judicial e democracia tenderá a se tornar muito menos certa. DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536716> Acesso em: 20 fev. 2020.

³²⁵ XIMENES, Julia Maurmann. *O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista*. REVISTA GV, São Paulo: FGV, v. 6, n. 1, jan./jun. 2010, p. 124. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/07.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2019

³²⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1997, p 37.

Por essa razão, desenvolveu a fase de implementação de medidas em que é assegurado o monitoramento pelas cortes da execução das ordens, acompanhado pela sociedade em um processo aberto, participativo e democrático.

As medidas estruturantes são representadas por técnicas combinadas de diálogo, cooperação, fiscalização e supervisão constantes (do cumprimento das determinações judiciais), com a potencial utilização de meios sub-rogatórios destinados à superação de eventuais resistências à efetivação das prestações judicialmente certificadas.³²⁷

A fase de monitoramento garante a *accountability* e o necessário *enforcement* para a concretização dos direitos constitucionais

Vincula-se a elementos de *enforcement*, englobando a potencial aplicação de sanções a maus comportamentos públicos e a valorização e premiação a boas posturas. Corresponde à ideia de que a *accountability* não pressupõe apenas a possibilidade de demandar informações e explicações de autoridades públicas, mas também a aplicação de eventuais punições a condutas impróprias.³²⁸

Assim, a retenção da jurisdição³²⁹ permite que a Corte modifique as ordens a fim de acomodar novos e imprevisíveis desenvolvimentos. Dessa maneira, se “atrela a interpretação constitucional a uma teoria democrática à ideia de uma sociedade pluralista, que, por sua vez, está associada à noção de Constituição e realidade constitucional.”³³⁰

Essa nova leitura do controle de constitucionalidade implica, sem o abandono dessa dicotomia, o reconhecimento de que a tarefa de velar pelo cumprimento da Constituição não é apenas examinar a compatibilidade entre atos normativos (validade), mas, também, fiscalizar a sua realização pelos agentes públicos (efetividade). Essa atividade nada mais é que um monitoramento e coparticipação, pelo Judiciário, da materialização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O dever de proteção a esses direitos também recai sobre os juízes e não se exaure na análise das normas por expedientes interpretativos.³³¹

Assim, o monitoramento e a flexibilidade das decisões são as principais características da fase de acompanhamento e de grande importância para o sucesso do estado de coisas inconstitucional. É antiformalista porque admite que é possível e

³²⁷ GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público & medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 230.

³²⁸ WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 52.

³²⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 210

³³⁰ XIMENES, Julia Maurmann. *O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista*. REVISTA GV, São Paulo: FGV, v. 6, n. 1, jan./jun. 2010, p. 125. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/07.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2019

³³¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. REVISTA JURIS POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 144. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 06 set 2019

desejável que as normas jurídicas fixem estruturas racionais que permitam a entrada de elementos externos ao direito na interpretação judicial.³³² Afasta o dogmatismo para valorizar a experiência concreta na busca de respostas aos problemas.³³³

Encontra-se superada, de longa data, a crença de que os dispositivos normativos contêm, em seu relato abstrato, a solução preestabelecida e unívoca para os problemas que se destinam a resolver. Reconhece-se nos dias atuais, sem maior controvérsia, que tanto a visão do intérprete como a realidade subjacente são decisivas no processo interpretativo.³³⁴

Além disso, há a criação de comissões específicas, auxílio de *experts*, exigência de relatórios periódicos, audiências públicas³³⁵ e acompanhamento com metas são exemplos de instrumentos e ferramentas que aumentam as chances de êxito do estado de coisas inconstitucional, “para que as diferentes instituições³³⁶ possam se reunir para

³³² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais*. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA, Belo Horizonte: Fórum, v. 10, n. 35, jul./dez. 2016, p. 349. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/105/31>> Acesso em: 02 set. 2019

³³³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais*. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA, Belo Horizonte: Fórum, v. 10, n. 35, jul./dez. 2016, p. 350. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/105/31>> Acesso em: 02 set. 2019

³³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 150.

³³⁵ “Trata-se de realçar a importância da participação do cidadão nos contextos políticos, que incluem a própria Constituição, norma de conteúdo político e que, conseqüentemente, demanda uma interpretação a qual vai além do jurídico exclusivamente.” XIMENES, Julia Maurmann. *O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista*. REVISTA GV, São Paulo: FGV, v. 6, n. 1, jan./jun. 2010, p. 125. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/07.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2019

³³⁶ “Por instituições, entenda-se, por exemplo, Ministério Público, Defensoria, juiz, agentes penitenciários, servidores das secretarias de segurança, gestores, secretários de segurança, deputados, mas não só agentes oficiais. Talvez seja possível incluir professores das universidades, membros de movimentos sociais, ongs, cientistas políticos, sociais, engenheiros, arquitetos e aqueles que tenham experiência e autoridade na matéria para esclarecer circunstâncias de fato.” LEGALE, Siddharta, MARTINS, Alisson Silva. *Parâmetros para o acesso à justiça em um estado de coisas inconstitucional: a dignidade dos encarcerados e ação civil pública Uruguaiana*. IN VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/30857626/PAR%C3%82METROS_PARA_O_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A_EM_UM_ESTADO_DE_COISAS_INCONSTITUCIONAL_A_DIGNIDADE_DOS_ENCARCERADOS_E_A_A%C3%87%C3%83O_CIVIL_P%C3%90BLICA_DE_URUGUAIANA> Acesso em: 20 fev. 2020.

encontrar soluções colaborativas pensadas coletivamente”³³⁷, na concretização da democracia participativa.³³⁸

“Essa multiplicidade de olhares e experiências tenderão a produzir um relato mais fiel e completo da realidade. Possibilitará, ainda, pensar em soluções empiricamente mais sólidas e legitimadas por um procedimento em tese mais democrático.”³³⁹

É a concretização da *accountability* com responsividade diante dos desvios de comportamento.

Instâncias de *accountability* que apenas exponham desvios de comportamento, mas que não tenham a atribuição de aplicar consequências materiais, aparecem como formas soft ou light e que, na prática, não merecem ser categorizadas como tais na medida em que “*accountability* sem consequências não é, absolutamente, *accountability*.”³⁴⁰

O monitoramento também permite que a Corte colha os elementos necessários para a descoberta da superação da omissão inconstitucional e das falhas estruturais para avaliação do momento oportuno e adequado para a declaração de fim do estado de coisas inconstitucional.

O fundamento que norteia a *accountability* é a necessidade de se controlar o exercício do poder político, e não o objetivo de eliminá-lo e ou de se substituir a ele. Instituições de *accountability* buscam limitar, disciplinar e restringir o exercício da autoridade política, prevenindo arbitrariedades e procurando

³³⁷ LEGALE, Siddharta, MARTINS, Alisson Silva. *Parâmetros para o acesso à justiça em um estado de coisas inconstitucional: a dignidade dos encarcerados e ação civil pública Uruguaiana*. IN VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/30857626/PAR%C3%82METROS_PARA_O_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A_EM_UM_ESTADO_DE_COISAS_INCONSTITUCIONAL_A_DIGNIDADE_DOS_ENCARCERADOS_E_A_A%C3%87C3%83O_CIVIL_P%C3%9ABLICA_DE_URUGUAIANA> Acesso em: 20 fev. 2020.

³³⁸ “Com razoável grau de urgência, cumpre examinar novos mecanismos que se corporifiquem aptos a sanar o déficit de legitimação democrática do Poder Judiciário do Brasil.” FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. *Novos paradigmas da legitimação democrática da jurisdição constitucional no Brasil*. REVISTA INTERDISCIPLINAR DO DIREITO. Rio de Janeiro, UNIFAA, v. 6, n. 1, jul. 2017 p. 55. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/15>>. Acesso em: 15 jul. 2019

³³⁹ LEGALE, Siddharta, MARTINS, Alisson Silva. *Parâmetros para o acesso à justiça em um estado de coisas inconstitucional: a dignidade dos encarcerados e ação civil pública Uruguaiana*. IN VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/30857626/PAR%C3%82METROS_PARA_O_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A_EM_UM_ESTADO_DE_COISAS_INCONSTITUCIONAL_A_DIGNIDADE_DOS_ENCARCERADOS_E_A_A%C3%87C3%83O_CIVIL_P%C3%9ABLICA_DE_URUGUAIANA> Acesso em: 20 fev. 2020.

³⁴⁰ WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 52.

assegurar que sua atuação ocorra de maneira alinhada a regras e procedimentos previamente estabelecidos.³⁴¹

Cuidadosa, a Corte deve manter o monitoramento durante o período estritamente necessário até que os poderes exerçam suas atividades típicas em harmonia e democracia participativa. Afinal, o estado de coisas inconstitucional é uma figura constitucional temporária³⁴², cujo objetivo é se tornar desnecessário na medida em que busca mobilizar o aparato estatal para mitigar ou solucionar a falha estrutural. A aplicação do estado de coisas inconstitucional deve ser racional e objetivo, evitando sua ubiquidade.³⁴³

3.2 O processo estrutural pode ser de âmbito nacional ou estadual?

De acordo com o princípio da Simetria, o constituinte originário, em 1988, consagrou o controle abstrato de constitucionalidade estadual na CRFB/88, art. 125, parágrafo 2º, permitindo também os demais meios de controle. É pacífico, na doutrina contemporânea e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é perfeitamente possível a previsão de outros meios de controle abstrato de constitucionalidade, desde que respeitadas as regras gerais da CRFB/88. Logo, caberia ao poder constituinte derivado decorrente a previsão e delimitação das regras para o estado de coisas inconstitucional, tais como o número de legitimados ativos.

Por outro lado, o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos entende que não procede o uso difuso do estado de coisas inconstitucional, pois nos Estados-membros não existiriam os pressupostos e a necessidade de medidas de larga escala, que alcancem número expressivo de autoridades estatais, de diferentes níveis governamentais e de

³⁴¹ WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 54.

³⁴² *The “structural remedies should last no longer than necessary. As soon as they can rectify the constitutional violation, courts should return executive and legislative functions to those officials responsible for exercising them. When power rightfully rests in state and local officials, it should be returned to them as soon as possible.* Tradução livre: Os remédios estruturais não devem durar mais que necessário. Assim que puderem corrigir a violação constitucional, os tribunais devem devolver funções executivas e legislativas a esses funcionários responsável por exercê-los. Quando o poder repousa legitimamente no Estado e autoridades locais, ele deve ser devolvido o mais rápido possível. WEAVER, Russel. *The rise and decline of structural remedies*. San Diego Law Review, ano 4, v. 41, 2004, p. 1631. Disponível em: <<https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2973&context=sdlr>> Acesso em: 08 fev. 2020.

³⁴³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. IN BARROSO, Luís Roberto, MELLO, Patricia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 353.

diferentes poderes. Além disso, o STF seria o único órgão competente a tratar do estado de coisas inconstitucional em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), tendo concluído que “competência e instrumento, em uma relação de implicações recíprocas, excluem, desse modo, a possibilidade do uso difuso.”³⁴⁴

Data venia, a pesquisa científica pretende sustentar e defender a existência de estado de coisas inconstitucional como controle abstrato de constitucionalidade nos Estados-membros. Aplica-se o princípio da simetria em que o controle abstrato do estado de coisas inconstitucional poderia ser julgado pelo órgão especial ou pleno, plenário, do Tribunal de Justiça local por decorrência lógica e obrigatória da CRFB/88, art. 125, parágrafo 2º c/c art. 97.

Além disso, é possível a previsão de ADPF na Constituição Estadual que delimitaria as regras processuais e materiais do instrumento. Outros instrumentos também poderiam tratar do litígio estrutural no âmbito estadual, tais como ação civil pública, mandado de injunção coletivo e ação popular. Portanto, o argumento processual restou combatido.

Quanto à constatação dos pressupostos materiais regionais do estado de coisas inconstitucional, a presente pesquisa científica ousa discordar. No Brasil, existem litígios estruturais regionais extremamente complexos, profundos e de remota possibilidade de superação. Alguns deles foram até mesmo citados expressamente na carta constitucional, como a miséria e a marginalização causada pelas desigualdades sociais e regionais da CRFB/88, art. 3º, III.

Muitas vezes, certos problemas não são de interesse rigorosamente nacional por não afetarem a Nação como um todo, mas não são simplesmente particulares de um Estado, por abrangerem dois ou mais deles. Os problemas da Amazônia, os do polígono da seca, os do Vale do São Francisco [...], são exemplos que se citam na Federação brasileira.³⁴⁵

Portanto, o desenvolvimento e a redução de desigualdades regionais ocupam lugar primordial na Constituição de 1988, “além de figurarem entre os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º) e serem princípio da ordem econômica, são referidos em diversos outros dispositivos, dentre os quais o art. 43, ao cuidar da Região.”³⁴⁶ Essa

³⁴⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 197.

³⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 478.

³⁴⁶ TORRES, Heleno Taveira. *Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5,

finalidade não pode ser alcançada apenas com os esforços da União. À luz do princípio da solidariedade deve articular as medidas estruturantes com Estados e Municípios.

Em um país de tamanho continental, é plausível que algumas regiões sofram de uma falha estrutural profunda agravada por questões locais. Dessa forma, o Tribunal de Justiça poderia julgar o controle de constitucionalidade do estado de coisas inconstitucional para prevenir e superar o litígio estrutural.

3.3. O processo estrutural e os processos-satélites: a conexão por prejudicialidade

“O processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal.”³⁴⁷ Ele possui escopo jurídico, político e social e se diferencia do processo individual pelas seguintes características:

O processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade mediante decisão de implementação escalonada. (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC)³⁴⁸

Diante da omissão legislativa, cabe à doutrina oferecer um procedimento compatível com as finalidades do processo estrutural.

O processo estrutural do estado de coisas inconstitucional é o exercício da jurisdição constitucional em controle de constitucionalidade que se decompõe em duas fases. A primeira fase é o controle de constitucionalidade abstrato em que “a Corte analisa

mar./ago. 2014, p. 50. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/311934/mod_resource/content/1/D_HTO_Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Finance.pdf> Acesso: 23 fev. 2020

³⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 576.

³⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 577.

a hipótese dos autos³⁴⁹ e declara a existência da falha estrutural e, conseqüentemente, a vigência do Estado de Coisas Inconstitucional.”³⁵⁰ De cunho declaratório, é dedicada ao reconhecimento do problema estrutural. Diante da falha estrutural descrita, seu propósito é estabelecer um estado ideal de coisas, portanto, uma meta a ser atingida. “*En resumen, entender el alcance y la complejidad de un problema es esencial para diagnosticar cuáles son los puntos de apoyo de las diferentes opciones de acción.*”³⁵¹

Nessa primeira fase, a doutrina aponta que a Corte Constitucional profere sentença aditiva de princípios:

Nessas sentenças, a decisão não atinge, de forma detalhada, o texto normativo da lei, mas se limitam a explicar, a partir do sistema constitucional, um princípio, cujo escopo consiste em orientar tanto o legislador na futura atividade interpretativa, quanto suprir eventual omissão inconstitucional que surgiria se a lei fosse analisada fosse declarada inconstitucional. [...]

As decisões aditivas de princípios indicam ao Legislativo qual o programa normativo (texto legislativo) constitucionalmente adequado, sem, contudo, conferir, aplicabilidade a esse programa. Pode-se afirmar que são decisões programáticas, posto que não indicam uma norma imediatamente exequível (*self-executing*), limitando-se a indicar ao Legislativo qual solução legislativa conforme à Constituição que deveria ser adotada.³⁵²

Logo, deve ser publicada a decisão estrutural, que encerra a primeira fase, “partindo da constatação de um estado de desconformidade, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende seja implementado (fim) e o modo³⁵³ pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios).”³⁵⁴ Possui conteúdo programático em que “prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma

³⁴⁹ É adequado que se faça adaptações no procedimento, como a atenuação da regra da congruência objetiva externa para admitir a possibilidade até mesmo da alteração do objeto do pedido. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 578.

³⁵⁰ PAIXÃO, Juliana Patricio da. *Estado de Coisas Inconstitucional: sob a perspectiva da saúde coletiva e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 93.

³⁵¹ Tradução livre: Em resumo, é essencial entender o escopo e a complexidade de um problema para diagnosticar os pontos de suporte das diferentes opções de ação. VILLANUEVA, Luís F. Aguilar. *Problemas públicos y agenda de gobierno*. 3 ed. Cidade do México: Miguel Ángel Porrúa, 2007, p. 238.

³⁵² ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 567.

³⁵³ “É possível que esses meios sejam definidos em momento posterior, caso o juiz sinta a necessidade de, por exemplo, na segunda fase, consultar experts sobre os caminhos que podem ser trilhados para alcançar a meta estabelecida.” DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 587.

³⁵⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 578.

meta, um objetivo – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontica de uma norma-princípio.”³⁵⁵

“Pela interconstitucionalidade integradora da Constituição financeira com a Constituição político-federativa, formula-se uma hermenêutica coerente com os valores do federalismo cooperativo, mas sem qualquer isolamento.”³⁵⁶ “Por isso, o projeto federativo constitucional põe em evidência o planejamento, mormente com emprego das leis orçamentárias, como instrumento para assegurar ações do desenvolvimento, nacional ou regional, além da erradicação da pobreza e da desigualdade.”³⁵⁷

Dessa maneira, a decisão estrutural deve possuir um conteúdo mínimo, a saber: “(i) o tempo, o modo e o grau da reestruturação a ser implementada; (ii) o regime de transição, conforme o art. 23 da LINDB³⁵⁸; e (iii) a forma de avaliação/fiscalização permanente das medidas estruturantes.”³⁵⁹

A decisão estrutural não exaure a função jurisdicional. Há a prorrogação da jurisdição ainda que se tenha a prolação de pronunciamento judicial com conteúdo de sentença do CPC, art. 203, § 1º.

A segunda fase “consolida o controle de constitucionalidade concreto coletivo e individual na medida em que examina a realidade fática e indica a solução constitucionalmente adequada para a violação de direitos fundamentais.”³⁶⁰ “Ela estrutura o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser

³⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 579.

³⁵⁶ TORRES, Heleno Taveira. *Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFD FE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014, p. 26. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/311934/mod_resource/content/1/D_HTO_Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Finance.pdf> Acesso: 23 fev. 2020.

³⁵⁷ TORRES, Heleno Taveira. *Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFD FE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014, p. 52. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/311934/mod_resource/content/1/D_HTO_Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Finance.pdf> Acesso: 23 fev. 2020.

³⁵⁸ A Lei n. 13.655/2018 acrescentou expressamente o art. 23 no Decreto-lei 4.657/1942 que passa a reconhecer como dever a criação de um regime de transição de todos os órgãos com algum poder decisório (administrativo, judicial ou controlador).

³⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 588.

³⁶⁰ PAIXÃO, Juliana Patricio da. *Estado de Coisas Inconstitucional: sob a perspectiva da saúde coletiva e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 93.

observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado alcançado – assumindo, por isso, e nesse parte, a estrutura deôntica de uma norma-regra.”³⁶¹

“A negociação entre os participantes ocorre para que haja uma definição quanto ao plano necessário à superação das falhas estruturais. Essa negociação inclui tanto as partes do processo quanto outros interessados, em especial grupos que tenham significativo interesse”³⁶² na demanda ou que sejam importantes para o sucesso da reforma estrutural.

Por medidas estruturantes, “o juiz agirá como um administrador, pois se executa a decisão judicial de forma gradual. Após a primeira medida é que se terá ideia de eventuais problemas que poderão surgir.”³⁶³ A partir da situação jurídica deduzida em juízo, o magistrado pode manejar técnicas de “provimentos em série/cascata”³⁶⁴, com a primeira decisão mais genérica, com as diretrizes a serem atingidas, e outras subsequentes, concomitantes à fiscalização do seu cumprimento e à fase executiva. A decisão genérica (decisão-núcleo) serve como um guia normativo para sucessivas verificações de cumprimento e adequação da realidade.³⁶⁵

Por isso, devem ser aplicadas algumas técnicas de flexibilização de procedimento no processo estrutural. “Representa uma adaptação do modelo tradicional a essa nova forma *multilevel* e dialógica de implementação de decisões.”³⁶⁶

O próprio manejo da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. A cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais.³⁶⁷

³⁶¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 579.

³⁶² DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo Poder Público*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 143.

³⁶³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. *As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/11920/9333>> Acesso em: 20 mar. 2019.

³⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 38, v. 225, 2013, p. 400.

³⁶⁵ GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público & medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 250.

³⁶⁶ DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo Poder Público*. Curitiba: Juruá, 2019

³⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC*. IN TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 333. Disponível em:

Isso quer significar que, para a efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional no plano da atuação prática da norma jurídica, o sistema processual, seguindo tendência albergada nas reformas operadas na codificação anterior, optou por não relegar a realização da atividade satisfativa ao engessamento de um roteiro executivo abstrato, taxativo e inflexível, o qual poderia não se revelar o mais adequado em determinados casos concretos.³⁶⁸

Nesse sentido, é necessária a atenuação da regra da congruência objetiva externa permitir que se possa modular o objeto de acordo com a realidade enfrentada, assegurado o contraditório prévio e substancial.

Ademais, é conveniente adequar e atenuar a regra da estabilização objetiva da demanda do CPC, art. 329, tendo em vista que a revelação de novas consequências pode, paulatinamente, transformar o objeto litigioso e exigir novas providências judiciais.

A multiplicidade das questões de fato torna fundamental a adoção de um modelo probatório diferenciado pelo manejo de meios atípicos de prova do CPC, art. 369, sendo possível a prova por amostragem e prova estatística. “A cláusula geral do art. 139, IV consagra um modelo de atipicidade executiva, conferindo amplos poderes de efetivação ao juiz para cumprimento das determinações judiciais, contribuindo, assim, para a formação de um sistema de tutela executiva tendencialmente completo e pleno.”³⁶⁹

Além disso, a cooperação judiciária pode ocorrer entre órgãos que se relacionem em vínculo hierárquico. Assim, a cooperação judiciária poderia acontecer pela delegação de um poder do órgão hierarquicamente superior ao órgão a ele vinculado. É importante lembrar que, a partir do CPC/15, a delegação se dá por qualquer instrumento e para a prática de qualquer ato de cooperação, não apenas atos instrutórios, de comunicação ou executórios.

<<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/4dd48635a4d7b4eaf874ef6e189140d2.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2020.

³⁶⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. *A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15*. IN TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 532. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/4dd48635a4d7b4eaf874ef6e189140d2.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2020.

³⁶⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. *A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15*. IN TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 532. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/4dd48635a4d7b4eaf874ef6e189140d2.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2020.

No processo estrutural, é necessário aprofundar os estudos sobre conexão entre a ação estrutural e outras ações autônomas em razão a prorrogação da jurisdição do processo estrutural.

Inicialmente, é importante observar que não existe um conceito universal (jurídico fundamental ou lógico-jurídico) de conexão. Cabe ao direito positivo de cada país estabelecer qual vínculo é considerado relevante para atribuir seus efeitos jurídicos. Conexão é o fato jurídico processual de “relação de semelhança entre demandas, que é considerada pelo direito positivo como apta para a produção de determinados efeitos processuais”³⁷⁰, como a modificação da competência e a reunião das causas. Quando a decisão de uma causa interferir na solução da outra, diante um vínculo de identidade estrutural entre si quanto a algum dos seus elementos caracterizadores, há a “conexão por prejudicialidade” em litígio estrutural.³⁷¹

A reunião das causas é o principal efeito da conexão para promover a economia processual e evitar a prolação de decisões conflitantes ou contraditórias.

Ademais, com base na prorrogação da jurisdição, é possível fundamentar que não é obrigatório o processamento simultâneo das diferentes medidas estruturantes ou das eventuais ações autônomas, pois as questões estruturais setoriais podem ser efetivadas em diferentes momentos processuais. Dessa maneira, as fases de monitoramento e avaliação de cada questão estrutural setorial podem ser diversificadas, não havendo, portanto, o obrigatório processamento simultâneo.

É razoável, no entanto, imaginar uma situação em que a conexão implique reunião dos processos em um mesmo juízo, sem que haja, necessariamente, processamento simultâneo. [...] A conexão existe, também, pela semelhança entre as questões fáticas, que darão ensejo à atividade instrutória semelhante. Por se tratar, ainda, de questões fáticas que possuíssem alguma complexidade, tudo justificava a reunião das ações em um mesmo juízo, mas sem o processamento simultâneo, que comprometeria substancialmente a duração razoável do processo e a efetividade da tutela coletiva.³⁷²

É importante atentar que, por um lado, se tem a conexão (fato); por outro lado, ocorre o efeito (reunião de processos). Apesar de a redação do novo CPC ter sido muito

³⁷⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 195.

³⁷¹ A teoria materialista da conexão sustenta que, em determinadas situações, é possível identificar a conexão entre duas ações não com base no pedido ou na causa de pedir, mas sim em outros fatos que liguem uma demanda à outra.

³⁷² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 197.

enfática (“§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta”), é importante esclarecer que é possível que ocorra conexão entre duas ações (o processo estrutural e uma ação coletiva), mas, mesmo assim, elas não sejam reunidas para julgamento em conjunto.

É interessante lembrar que a prevenção do processo estrutural, como critério de determinação do juízo de reunião das causas, é sempre da Corte Constitucional, ou seja, do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade com parâmetro na Constituição da República ou do Tribunal de Justiça em controle de constitucionalidade com parâmetro na Constituição Estadual.

Surge, então, o sistema dos processos-satélites. Didaticamente, existem duas formas de adesão dos processos-satélites ao processo estrutural principal, que são explicadas nos dois parágrafos abaixo.

Diante da ação principal de controle de constitucionalidade de estado de coisas inconstitucional, é possível o fracionamento da resolução de mérito das questões estruturais pelo CPC, art. 354, parágrafo único e art. 356. Surgiriam várias sentenças parciais de mérito de acordo com o número de questões estruturais setoriais. À luz do CPC, art. 327, § 2º, é possível que, para cada questão estrutural em sentença parcial de mérito, se tenha um tipo adaptado de procedimento, podendo ter até variados procedimentos especiais (fenômeno conhecido como “trânsito de técnicas” dos procedimentos especiais). As eventuais impugnações seguem o procedimento no qual foi prolatada a decisão estrutural de execução ou a medida estruturante. Na eventualidade de falta de previsão de recurso cabível, seria possível o ajuizamento de mandado de segurança, reclamação e ações de controle concentrado, que são os processos-satélites.

Por outro lado, no curso do processo principal de estado de coisas inconstitucional (processo-sol), pode surgir a necessidade de conexão por prejudicialidade de outras ações, já sentenciadas³⁷³ ou não, tendo em vista a prejudicialidade no julgamento e/ou a necessidade de monitoramento e avaliação da fase executiva da questão coletiva do antigo

³⁷³ A regra geral do CPC, art. 55, parágrafo 1º c/c súmula do STJ n. 235 afirma que não há a reunião de processos conexos se um deles já tiver sido julgado. No entanto, essa regra deve ser flexibilizada, o que já aconteceu no caso Samarco em razão da multiconflituosidade em desastre ambiental. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC: 144922 MG 2015/0327858-8. Rel Min Ministra Diva Malerbi (desembargadora convocada do TRF 3ª Região). Data de Julgamento: 22/06/2016, Data de Publicação: DJe 09/08/2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/371630443/conflito-de-competencia-cc-144922-mg-2015-0327858-8/inteiro-teor-371630448?ref=juris-tabs>> Acesso em: 07 jan. 2020.

processo não-estrutural.³⁷⁴ Assim, esses processos que orbitam em torno do processo-sol são os processos-satélite que tratam de questões estruturais setoriais, que materialmente convergem para o litígio estrutural.

No sistema de processos-satélites, os processos-satélites orbitam em torno do processo-sol. A força gravitacional que o processo-sol exerce sobre o processo-satélite está profundamente relacionado à estrutura deôntica que a decisão estrutural assume. A proximidade ao processo-sol revela o caráter norma-princípio da decisão estrutural setorial e a maior atividade criativa da Corte Constitucional.

Diante de questões empíricas, os processos-satélites ajudam a revelar o sentido da interpretação constitucional, oferecido pela Corte Constitucional, aplicado à realidade tormentosa. “Até mesmo precedentes são símbolos isolados, a menos que sejam apoiados por um fluxo contínuo de casos em processos-satélite, fornecendo esclarecimentos e *enforcement*.”³⁷⁵

A partir dos “provimentos em série/cascata”, as medidas estruturantes assumem a estrutura deôntica de uma norma-regra pelo predomínio da natureza executiva. Dessa maneira, o processo-satélite, em que é emanada a ordem predominantemente executiva, se afasta do processo-sol.

Em razão da força gravitacional do sistema-satélite, a decisão estrutural com o caráter norma-princípio é sempre proferida pela Corte Constitucional. Já os “provimentos em série/cascata” de natureza executiva e as medidas estruturantes podem ser delegadas a outros órgãos judiciais, administrativos e controladores, sob a vinculação da Corte Constitucional nos termos da CRFB/88, art. 102, parágrafo 2º.

Isso significa que nos casos de “provimentos em série/cascata” e medidas estruturantes com estrutura deôntica de uma norma-regra, pode-se reconhecer que há a conexão (“realmente as duas ações possuem uma semelhança entre si”), mas, mesmo

³⁷⁴ Segue a mesma lógica da súmula do STF n. 704: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2645>> Acesso em: 22 nov. 2019.

³⁷⁵ “Even landmark decisions are isolated symbols unless they are supported by a continuing stream of cases providing clarification and enforcement.” EPP, Charles. *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998, p. 18. Disponível em: <<http://faculty.washington.edu/swhiting/pols398/Epp%20Rights%20Revolution.pdf>> Acesso em: 29 jan. 2020.

assim, não ser recomendável a reunião das ações na Corte Constitucional para que se tenha a fase de monitoramento com ordens nas instâncias inferiores (“mesmo sendo conexas, serão julgadas em separado”).

Considerações finais

A teoria da interpretação constitucional passou por uma intensa evolução a partir da segunda metade do século XX, notadamente pelo neoconstitucionalismo. Por isso, foi desenvolvida a teoria da interpretação dos direitos fundamentais, que é concretização de um novo modelo da dogmática jurídica capaz de afastar a abordagem formalista do fenômeno jurídico e propor a retomada da racionalidade prática na teoria jurídica. Ela se relaciona à utilização de ferramentas interpretativas específicas para as normas que veiculam tais direitos.

Nesse processo de construção, o Direito passa a ser compreendido com “uma obra coletiva”, iniciada pelo constituinte, mediada pelo legislador e concluída pelo juiz, que conciliando as normas jurídicas com a realidade, confere soluções aos problemas concretos. É o reconhecimento do sistema jurídico policêntrico em que a interpretação constitucional é ínsita às três funções estatais: a executiva, a legislativa e a judicial.

O processo judicial – e não o juiz em si – permite o desenvolvimento de um importante repositório de informações e críticas que permitam o diálogo, de modo a que eles protejam a dignidade da pessoa humana. Na medida em que suas instituições e prática estejam voltadas a este efeito transformador, caberia o reconhecimento e o restabelecimento do Estado, a partir do contínuo movimento de transição para a democracia.

A declaração do estado de coisas inconstitucional, reconhecida na ADPF 347/DF, como instrumento de jurisdição constitucional de superação do problema estrutural aplicado à realidade brasileira, se tornou um marco processual brasileiro do litígio estrutural estratégico. Por isso, é relevante realizar um balanço dos quatro anos e oito meses da declaração do estado de coisas inconstitucional e o impacto da decisão liminar em relação aos outros Poderes, isto é, mapear as respostas institucionais formais dos três Poderes no cumprimento das decisões manipulativas aditivas do STF, além de elucidar

possíveis articulações conjuntas dos três poderes, bem como o papel da própria Corte Constitucional no ativismo dialógico.

Exclusivamente pela análise do comportamento dos poderes políticos diante do deferimento da liminar, já se nota uma completa falta de coordenação entre os entes, especialmente em relação ao uso dos recursos, fixação de um plano de ação estadual e nacional e publicação de dados e estatísticas oficiais sobre essa população vulnerável.

Além disso, falta reflexão legislativa em relação aos novos instrumentos processuais no projeto de lei da Câmara dos Deputados n. 8058/2014 e no projeto de lei do Senado Federal n. 736/2015 que, de fato, poderiam garantir a efetividade do processo estrutural do estado de coisas inconstitucional.

Por outro lado, o Poder Executivo ajuda a consagrar, por muitas vezes, a “legislação-álibi”, que mascara a realidade ao apresentar resposta jurídica fluida e inexigível, desempenhando mera função ideológica.

No constitucionalismo abusivo, presidentes com legitimidade e apoio parlamentar conseguem implantar reformas constitucionais para ficar no poder com maior facilidade ou de forma permanente e enfraquecer o sistema de controle democráticos, de modo a abranger: (i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às cortes; (ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público; (iii) o combate a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; (iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis; (v) o ataque à imprensa, sempre que leve ao público informações incômodas para o governo.

Já o Poder Judiciário demonstra pouca percepção do manejo de instrumentos em sentenças estruturais em estado de coisas inconstitucional, à luz do *pragmatic state-building* (construção pragmática do Estado). Assim, a Corte Constitucional ainda não se apresenta como uma mediadora em experimentações institucionais adaptativas às exigências de sua realidade política, econômica e social. Ainda está presa às alegações de cunho processual formal, sem desenvolver as noções de igualdade de realidade inconstitucional por arrastamento e conexão por prejudicialidade em processos-satélite.

Dessa maneira, falta clareza ao Supremo Tribunal Federal para conformar o sistema de pensamento jurídico de superação de falhas estruturais em torno do estado de coisas inconstitucional. Ao tratar de problemas estruturais, o Supremo Tribunal Federal não garantiu a centralidade do estado de coisas inconstitucional da ADPF 347/DF no sistema jurídico brasileiro na superação da falha estrutural.

Em seguida, se promoveu a justaposição da reação dos três Poderes perante a teoria do estado de coisas inconstitucional (ECI) no Brasil se opondo às experiências jurisprudenciais dos EUA, a partir de *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), *Brown II* (1955), *Cooper v. Aaron* (1958).

Revelou-se que as sentenças estruturais promovem uma adequação empírica ao problema da implementação das decisões judiciais. Até então, as teorias normativas jurídicas não enfrentavam os desafios da realidade inóspita da implementação seguinte ao momento da prolação.

Como a efetividade das decisões judiciais geralmente exige atos comissivos e omissivos dos Poderes Legislativo e Executivo e da própria sociedade civil, também é necessária atenção ao cenário socioeconômico e político para se seguir construir a racionalidade jurídica para legitimar a nova cooperação entre os órgãos e autoridades públicas.

Assim, a função das *structural injunctions* não é criar uma tensão intervencionista entre os Poderes do Estado, mas permitir o cumprimento de princípios constitucionais por uma relação dialógica e contínua de concretização da Constituição.

Logo, não deve prevalecer uma concepção apriorística dos remédios adequados para violação dos direitos fundamentais. A seleção deve ser realizada a partir da apreciação das vantagens técnicas de cada remédio e de um julgamento, à luz da postulação de direitos subjacentes e dos obstáculos em cada caso concreto. Portanto, os direitos e a gravidade do conflito devem influir no estabelecimento dos limites dessa alocação de poder.

O problema com essas medidas inovadoras, é que, enquadradas na velha estrutura – totalmente ou quase totalmente imutável – dos controles e equilíbrios, elas tendem a frustrar-se pouco a pouco ou terem limitados seus efeitos, devido a aspectos do sistema

que são intocáveis e agonísticos; ficam como experiências mais ou menos isoladas, ocasionalmente promovidas por alguns funcionários.

Por isso, a Corte Constitucional deve ter clareza da sua função de mediadora do conflito estrutural para aplicar algumas técnicas de flexibilização de procedimento no processo estrutural, que representam uma adaptação do modelo tradicional a essa nova forma *multilevel* e dialógica de implementação de decisões. Nesse sentido, o próprio manejo da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ABRAHAM, Marcus. *Reflexões sobre finanças públicas e direito financeiro*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 38, v. 225, 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Constitucionalismo abusivo: fundamento teóricos e análise da utilização no Brasil contemporâneo*. DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA, Belo Horizonte: Fórum, v. 12, n. 39, jul./dez. 2018. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641/907>> Acesso em: 07 jan. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*. Disponível em:

<<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-americanizacao-do-direito-constitucional-e-seus-paradoxos.pdf>> Acesso em: 09 fev. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180/pdf>> Acesso em: 16 jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. IN VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. *A razão sem voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV, 2017

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro: FND, v. 5, n. 3, 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/429>> Acesso em: 14 jan. 2020.

BARROSO, Luís Roberto, *Trinta anos da Constituição: a República que ainda não foi*. IN BARROSO, Luís Roberto, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2020/01/Papel-criativo-dos-tribunais.pdf>> Acesso em: 07 fev. 2020.

BAUERMAN, Desirê. *Structural injunctions no direito norte-americano*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos de interés público*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

BEZERRA, Rafael. *Direitos para além da sala do tribunal: um estudo de caso comparado entre Brasil e Colômbia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Forum, 2016.

BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Comune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador*. *Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 6, n. 14, mai./ago., 2019. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/888/406>> Acesso em: 05 fev. 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei n. 8058/2014 Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=Tramitacao-PL+8058/2014> Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 736/2015. Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4232374&ts=1543014208002&disposition=inline>> Acesso em 20 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347 MC/DF. Rel Min Marco Aurélio. Data de publicação no DJE e no DOU: 14/09/2015. Info 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 622 MC/DF. Rel Min Luís Roberto Barroso. Data de publicação no DJE e no DOU: 19/12/2019. Info 798. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/12/efddc66cf24522b5830084f2ee8430ca.pdf>> Acesso em: 07 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5127/DF. Rel Min Edson Fachin. Data de publicação no DJE e no DOU: 01/10/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310347152&ext=.pdf>> Acesso em: 07 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 5.240/SP. Rel Min Luís Fux. Data de publicação no DJE e no DOU: 20/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 580252/MS. Relator originário: Ministro Teori Zavascki. Relator para redação do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 16/2/2017 (repercussão geral) (Info 854). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>> Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 592581/RS. Relator: Ricardo Lewandowski. Data de publicação no DJE e no DOU: 13/8/2015. Info 794. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 641.320/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 11/5/2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. IN BARROSO, Luis Roberto, MELLO, Patricia Perrone Campos (coord). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-camposestado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 31 jul. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo no Supremo Tribunal Federal*. IN FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASAGRANDE, Cássio Luís. *Americanização do direito constitucional no Brasil em perspectiva histórica*. REVISTA INTERESSE PÚBLICO, v. 100.

CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de julho de 2004 a respeito da República Federativa do Brasil. Caso da Penitenciária Urso Branco. Data de publicação: 07/07/2004.

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf>
Acesso em: 01 ago. 2019.

COUSO, Javier. *As “Constituições econômicas” da América Latina: a tensão permanente entre livre mercado e direitos socioeconômicos*. Culturas Jurídicas, Niterói, v. 6, n. 14, mai./ago., 2019. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/887/405>> Acesso em: 05 fev. 2020.

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

DAVIDSON, James West. *Uma breve história dos Estados Unidos*. 2 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC*. IN TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2020. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/4dd48635a4d7b4eaf874ef6e189140d2.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1924442/mod_resource/content/0/Dinamarca%20%20Escopos%20e%20a%20Instrumentalidade%20do%20Processo%20parte%201.pdf> Acesso em: 06 fev. 2020.

DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536716> Acesso em: 20 fev. 2020.

DUARTE, Fernanda, IORIO FILHO, Rafael Mario. *Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compatibilidade entre a autonomia e a intervenção estatal*. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Encontro+Nacional++FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+\(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Encontro+Nacional++FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011).pdf)> Acesso em: 26 out. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF, 2010, p. XVI. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/cc64e9df9924896de343268776fa5249.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2020.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

EPP, Charles. *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. Disponível em: <<http://faculty.washington.edu/swhiting/pols398/Epp%20Rights%20Revolution.pdf>> Acesso em: 29 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senado. *Hearing of Civil Rights Act de 1959*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=SmVFAQAAMAAJ&pg=PA487&lpg=PA487&dq=%22might+do+more+harm+than+good%22+Department+of+Justice++rogers&source=bl&ots=bOKir0HdZ8&sig=ACfU3U1h8vwbdQ0_88Vnoiaqwd5_SSbSjA&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwip6LH_rannAhVNHbkGHXCpAsQQ6AEwAHoECACQAQ#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 29 jan. 2020

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Goss v. Board of Education of Knoxville*. 373 U.S. 683 (1963). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=8315715543211720117&q=Goss+v.+Board+of+Education+of+Knoxville&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 29 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Griffin v. Prince Edward County*. 377 U.S. 218 (1964). Disponível em:

<https://scholar.google.com/scholar_case?case=1995949797101046003&q=cooper+Griffin+v.+Prince+Edward+County&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 29 jan. 2020

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education of Topeka*. 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=12120372216939101759&q=brown+v+board+of+education&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 20 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Cooper v. Aaron*. 358 U.S. 1 (1958). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=8453213781987973736&q=cooper&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 29 jan. 2020

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Smith v. Allwright*. 321 U.S. 649 (1944). Disponível em: <[https://scholar.google.com/scholar_case?case=17077042024381294936&q=321+U.S.+649+\(1944\)&hl=en&as_sdt=2006](https://scholar.google.com/scholar_case?case=17077042024381294936&q=321+U.S.+649+(1944)&hl=en&as_sdt=2006)> Acesso em: 20 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Shelley v. Kraemer*. 334 U.S. 1 (1948). Disponível em: <[https://scholar.google.com/scholar_case?case=12732018998507979172&q=334+U.S.+1+\(1948\).&hl=en&as_sdt=2006](https://scholar.google.com/scholar_case?case=12732018998507979172&q=334+U.S.+1+(1948).&hl=en&as_sdt=2006)> Acesso em: 20 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Cassell v. Texas. Suprema Corte. 339 U.S. 282 (1950). Disponível em: <[https://scholar.google.com/scholar_case?case=16609651964179705604&q=339+U.S.+282+\(1950\).&hl=en&as_sdt=2006](https://scholar.google.com/scholar_case?case=16609651964179705604&q=339+U.S.+282+(1950).&hl=en&as_sdt=2006)> Acesso em: 20 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Dred Scott v. Sandford*. 60 U.S. 393 (1857). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=3231372247892780026&q=dred+scott&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 20 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=1808251577400430843&q=carolene&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 20 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*. 300 F.Supp. U.S. 1358 (1969). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=10822062160175305192&q=Swann+v.+Charlotte-Mecklenburg+Board+of+Education&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 29 jan. 2020

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*. 305 U.S. 337 (1938). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=1639666730430343536&q=Missouri+ex.+rel.+Gaines+vs.+Canad%C3%A1+&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 29 jan. 2020

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *McLaurin v. Oklahoma State Regents for Higher Education*. 87 F. Supp. U.S. 526 (1948). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=7156322857622790085&q=McLaurin+v.+Oklahoma+Board+of+Regents&hl=en&as_sdt=2006> Acesso em: 29 jan. 2020

ESKRIDGE JR., William N. *Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in the United States*. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5813&context=fss_papers> Acesso em: 20 jan. 2020.

FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20851/19577>> Acesso em: 02 set 2019.

FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. *Novos paradigmas da legitimação democrática da jurisdição constitucional no Brasil*. REVISTA INTERDISCIPLINAR DO DIREITO. Rio de Janeiro, UNIFAA, v. 6, n. 1, jul. 2017. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/15>>. Acesso em: 15 jul. 2019

FISS, Owen. *As formas de justiça*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

FISS, Owen. *Fazendo da Constituição uma verdade viva*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017

FONTENELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019.

FULLER, Lon. *The forms and limits of Adjudication*. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/bridge/LegalProcess/fuller2.htm>> Acesso em: 08 fev. 2020.

FLETCHER, William. *The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy*. The Yale Law Journal, v. 91, n. 4, 1982. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/4de8/7772060c8d017ba0dc089596deb1d5567dcd.pdf>> Acesso em: 08 fev. 2020.

FREYER, Tony A. *Little Rock on Trial: Cooper v. Aaron and school desegregation*. Lawrence: University Press of Kansas, 2007.

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

GARBUS, Julia. *Perspectives on Modern World History: The Brown v. Board of Education Trial*. São Francisco: Greenhaven Press, 2015.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Disponível em: <<http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam033/2002041004.pdf>> Acesso em: 20 mar. 2019.

GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público & medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. Curitiba: Juruá, 2018.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Projeto de Lei n. 8085/2014 – Considerações Gerais e Proposta de Substitutivo*. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da

(org). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1997,

HANUSHEK, Eric A., KAIN, John F., RIVKIN, Steven G. *New evidence about Brown v. Board of Education: the complex effects of school racial composition on achievement*. *Journal of Labor Economics*, Cambridge, n. 3, v. 27, 2002. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w8741>> Acesso em: 20 jan. 2020.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: companhia das letras, 2009.

KLARMAN, Michael. *Courts, Social Change and Political Backlash*. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartrlecture>> Acesso em: 20 jan. 2020.

KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and The Struggle for Racial Equality*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004

LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. Disponível em: <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf> Acesso em: 07 jan. 2020.

LEGALE, Siddharta, ARAÚJO, David Pereira de. *O estado de coisas inconvencional e o “supercaso” brasileiro em matéria penitenciária*. Disponível em: <<https://nidh.com.br/o-estado-de-coisas-inconvencional-e-o-supercaso-brasileiro-em-materia-penitenciaria/>> Acesso em: 20 fev. 2020.

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

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Fundamentos do processo estrutural*. IN JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (org.) *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. Disponível em: <<http://lucon.adv.br/2016/wp-content/uploads/2018/03/Lucon-Fundamentos-do-processo-estrutural.pdf>> Acesso em: 14 jan. 2020.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Nº 78. Independent Journal Saturday, June 14, 1788. Disponível em: <<http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. REVISTA GV, São Paulo: FGV, v. 15, n. 2, jul. 2019. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1916.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2019.

MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. *A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15*. IN TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2020. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/4dd48635a4d7b4eaf874ef6e189140d2.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/353/r137-24.pdf?sequence=4&isAllowed=y>> Acesso em: 20 fev. 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autorrestrrição, expansão e ambivalência*. IN BARROSO, Luís Roberto, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018.

MENDES, Conrado Hübner. *A política do pânico e circo*. IN MENDES, Conrado Hübner (org.). *Democracia em risco: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 2019.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. *A fiscalização da inconstitucionalidade por Omissão*. REVISTA DIREITO E LIBERDADE, Maceió: ESMARN, v. 14, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/497-1616-4-PB.pdf> Acesso em: 06 set 2019

MITIDIERO, Daniel. *A colaboração no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo Multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Humberto Peña de. *Do processo interventivo, no contorno do Estado federal*. IN Tavares, André Ramos. LENZA, Pedro. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (coord.). *Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional n. 45/04*. São Paulo: Método, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O poder da suprema Corte e suas limitações*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422123532.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

MORO, Sergio Fernando. *A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: n. 0, v. 36, 2001.

NAACP, DU BOIS, W.E.Burghardt. *An Appeal to the World: A Statement of Denial of Human Rights to Minorities in the Case of citizens of Negro Descent in the United States of America and an Appeal to the United Nations for Redress*. Disponível em: <<https://www.aclu.org/appeal-world>> Acesso em 29 jan. 2020.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. *Entre Subintegração e Sobreintegração: a Cidadania Inexistente*. DADOS, Rio de Janeiro: v. 37, n. 2, 1994.

NEVES, Marcelo. *Justo e o Direito: acesso à justiça não é só o direito de ajuizar ações*. 12 jul 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimdeentrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>> Acesso em: 01 ago. 2019. Entrevista concedida a Rodrigo Haidar.

NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos*. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/118/114>> Acesso em: 06 fev. 2020.

OSNA, Gustavo. *Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017

PAIXÃO, Juliana Patricio da. *Estado de Coisas Inconstitucional: sob a perspectiva da saúde coletiva e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PAIXÃO, Juliana Patricio da; SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Comentários ao projeto de lei anticrime na mudança da lei 12.850/13, art. 1º, § 1º: o estado de coisas inconstitucional e os novos contornos da organização criminosa*. REVISTA BOLETIM DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, São Paulo: Planmark, edição especial, n. 317.

PAIXÃO, Juliana Patricio da. *Os direitos humanos nas Constituições de Mescla e o Estado de Coisas Inconstitucional*. XX. SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, IV, 2018, Universidade Federal Fluminense. Anais do Grupo de Trabalho III do IV SIDHF. Rio de Janeiro: Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1h2_r3tth1ESz5siGebcwX92nWCrTMsZn> Acesso em: 02 ago. 2019.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *As garantias constitucionais entre utilidade e substância*: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA, Belo Horizonte: Fórum, v. 10, n. 35, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/105/31>> Acesso em: 02 set. 2019.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro*: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças. Direito da Cidade, Rio de Janeiro: ABEC, v. 8, 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26257/19158>> Acesso em: 02 set. 2019.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais*: Entre Fraquezas e Possibilidades. REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ, Rio de Janeiro: UERJ, v. 29, n. 29, jun. 2016, p. 132. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/23669/16724>> Acesso em: 02 set 2019.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Representação democrática do Judiciário*: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. REVISTA JURIS POIESIS, Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, v. 17, n. 17, jan./dez. 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional*: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. REVISTA JURIS POIESIS, v. 18, n. 18, jan./dez. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2958955>> Acesso em: 02 set 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. *As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/11920/9333>> Acesso em: 20 mar. 2019.

POST, Robert C., SIEGEL, Reva B. Roe Rage: *Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_papers> Acesso em: 28 jan. 2020.

PUGA, Mariela. *La litis estructural em el caso Brown v. Board of Education*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. *As structural injunctions e o direito processual brasileiro: apontamentos acerca do alcance coletivo, da participação e da executividade das medidas estruturantes no âmbito da litigância de interesse público*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ROSENBERG, Gerald N., *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

SCHEPPELE, Kim Lane. *Worst Practices and the Transnational Legal Order (Or How to Build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight)*. Disponível em: <https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/events/wright-scheppele2016.pdf> Acesso em: 07 jan 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais decisões*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SUNSTEIN, Cass R., *Backlash’s Travels*. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, n. 157, 2007. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=public_law_and_legal_theory> Acesso em: 20 mar. 2019.

SUNSTEIN, Cass R., *How change happens*. Cambridge: The MIT Press, 2019.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. Disponível em: <https://elitedaxerox.files.wordpress.com/2008/08/michel_temer_elementos_de_direito_constit.pdf> Acesso em: 26 out. 2018.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: Leis e Costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOLNAY, Stewart; BECK, E. M. *A festival of violence: an analysis of Southern lynchings, 1882-1930*. Illinois: University of Illinois Press, 1995, p. 19. Disponível em: <<https://www.press.uillinois.edu/books/catalog/45ewq3gp9780252064135.html>> Acesso em: 17 jan. 2020.

TORRES, Heleno Taveira. *Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/311934/mod_resource/content/1/D_HTO_Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Finance.pdf> Acesso: 23 fev. 2020.

TUSHNET, Mark. *Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century*. Disponível em: <<https://nujlawreview.org/wp-content/uploads/2016/12/mark-tushnet.pdf>> Acesso em: 07 fev. 2020

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Estado de Coisas Inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para a construção da resposta adequada*. Disponível em: <https://www.academia.edu/28292982/ESTADO_DE_COISAS_INCONSTITUCIONAL_E_BLOQUEIOS_INSTITUCIONAIS_DESAFIOS_PARA_A_CONSTRUCAO_DA_RESPOSTA_ADEQUADA> Acesso em: 20 dez. 2018.

VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VILLANUEVA, Luís F. Aguilar. *Problemas públicos y agenda de gobierno*. 3 ed. Cidade do México: Miguel Ángel Porrúa, 2007.

VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional do Arkansas*. IN ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

VITORELLI, Edilson. *Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças*. 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> Acesso em: 08 fev. 2020.

WEAVER, Russel. The rise and decline of structural remedies. *San Diego Law Review*, ano 4, v. 41, 2004. Disponível em: <<https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2973&context=sdlr>> Acesso em: 08 fev. 2020.

WHITTINGTON, Keith E. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

XIMENES, Julia Maurmann. *O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista*. REVISTA GV, São Paulo: FGV, v. 6, n. 1, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/07.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2019